

MittBayNot

Begründet 1864

3|2017

Mai/Juni 2017

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:

Claudius Eschwey,
Notarassessor
David Sommer,
Notarassessor

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

- **Beck:** Die Bedeutung des identitätswahrenden Formwechsels zwischen OHG und GbR in der Zwangsvollstreckung 209
- **Wachter:** Übertragung und Einbringung von Kiesvorkommen – zugleich Anmerkung zu BFH 214
- **Wartenburger:** Erbschaftsteuerreform 2016 220

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Volmer** zu **OLG Düsseldorf:** Reichweite einer Vollmacht 241
- **Weber** zu **KG** und **OLG München:** Vormerkung unter auflösender Bedingung einer notariellen Eigenurkunde 246
- **Berger** zu **OLG Hamm:** Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers 250
- **Ott** zu **OLG Frankfurt a. M.:** Gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten durch Verwalter mittels Vollmacht 257
- **Bergmann** zu **BGH:** Einrichtung einer Betreuung trotz bestehender Vorsorgevollmacht 260
- **S. Braun** zu **BGH:** Erwerb eines in den Nachlass fallenden Miteigentumsanteils durch Testamentsvollstrecker 267
- **Raff** zu **OLG München:** Umdeutung einer gemäß § 2065 Abs. 2 BGB unwirksamen Regelung in eine auflösend bedingte Nacherbeneinsetzung 276
- **C. Braun** zu **OLG Bamberg:** Auslegung und Anfechtung einer wechselbezüglichen Schlusserbeneinsetzung in Berliner Testament 279
- **Grziwotz** zu **BGH:** Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters in Bayern 302
- **Schlögel** zu **BGH:** Erbbaurechtsvertrag bedarf der Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde 309

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:

Notarassessor Claudius Eschwey,
Notarassessor David Sommer

Druck:

Universal Medien GmbH
Geretsrieder Straße 10
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 3 | 2017

AUFSÄTZE		209
Beck: Die Bedeutung des identitätswahrenden Formwechsels zwischen OHG und GbR in der Zwangsvollstreckung	209	
Wachter: Übertragung und Einbringung von Kiesvorkommen – zugleich Anmerkung zu BFH, Urteile vom 29.7.2015, IV R 15/14, und vom 4.2.2016, IV R 46/12 (nicht abgedruckt)	214	
Wartenburger: Erbschaftsteuerreform 2016	220	
BUCHBESPRECHUNGEN		229
Sebastian Herler: Münchener Vertragshandbuch, Band 6: Bürgerliches Recht II (Dietz)	229	
Bernd Bös/Jens Neie/Helmut Strangmüller/Martin Jurkat: Praxishandbuch für Notarfachangestellte (Schmitz)	230	
Anja Gerono: Das bayerische Notariat. Entstehung und Stellung in der Gesetzgebungsgeschichte des 19. Jahrhunderts (Oberseider)	231	
RECHTSPRECHUNG		234
Bürgerliches Recht		
ALLGEMEINES		
1. Änderung der Zuweisung von Sondernutzungsrechten (BGH, Urteil vom 21.10.2016, V ZR 78/16)	234	
2. Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum bei zulässiger Wohnnutzung des Teileigentums (OLG München, Beschluss vom 11.11.2016, 34 Wx 264/16)	238	
3. Reichweite einer unterschriftsbeglaubigten Vollmacht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.8.2015, I-3 Wx 148/15) mit Anmerkung Volmer	240 241	
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT		
4. Anforderungen an ein Dienstsiegel im Rahmen des Grundbuchverfahrens (BGH, Beschluss vom 14.12.2016, V ZB 88/16)	242	
5. Vormerkung unter auflösender Bedingung einer notariellen Eigenurkunde (KG, Beschluss vom 11.10.2016, 1 W 337/16) mit Anmerkung Weber (zugleich Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 7.10.2016, 34 Wx 256/16, nachstehende Entscheidung Nr. 6)	245 246	
6. Nachweis des Bedingungseintritts für die Löschung eines bedingten Geh- und Fahrtrechts (OLG München, Beschluss vom 7.10.2016, 34 Wx 256/16)	248	
7. Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers (OLG Hamm, Beschluss vom 27.5.2016, 15 W 209/16) mit Anmerkung Berger	249 250	
8. Gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten durch Verwalter mittels Vollmacht (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.3.2016, 20 W 70/15) mit Anmerkung Ott	252 257	
FAMILIENRECHT		
9. Einrichtung einer Betreuung trotz bestehender Vorsorgevollmacht (BGH, Beschluss vom 17.2.2016, XII ZB 498/15) mit Anmerkung Bergmann	258 260	
10. Änderung der Teilungserklärung nach Erklärung der Auflassung (OLG Nürnberg, Beschluss vom 1.6.2016, 15 W 338/16)	262	
11. Eigenurkunde aufgrund Vollmacht bei betreuungsgerichtlicher Genehmigung (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 9.11.2015, 3 W 54/15)	263	
ERBRECHT		
12. Erwerb eines in den Nachlass fallenden Miteigentumsanteils durch Testamentsvollstrecker (BGH, Urteil vom 24.2.2016, IV ZR 342/15) mit Anmerkung S. Braun	264 267	
13. Zurückweisung eines Eigentumsumschreibungsantrags wegen unwirksamer Verfügung eines Testamentsvollstreckers vor Amtsantritt (OLG Nürnberg, Beschluss vom 22.9.2016, 15 W 509/16)	268	

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 3 | 2017

<p>14. Nachweis der Erbfolge durch öffentliche Urkunde, wenn Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Ersatz- erben nach Ausschlagung beantragt wird (OLG München, Beschluss vom 24.8.2016, 34 Wx 216/16) 271</p> <hr/> <p>15. Umdeutung einer gemäß § 2065 Abs. 2 BGB unwirksamen Regelung in eine auflösend bedingte Nacherbeneinsetzung (OLG München, Beschluss vom 27.1.2016, 31 Wx 168/15) 273 mit Anmerkung Raff 276</p> <hr/> <p>16. Auslegung und Anfechtung einer wechselbezüglichen Schlusserbeneinsetzung in Berliner Testament (OLG Bamberg, Beschluss vom 6.11.2015, 4 W 105/15) 277 mit Anmerkung C. Braun 279</p>	<p>23. Notarielle Amtshaftung wegen Nichtwahrung der Entwurfsfrist (LG Paderborn, Urteil vom 22.4.2016, 2 O 404/15) 294</p> <hr/> <p>24. Notarieller Vorbescheid wegen Beglaubigung für Reichsbürger (LG Arnberg, Beschluss vom 10.12.2015, 4 T 1/15) 297</p>
<p>Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht</p>	
<p>17. Entziehung des Vertrauens bei einem Vorstands- mitglied einer AG (BGH, Urteil vom 15.11.2016, II ZR 217/15 – Ls.) 281</p> <hr/> <p>18. Herausformwechsel einer GmbH in eine italienische S. r. l. (OLG Frankfurt a.M., Beschluss vom 3.1.2017, 20 W 88/15) 281</p> <hr/> <p>19. Anforderungen an die Erfüllung der Resteinlageschuld eines GmbH-Gesellschafters (OLG München, Urteil vom 12.10.2016, 7 U 1983/16) 286</p> <hr/> <p>20. Wirksame Einziehung von Geschäftsanteilen nach Erbfall wegen fehlender Eintragung in Gesellschafterliste (OLG Naumburg, Urteil vom 1.9.2016, 2 U 95/15) 287</p>	<p>Kostenrecht</p> <p>25. Geschäftswert eines Zustimmungsbeschlusses zu einem Unternehmensvertrag mit automatischer Verlängerung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.11.2016, I-10 W 278/16) 298</p>
<p>Öffentliches Recht</p>	
<p>21. Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den teils entgeltlich, teils unentgeltlich zugewandten Gegenstand (BGH, Urteil vom 15.12.2016, IX ZR 113/15 – Ls.) 292</p>	<p>26. Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters in Bayern (BGH, Urteil vom 18.11.2016, V ZR 266/14) 299 mit Anmerkung Grziwotz 302</p> <hr/> <p>27. Erbbaurechtsvertrag bedarf der Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde (BGH, Urteil vom 22.1.2016, V ZR 27/14) 304 mit Anmerkung Schlögel 309</p>
<p>Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht</p>	
<p>22. Nachweis einer Vollmacht gegenüber dem Grundbuch- amt durch notarielle Bescheinigung (OLG Nürnberg, Beschluss vom 9.1.2017, 15 W 2134/16) 293</p>	<p>Steuerrecht</p> <p>28. Pflegeheim-GmbH: Erbschaft als Betriebseinnahme (BFH, Urteil vom 6.12.2016, I R 50/16) 313</p> <hr/> <p>29. Steuerrechtliche Bewertung einer GmbH-Anteils- veräußerung für 0 € (BFH, Urteil vom 3.8.2016, IX R 23/15) 315</p>
<p>Beurkundungs- und Notarrecht</p>	
<p>SONSTIGES 318</p>	
<p>Hinweise für die Praxis 318</p> <p>Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R.: Streifzug durch das GNotKG, 12. Auflage 2017 (Stand 1.3.2017) Übersicht über wichtige Änderungen, Klarstellungen und Neuerungen gegenüber der 11. Auflage 2015</p>	
<p>Tagungsbericht 324</p> <p>Rupp: Die Europäischen Güterrechtsverordnungen</p>	
<p>Veranstaltungshinweise 329</p> <p>Veranstaltungen des DAI 330</p> <p>Neuerscheinungen 331</p>	
<p>STANDESNACHRICHTEN 332</p>	

AUFsätze

Die Bedeutung des identitätswahrenden Formwechsels zwischen OHG und GbR in der Zwangsvollstreckung

Von Ass. jur. **Lukas Beck***, Würzburg

Der BGH hat kürzlich entschieden, dass es keiner qualifizierten Klausel (§ 727 Abs. 1 ZPO) bedarf, wenn ein Titel gegen eine OHG erlangt worden ist und die Gesellschaft infolge der Löschung ihrer Eintragung im Handelsregister zur GbR geworden ist. Der vorliegende Beitrag analysiert diese Entscheidung aus der Perspektive des Gesellschafts- und des Zwangsvollstreckungsrechts und prüft, wie sich die zugrundeliegenden Wertungen in das System des Personengesellschaftsrechts einfügen. Außerdem behandelt der Beitrag der Entscheidung benachbarte Zweifelsfragen aus der Zwangsvollstreckung gegen die OHG und die GbR.

I. Die Entscheidung des BGH vom 14.1.2016 (V ZB 148/14)¹

1. Sachverhalt

Der BGH hatte sich kürzlich mit dem folgenden (hier vereinfachten) Sachverhalt zu befassen:² Die Gläubigerin betreibt die Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen aus der vollstreckbaren Ausfertigung einer notariellen Urkunde. In der Urkunde ist die W-GmbH als Vollstreckungsschuldnerin bezeichnet. Auch in den Grundbüchern der Grundstücke, in die vollstreckt werden soll, ist die W-GmbH (i. G.) als Eigentümerin eingetragen. Vor Anordnung der Zwangsversteigerung wandelte sich die W-GmbH in eine OHG um. Die OHG und ihre Gesellschafter wurden in das Handelsregister eingetragen. Nach Anordnung der Zwangsversteigerung wurde auf Antrag der Gesellschafter in das Handelsregister eingetragen, dass die OHG aufgelöst und ihre Firma erloschen ist.

2. Problemaufriss

Das rechtliche Problem, das es hier zu lösen gilt, stellt sich an der Schnittstelle von Gesellschaftsrecht und Zwangsvollstreckungsrecht: Auf den ersten Blick ist nämlich der Vollstreckungstitel falsch. Er lautet auf eine GmbH, die in dieser

Form nicht mehr existiert. Sie ist zunächst durch Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft (§§ 190, 191, 202, 226, 228 UmwG) zur OHG geworden. Schließlich wurde diese OHG aus dem Handelsregister auf freiwilligen Antrag gelöscht, der darauf gestützt wurde, dass die Gesellschaft kein Handelsgewerbe (mehr) betreibt (§ 105 Abs. 2 Satz 2, § 2 Satz 3 HGB). Man muss sich deshalb nun fragen, welches Schicksal der titulierte Anspruch durch diese gesellschaftsrechtlichen Vorgänge erfährt. Es muss also überlegt werden, wer nun überhaupt materiell Vollstreckungsschuldner ist. Ist dieser Schuldner identifiziert, muss überlegt werden, ob der Schuldner Rechtsnachfolger der ursprünglichen W-GmbH ist und es deshalb zur weiteren Vollstreckung einer qualifizierten Klausel (§ 727 BGB) bedarf.

3. Die Bewertung durch den BGH

Der BGH nimmt sich zuerst des Formwechsels von der W-GmbH in eine OHG an. Hier erklärt er, dass der Formwechsel die Identität des Rechtsträgers nicht geändert habe. Bei dieser Umwandlung finde weder ein Vermögensübergang noch eine Rechtsnachfolge durch einen anderen Rechtsträger statt. Die ursprüngliche Eigentümerin existiere weiter; geändert hätten sich allein ihre Rechtsform und ihre Firma.³

Die Eintragung der Auflösung der OHG und des Erlöschens ihrer Firma würdigt der BGH folgendermaßen: Die Möglichkeit der OHG, ihre Eintragung im Handelsregister löschen zu lassen, wenn ihr Unternehmen einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht mehr erfordert, führe zu einer besonderen Form der Umwandlung kraft Gesetzes, bei der die bis dahin kraft Eintragung im Handelsregister als OHG geltende Gesellschaft (§ 105 Abs. 2 Satz 1 HGB) in die Rechtsform einer GbR zurückfalle. Bei einer gesellschaftsrechtlichen Betrachtung liege kein Fall der Rechtsnachfolge vor. Eigentümerin des Grundstücks sei dieselbe Gesellschaft.⁴

II. Analyse der Entscheidung

1. Formwechsel der GmbH in die OHG

Ausgangspunkt der Überlegungen des BGH ist die Frage, ob im vorliegenden Fall gemäß § 795 Satz 1, § 727 Abs. 1 ZPO

* Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht (Prof. Dr. *Christoph Teichmann*) an der Universität Würzburg.

1 BGH, Beschluss vom 14.1.2016, V ZB 148/14, NZG 2016, 517.

2 Ausführliche Darstellung des Sachverhalts bei der Vorinstanz LG Halle, Beschluss vom 3.7.2014, 2 T 106/14, BeckRS 2016, 06593.

3 BGH, Beschluss vom 14.1.2016, V ZB 148/14, NZG 2016, 517, 518 Rdnr. 11.

4 BGH, Beschluss vom 14.1.2016, V ZB 148/14, NZG 2016, 517, 518 Rdnr. 17.

die Erteilung einer qualifizierten titelumerschreibenden Klausel erforderlich ist, damit die Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft weiterhin zulässig ist. Hinsichtlich des Wechsels von der GmbH in die OHG sieht der BGH keinen größeren Diskussionsbedarf. Er beruft sich schlicht darauf, dass die Identität der Gesellschaft dieselbe geblieben sei; es finde keine Rechtsnachfolge statt. Das ist aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive ganz richtig. Die Rechtsfolgen des Formwechsels werden durch § 202 UmwG bestimmt. Ganz zentral wird in § 202 Abs. 1 Nr. 1 UmwG die Kontinuität des Rechtsträgers geregelt. Der Rechtsträger bleibt identisch, lediglich seine Rechtsform wandelt sich.⁵ Wenn aber der Rechtsträger – also Inhaber und Gegner von Ansprüchen – derselbe bleibt, kann es auch nicht zu einem Übergang von Rechten kommen. Deshalb führt die Umwandlung durch Formwechsel nicht zu einer Rechtsnachfolge.⁶ Anders liegt es nur bei den Umwandlungen, die nicht die Identität des Rechtsträgers wahren.⁷ Wird aber die Identität beibehalten, ist kein Raum für eine Rechtsnachfolgeklausel.⁸ Dem BGH ist deshalb vorliegend zuzustimmen, wenn man sich treu an den Wortlaut des § 727 Abs. 1 ZPO hält, der vom „Rechtsnachfolger“ spricht.

Auch unter Berücksichtigung des Normzwecks des § 727 Abs. 1 ZPO ergibt sich nichts anderes. Hier ließe sich sicher annehmen, dass die vorliegende Situation einer solchen vergleichbar ist, in der nach Eintritt der Rechtskraft eine andere Person in Anspruch genommen werden soll. Da allerdings nach gesellschaftsrechtlicher Wertung keine Rechtsnachfolge eingetreten ist, ist schon kein Raum für den Eintritt einer Rechtskrafteerstreckung (§ 325 Abs. 1 ZPO), wie sie § 727 ZPO fokussiert.⁹ Durch die Vorschrift soll in diesen Fällen vermieden werden, dass bei einer Änderung der Parteien ein neuer Prozess geführt werden müsste.¹⁰ Wenn aber die Parteien des Vorprozesses und des etwaigen neuen Prozesses identisch sind – lediglich die eine anders heißt¹¹ – und der

Streitgegenstand identisch ist, stünde einem neuen Prozess schon die Rechtskraft des Urteils im Vorprozess entgegen. Wenn aber überhaupt kein Prozess mehr geführt werden kann, ist auch kein Raum dafür, dieses Verfahren nach § 727 ZPO zu vereinfachen.

2. Formwechsel der OHG in die GbR

Hinsichtlich des Wechsels der OHG in die GbR betreibt der BGH in seiner Entscheidung einen größeren Begründungsaufwand. Das lässt sich wohl darauf zurückführen, dass in der Wissenschaft Streit darüber besteht, ob für den Fall des Wechsels der OHG in die GbR eine qualifizierte Klausel nach § 727 Abs. 1 ZPO erforderlich ist.

Für die Auffassung der Befürworter führt der BGH *Stöber* und das LG Oldenburg an.¹² Diese Auffassung stützt sich auf einen Erst-Recht-Schluss: Wenn eine qualifizierte Klausel im Fall der Rechtsnachfolge erforderlich ist, müsse das erst recht im Fall der Rechtsidentität gelten.¹³ Der Entscheidung des LG Oldenburg zugrunde lag ein Fall, in dem ein Titel gegen die im Handelsregister eingetragene KG bestand, diese dann aber wegen Absinkens ihres Handelsgewerbes auf ein Kleingewerbe zur GbR wurde. In der Folge genügte der Titel nicht mehr zur Zwangsvollstreckung gegen die GbR, weil § 736 ZPO anders als die für die KG und OHG maßgebliche Vorschrift des § 124 Abs. 2 HGB einen Titel gegen alle Gesellschafter verlangt. Das LG Oldenburg ging seinerzeit davon aus, dass die Vermögensauskunft (§ 807 ZPO a. F.) bei der GbR – anders als bei der OHG (bzw. im Fall des LG Oldenburg: KG) – von den Gesellschaftern abgegeben werden müsse, weil zur Vollstreckung gegen die GbR ein Titel gegen alle Gesellschafter erforderlich sei.¹⁴ Die Norm des § 736 ZPO, die diese Form des Titels verlangt, existiert auch heute noch. Allerdings kann es für die Zwangsvollstreckung gegen die GbR nicht mehr auf die Vermögensauskunft ihrer Gesellschafter ankommen. Da die GbR selbst rechtsfähig ist¹⁵ und ihr eigenes Gesellschaftsvermögen trägt, kommt es für die Vermögensauskunft nach § 802c ZPO auf ihre eigenen Vermögensverhältnisse an. Die Gesellschafter als organschaftliche Vertreter müssen bei der Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft deren Vermögensverhältnisse offenlegen, nicht ihre eigenen.¹⁶ Deshalb lässt sich aus dem speziellen Erfordernis der Vermögensauskunft nichts für eine Umschreibung des Titels durch Aufnahme der Gesellschafter im Wege des § 727 ZPO gewinnen.

Es erscheint auch hier richtig, dem BGH zu folgen. Ausschlaggebend ist hier wieder (siehe schon oben II. 1.), dass der Rechtsträger derselbe geblieben ist, sich lediglich die Form

5 BGH, Beschluss vom 27.2.2004, IXa ZB 262/03, BeckRS 2004, 03423; Begr. RegE UmwG bei *Ganske*, Umwandlungsrecht, 1995, S. 227; *Lutter/Bayer/Vetter/Decher/Hoger*, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 202 Rdnr. 7.

6 Vgl. OLG Köln, Urteil vom 5.8.2003, 3 U 30/03, GmbHR 2003, 1489, 1491; *Lutter/Bayer/Vetter/Decher/Hoger*, UmwG, § 202 Rdnr. 7.

7 Das meint auch Beck'sches Notarhandbuch/*Bernhard*, 6. Aufl. 2015, Rdnr. 345.

8 *Musielak/Voit/Lackmann*, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 727 Rdnr. 1; siehe auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 2.11.1988, 2 W 5/88, NJW-RR 1989, 637, 638; in verschiedener Form wird aber eine Klarstellung für möglich gehalten: *Keller/Rellermeyer*, Handbuch Zwangsvollstreckungsrecht, 1. Aufl. 2013, B. Rdnr. 396; *Musielak/Voit/Lackmann*, ZPO, § 727 Rdnr. 1 nehmen einen „klarstellenden Zusatz“ auf dem Titel an.

9 Vgl. BGH, Urteil vom 3.4.1957, V ZR 111/56, NJW 1957, 1111; RG, Urteil vom 26.5.1916, VII 84/16, RGZ, 88, 267, 268 f.; *Kindl/Meller-Hannich/Wolf/Giers*, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, 3. Aufl. 2016, § 727 Rdnr. 1; *Saenger/Kindl*, ZPO, 6. Aufl. 2015, § 727 Rdnr. 1; *Thomas/Putzo/Seiler*, ZPO, 37. Aufl. 2016, § 727 Rdnr. 1; *Zöller/Stöber*, ZPO, 31. Aufl. 2016, § 727 Rdnr. 1; *MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner*, 5. Aufl. 2016, § 727 Rdnr. 1.

10 *Thomas/Putzo/Seiler*, ZPO, § 727 Rdnr. 1; *Saenger/Kindl*, ZPO, § 727 Rdnr. 1.

11 Siehe auch *Wertenbruch*, NJW 2002, 324, 327.

12 *Stöber*, ZVG, 21. Aufl. 2016, § 15 Rdnr. 19.2; LG Oldenburg, Beschluss vom 26.10.1979, 5 T 309/79, Rpfleger 1980, 27.

13 LG Oldenburg, Beschluss vom 26.10.1979, 5 T 309/79, Rpfleger 1980, 27, 28.

14 LG Oldenburg, Beschluss vom 26.10.1979, 5 T 309/79, Rpfleger 1980, 27.

15 Grundlegend BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, NJW 2001, 1056.

16 Vgl. *Thomas/Putzo/Seiler*, ZPO, § 802c Rdnr. 8; *Kindl/Meller-Hannich/Wolf/Sternal*, Gesamtes Recht der Zwangsvollstreckung, § 802c Rdnr. 19.

geändert hat.¹⁷ Auch wenn das kein Formwechsel im Sinne der Vorschriften der §§ 190 ff. UmwG ist – denn dort ist dieser Fall nicht vorgesehen – passt der Begriff. Denn wie es auch in § 190 Abs. 1 UmwG erklärt wird, ist ein Formwechsel vollzogen, wenn ein Rechtsträger eine andere Rechtsform erhält. Er zieht das alte Kleid aus und ein neues an.

3. Bedeutung des § 736 ZPO

Zu überlegen bleibt, ob sich aus der nach wie vor bestehenden Vorschrift des § 736 ZPO (i. V. m. § 795 ZPO) etwas anderes ergibt. Die Vorschrift verlangt für die Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen der (Außen-)GbR einen Titel gegen alle Gesellschafter. Nach der Anerkennung der Rechtsfähigkeit der GbR¹⁸ wird die Vorschrift nicht mehr als zwingende Voraussetzung gesehen. Die Vollstreckung gegen die GbR ist auch zulässig, wenn der Titel nur gegen die Gesellschaft lautet, aber die Gesellschafter nicht ausweist.¹⁹ § 736 ZPO erlaubt nunmehr lediglich *zusätzlich* die Zwangsvollstreckung auch aufgrund eines Titels, der nur gegen die Gesellschafter lautet.²⁰ Wenn aber ein Titel gegen die Gesellschafter keine zwingende Voraussetzung mehr ist, um gegen die GbR vollstrecken zu können, kann daraus auch kein Erfordernis einer titelumschließenden Klausel dahingehend gefolgert werden, dass die Gesellschaft durch ihre Gesellschafter im Titel identifiziert wird bzw. auf diese Weise der Vollstreckungsschuldner bestimmt wird. Deshalb ist es richtig, dass der BGH aus § 736 ZPO keine entsprechende Anwendung des § 727 ZPO ableitet.²¹

4. Auch keine Nachfolgeklausel bei Aktivprozessen erforderlich

Das Dargestellte gilt schließlich auch für Aktivprozesse von Gesellschaften, die ihre Identität wahren und ihre Rechtsform wechseln. Denn § 727 Abs. 1 ZPO ist gleichermaßen auf den

Fall der Rechtsnachfolge auf Aktiv- wie auf Passivseite anzuwenden. Die Überlegungen, die beim identitätswahrenden Formwechsel (schon ohne Berücksichtigung des § 736 ZPO) dafür sprechen, dass keine qualifizierte Klausel erforderlich ist, lassen sich also ebenfalls auf die Zwangsvollstreckung durch eine Gesellschaft als Gläubigerin anwenden.²²

5. Besonderheiten in der Immobilienvollstreckung gegen eine GbR

a) Feststellung der Identität der Gesellschaft über ihren Gesellschafterbestand

Schließlich sind die Besonderheiten der Immobilienvollstreckung zu beachten. Während im vorliegenden Fall die Gesellschaft in Form der GbR die Eigentümerin der Grundstücke ist, die Vollstreckungsobjekt sind, ist in den Grundbüchern die Gesellschaft noch als GmbH eingetragen (siehe oben I. 1.). Nach § 17 Abs. 1 ZVG darf die Zwangsversteigerung allerdings nur angeordnet werden, wenn der Schuldner auch als Eigentümer eingetragen ist. Der BGH meinte, dass das unter Berücksichtigung des § 47 Abs. 2 GBO für eine GbR bedeute, dass auch ihre Gesellschafter eingetragen sein müssen. Deshalb hielt er in einem Fall, in dem sich der Gesellschafterbestand der GbR geändert hatte, fest, dass es in entsprechender Anwendung des § 727 ZPO einer Nachfolgeklausel bedürfe, um gegen die GbR in ihrer neuen Zusammensetzung zu vollstrecken.²³ Die Gesellschafter im Titel müssten mit denen im Grundbuch identisch sein – so der BGH.²⁴ Ohne es ausdrücklich zu sagen, erklärt der BGH damit die Vorschrift des § 47 Abs. 2 GBO zum zwingenden Prüfungsprogramm im Rahmen des § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO. Das Zwangsvollstreckungsorgan hat deshalb keine andere Möglichkeit mehr, sich von der Identität der Gesellschaft zu überzeugen, als durch den Vergleich der Gesellschafter. Für die Praxis der Immobilienvollstreckung bedeutet das außerdem, dass die Gesellschafter bereits im Titel aufgeführt werden müssen.²⁵ Dadurch lebt nicht § 736 ZPO wieder auf. Denn der Titel muss sich nicht *gegen* die Gesellschafter richten. Sie müssen aber *genannt* werden („ABC-GbR bestehend aus den Gesellschaftern A, B und C“).

17 MünchKomm-ZPO/Heßler, § 736 Rdnr. 44; BeckOK-ZPO/Ulrici, Stand 1.12.2016, § 727 Rdnr. 18; MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, § 727 Rdnr. 17; Soutier, MittBayNot 2011, 366; weiterer Nachweis bei BGH, Beschluss vom 14.1.2016, V ZB 148/14, NZG 2016, 517, 518 Rdnr. 14.

18 BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, NJW 2001, 1056.

19 BGH, Beschluss vom 16.7.2004, IXa ZB 288/03, NJW 2004, 3632, 3634; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, § 736 Rdnr. 4; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 736 Rdnr. 4; BeckOK-ZPO/Ulrici, § 736 vor Rdnr. 1; Gummert/von Unger, Münchner Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2015, § 15 Rdnr. 189; vgl. auch schon BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, NJW 2001, 1056, 1059 f.

20 BGH, Urteil vom 22.3.2011, II ZR 249/09, NZG 2011, 662, 663 f. Rdnr. 11; BGH, Urteil vom 17.10.2006, XI ZR 19/05, NJW 2007, 1813, 1814 f. Rdnr. 22; BGH, Beschluss vom 16.7.2004, IXa ZB 288/03, NJW 2004, 3632, 3634; OLG Hamburg, Beschluss vom 10.2.2011, 13 W 5/11, BeckRS 2011, 19860; BeckOK-ZPO/Ulrici, § 736 vor Rdnr. 1; Gummert/von Unger, Münchner Anwaltshandbuch Personengesellschaftsrecht, § 15 Rdnr. 190 m. w. N. auch zu anderen Ansichten; unter Berufung auf das Gesamthandsprinzip ebenso Wertbruch, NJW 2002, 324, 328; siehe zur früheren (und immer noch) tragfähigen Begründung auch Flume, Personengesellschaft, 1977, S. 325.

21 BGH, Beschluss vom 14.1.2016, V ZB 148/14, NZG 2016, 517, 518 Rdnr. 18 f.

22 In diesem Sinne kürzlich auch LG Kassel, Beschluss vom 15.6.2016, 3 T 273/16, BeckRS 2016, 13070 mit Hinweis auf LG Paderborn, Beschluss vom 19.1.2016, 5 T 17/16, n. v.; LG Dresden, Beschluss vom 31.3.2016, 2 T 198/16, n. v.; und LG Koblenz, Beschluss vom 16.3.2016, 2 T 222/16, n. v.

23 BGH, Beschluss vom 2.12.2010, V ZB 84/10, NJW 2011, 615, 616 Rdnr. 7; die Entscheidung fand breite Übernahme in die Handbücher und Kommentare, siehe nur Keller/Rellermeyer, Handbuch Zwangsversteigerungsrecht, B. Rdnr. 392; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, § 727 Rdnr. 4.

24 BGH, Beschluss vom 2.12.2010, V ZB 84/10, NJW 2011, 615, 616 Rdnr. 9; und deutlich BGH, Urteil vom 5.10.2010, VI ZR 186/08, NJW 2011, 1449, 1450 Rdnr. 10.

25 Ebenso Reymann, NJW 2011, 1412, 1413; siehe BGH, Beschluss vom 2.12.2010, V ZB 84/10, NJW 2011, 615, 616 f. Rdnr. 11.

b) Feststellung der Identität der Gesellschaft durch Ableitung aus dem Handelsregister

Den vorliegenden Fall behandelt der BGH abweichend. Er verlangt nicht, dass die GbR im Grundbuch eingetragen ist und auch nicht, dass ihre Gesellschafter eingetragen sind.²⁶ Begründen lässt sich das durchaus: Der Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch nach § 47 Abs. 2 GBO kommt – außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 892, 899a BGB – keine allgemeine Publizitätswirkung zu, auf die der Rechtsverkehr vertrauen darf.²⁷ Das Grundbuch ist nicht das Ersatzregister für die GbR.²⁸ Maßgeblich ist grundsätzlich die materielle Rechtslage,²⁹ nicht die Grundbucheintragung. Die Eintragung ist „lediglich“ eine Identifizierungshilfe für die GbR.³⁰ Identifizierungsprobleme bestehen aber vorliegend nicht. Denn gefragt werden muss nicht danach, wer etwa die Gesellschafter sind. Es geht hier nicht um die Unterscheidung einer GbR von einer anderen GbR – wozu die Bezeichnung ihrer Gesellschafter nach § 47 Abs. 2 GBO dient.³¹ In Fällen des Wechsels im Gesellschafterbestand unter Wahrung der Identität der GbR spricht vieles für die Erforderlichkeit einer Nachfolgeklausel.³² Vorliegend ist aber zu prüfen, ob die GbR rechtsidentisch ist mit der GmbH, die im Grundbuch eingetragen ist. Dafür hat eine Eintragung im Grundbuch überhaupt keine Bedeutung. Die Identifizierung (in einer dem § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO genügenden Weise) wird hier für das Vollstreckungsorgan in zumutbarer Weise durch das Handelsregister sichergestellt.³³ Durch die Dokumentation im Register ist nachvollziehbar, welches Schicksal die GmbH erfahren hat: Sie wurde zur OHG und diese OHG hat ihr Handelsgewerbe aufgegeben. Dadurch hat sie ihre rechtliche Existenz nicht eingebüßt. Sie besteht als GbR fort. Folglich kann man sich Klarheit darüber verschaffen, dass der Schuldner identisch mit dem im Grundbuch eingetragenen Rechtsträger ist.

c) Haftungsstruktur der Gesellschaft ist ohne Bedeutung

Dabei stört es auch nicht, dass das Handelsregister dem Zweck dient, dem Rechtsverkehr eine Auskunft über die hinter den Handelsunternehmen stehenden juristischen oder natür-

lichen Personen zu verschaffen.³⁴ Denn solche Haftungsfragen sind hier überhaupt nicht berührt.³⁵ In der Zwangsvollstreckung gegen die Gesellschaft wird nicht nach der Haftung der Personen hinter dem Unternehmen gefragt, sondern nach der Identität des Unternehmensträgers – der Gesellschaft. Diese kann hier aber bereits durch das Handelsregister festgestellt werden, auch wenn die Haftungsstruktur nicht offengelegt wird. Die Haftung der Gesellschafter in der Zwangsvollstreckung ist in einem eigenständigen Verfahren zu besorgen.

III. Folgerungen für das Verhältnis von OHG und GbR zueinander

Die Entscheidung des BGH gibt Anlass, einen wichtigen Aspekt des Personengesellschaftsrechts herauszustellen und zu betonen: Es wird ganz deutlich erkennbar, dass OHG und GbR in hohem Maße wesensverwandt sind. Wie nah sich beide Gesellschaftsformen sind, zeigt sich grundlegend in der Möglichkeit, dass sich eine GbR – wenn kein Handelsgewerbe (§ 1 Abs. 2 HGB) geführt wird – jederzeit als OHG in das Handelsregister eintragen lassen (§ 105 Abs. 2 Satz 1 und 2, § 2 Satz 2 HGB) und wieder daraus löschen lassen kann (§ 105 Abs. 2 Satz 2, § 2 Satz 3 HGB). Die GbR kann daher jederzeit wählen, ob sie eine OHG sein möchte oder nicht. Der BGH bezeichnet das in der aktuellen Entscheidung als eine „besondere (...) Form der Umwandlung kraft Gesetzes, bei der die (...) OHG (...) in die Rechtsform einer GbR zurückfällt“.³⁶ Tatsächlich spricht der BGH hier davon, dass die GbR nur als OHG „gelte“.³⁷ Das muss aber vor dem Wortlaut des § 105 Abs. 2 Satz 1 HGB als „ungenau“ gewertet werden. Denn die Vorschrift spricht keine Fiktion aus. Nach ihr „ist“ die Gesellschaft mit der Eintragung eine OHG.

Genau das hatte der Gesetzgeber auch schon bei der Einführung der Regelung des § 105 Abs. 2 HGB im Jahr 1998 vor Augen. Er sprach vom „automatisch erfolgenden – identitätswahrenden – Rechtsformwandel (...) zwischen BGB-Gesellschaft und OHG/KG einerseits und OHG/KG andererseits bei Erwerb bzw. Fortfall der vollkaufmännischen Unternehmensqualität“.³⁸ Die GbR wird schlicht durch Aufnahme eines Handelsgewerbes zur OHG und sinkt durch dessen Aufgabe wieder zur GbR zurück.³⁹ Der Wesensunterschied zwischen GbR und OHG ist damit denkbar gering:⁴⁰ Er liegt darin, dass

26 BGH, Beschluss vom 14.1.2016, V ZB 148/14, NZG 2016, 517, 519 Rdnr. 21.

27 Vgl. BT-Drucks. 16/13437, S. 24.

28 Ausführlich dazu demnächst Beck, DNotZ 4/2017.

29 Vgl. schon Flume, Personengesellschaft, 1977, S. 70.

30 BGH, Urteil vom 3.11.2015, II ZR 446/13, NZG 2016, 221, 224 Rdnr. 27; BT-Drucks. 16/13437, S. 24.

31 Vgl. BGH, Beschluss vom 24.2.2011, V ZB 253/10, NJW 2011, 1449, 1451 Rdnr. 18; Beck, DNotZ 4/2017.

32 Für diesen Fall MünchKomm-ZPO/Heßler, § 736 Rdnr. 17; BeckOK-ZPO/Ulrici, § 727 Rdnr. 17a; MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, § 727 Rdnr. 17; Reymann, NJW 2011, 1412, 1414; und oben Fn. 23.

33 Vgl. BGH, Beschluss vom 14.1.2016, V ZB 148/14, NZG 2016, 517, 519 Rdnr. 23; der BGH bestätigt diese Wertung in seinem Beschluss vom 20.5.2016, V ZB 142/15, MittBayNot 2017, 83 Rdnr. 17, wenn er für den nicht eingetragenen Verein festhält, dass dieser eben wegen der fehlenden Eintragung im Vereinsregister nicht eindeutig identifizierbar ist und (auch deshalb) § 47 Abs. 2 GBO in diesem Fall anwendet.

34 Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/7348, S. 29.

35 Siehe dazu OLG Hamm, Beschluss vom 24.5.2016, 27 W 27/16, NZG 2016, 1147, 1148; Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 8 Rdnr. 4 m. w. N.; Bayer, GmbHG 2012, 1, 2 f.; Beck, DNotZ 4/2017; vgl. auch DNotI-Report 2011, 73, 74.

36 BGH, Beschluss vom 14.1.2016, V ZB 148/14, NZG 2016, 517, 518 Rdnr. 17.

37 BGH, Beschluss vom 14.1.2016, V ZB 148/14, NZG 2016, 517, 518 Rdnr. 17.

38 Begr. RegE HRefG, BT-Drucks. 13/8444, S. 60.

39 BGH, Beschluss vom 14.1.2016, V ZB 148/14, NZG 2016, 517, 518 Rdnr. 17 m. w. N.; BGH, Urteil vom 19.5.1960, II ZR 72/59, NJW 1960, 1664, 1664 f.; Kindler in Koller/Kindler/Roth/Morck, HGB, 8. Aufl. 2015, § 105 Rdnr. 55.

40 Ebenso im Ergebnis Flume, Personengesellschaft, 1977, S. 69 f.

der gemeinsame Zweck auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist.⁴¹

IV. Fazit

Betreffend die Voraussetzungen für die Immobiliervollstreckung gegen die GbR ist zu erkennen, dass grundsätzlich Deckungsgleichheit zwischen den im Grundbuch und den im Titel aufgeführten Gesellschaftern bestehen muss. Nur wenn sie identisch sind, kann die Zwangsvollstreckung zulässigerweise beginnen oder fortgesetzt werden. Das erfordert, bereits bei der Schaffung bzw. beim Erlangen des Titels dafür Sorge zu tragen, dass die Gesellschafter genannt werden – in der Mobiliervollstreckung ist das hingegen nicht erforderlich.

Von diesem Erfordernis macht der BGH in seiner aktuellen Entscheidung eine Ausnahme. Ihm ist darin zuzustimmen,

⁴¹ Siehe schon *Staub/Schäfer*, HGB, 5. Aufl. 2009, § 105 Rdnr. 3; *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Haas*, HGB, 4. Aufl. 2014, § 105 Rdnr. 3; *Baumbach/Hopt/Hopt*, HGB, 37. Aufl. 2016, § 105 Rdnr. 1; *Kindler*, Grundkurs Handelsgesellschaftsrecht, 8. Aufl. 2016, § 10 Rdnr. 1; *Beck*, JURA 2013, 209, 211.

dass nach dem Formwechsel einer ehemals in das Handelsregister eingetragenen OHG in eine GbR keine Klausel i. S. d. § 727 Abs. 1 ZPO erforderlich ist. Der gesellschaftsrechtlich vollzogene identitätswahrende Formwechsel einer Gesellschaft löst keine Rechtsnachfolge aus. Deshalb bedarf es für die Vollstreckung durch oder gegen eine Gesellschaft in ihrer neuen Rechtsform aus gesellschaftsrechtlicher Perspektive keiner qualifizierten Klausel i. S. d. § 727 Abs. 1 ZPO. Auch die Wertungen des Zwangsvollstreckungsrechts bestätigen dieses Ergebnis. Die Überprüfung der Identität der Gesellschaft erfolgt nicht durch einen Vergleich mit den im Grundbuch stehenden Gesellschaftern.

Die aktuelle Entscheidung wird zudem den Erfordernissen der Praxis gerecht. Denn durch den Verzicht auf eine qualifizierte Klausel kann effektiv verhindert werden, dass die Zwangsvollstreckung gegen eine Gesellschaft dadurch behindert wird, dass diese (mehrfach) zwischen verschiedenen Rechtsformen hin und her wechselt.

Übertragung und Einbringung von Kiesvorkommen

Zugleich Anmerkung zu den Urteilen des BFH vom 29.7.2015, IV R 15/14, und vom 4.2.2016, IV R 46/12 (nicht abgedruckt)

Von Notar **Martin Wachter**, Günzburg

Bei der Übertragung bzw. Einbringung von einzelnen Wirtschaftsgütern eines Gesellschafters in eine Personengesellschaft, deren Gesellschafter er ist, stellt sich unweigerlich die Frage, auf welches Gesellschafterkonto der Wert der Einlage zu verbuchen ist, soweit es sich nicht um ein fremdübliches Verkehrsgeschäft handelt. Diese Festlegung ist zwar nicht Aufgabe des Notars, sondern die des steuerlichen Beraters. Der Notar sollte dennoch das Verständnis haben, welche steuerlichen Aspekte dabei zu berücksichtigen sind, um ggf. auch auf mögliche Fehler hinzuweisen. Er sollte es jedoch ausdrücklich vermeiden, hierzu eigene Vorgaben zu machen. Welche steuerlichen Klippen hier zu beachten sind, ergibt sich aus zwei erst kürzlich hintereinander entgegen der Ansicht der Finanzverwaltung ergangenen Entscheidungen des BFH.

In diesen Entscheidungen musste sich der BFH mit der Frage beschäftigen, wie ein Kommanditist ein ihm gehörendes Wirtschaftsgut, hier ein Grundstück mit Kiesvorkommen, in seine Kommanditgesellschaft einlegen muss, damit ein entgeltlicher Erwerb entsteht, der die Kommanditgesellschaft zur Vornahme von Absetzungen für Substanzverringering (AfS) berechtigt. Es ging dabei vor allem um die Frage, auf welches Gesellschafterkonto die Einlage zu verbuchen ist, damit es sich um eine Einlage gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten handelt. Da dies Inhalt der notariellen Urkunde war und regelmäßig ist, haben beide Entscheidungen auch Bedeutung für die notarielle Vertragsgestaltung.

I. BFH, Urteil vom 29.7.2015, IV R 15/14¹

In der ersten der beiden ergangenen Entscheidungen urteilte der BFH: Überträgt der Kommanditist einer KG dieser ein Wirtschaftsgut, dessen Gegenwert allein seinem Kapitalkonto II gutgeschrieben wird, liegt keine Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten, sondern eine Einlage vor, wenn sich nach den Regelungen im Gesellschaftsvertrag der KG die maßgeblichen Gesellschaftsrechte nach dem aus dem Kapitalkonto I folgenden festen Kapitalanteil richten (entgegen BMF-Schreiben vom 11.7.2011, IV C 6-S 2178/09/10001, BStBl. I 2011, 713, unter I. 2.).

Sachverhalt

Der Landwirt A hatte ein landwirtschaftliches Grundstück mit einem verwertbaren Kiesvorkommen. Ein Kiesunternehmen wollte von ihm das Grundstück zum Abbau des Kiesvorkommens anpachten. Nach der Rechtsprechung des BFH (hierzu nachfolgend detaillierter) unterliegen die Einnahmen aus der Überlassung des Abbaus eines Bodenschatzes an einen Dritten jedoch der Besteuerung nach § 21 EStG. Zugleich sind aber nach § 11d EStDV bei Bodenschätzen, die der Steuerpflichtige auf einem ihm gehörenden Grundstück entdeckt hat, Absetzungen für Substanzverringering nicht zulässig. Dadurch, dass das Grundstück mit dem Kiesvorkommen gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten in eine von dem Grundstückseigentümer errichtete GmbH & Co. KG eingebracht wird, deren einziger Kommanditist sowie alleiniger Gesellschafter der Komplementär-GmbH er ist, sollte ein steuerlich entgeltlicher, aber im konkreten Fall dann steuerfreier Veräußerungsvorgang erzeugt werden. Dies wiederum sollte zu Anschaffungskosten bei der Kommanditgesellschaft führen, auf welche Absetzungen für Substanzverringering infolge des Kiesabbaus vorgenommen werden könnten. Diese Absetzungen sollten gegen die steuerpflichtigen Einnahmen aus dem Kiesabbau verrechnet werden und diese damit verringern bzw. kompensieren.

Nach dem Gesellschaftsvertrag war für jeden Kommanditisten ein Kapitalkonto I und ein weiteres Kapitalkonto II sowie ein Privatkonto zu führen. Das Kapitalkonto I enthielt den festen Kapitalanteil, der für die Gesellschaftsrechte maßgebend war. Auf dieses wurde bei Errichtung der GmbH & Co. KG eine bare Kommanditeinlage i. H. v. 10.000 € gutgeschrieben. Auf dem Kapitalkonto II wurden nicht entnahmefähige Gewinne, Verluste und Rücklagen verbucht.² Auf dem Privatkonto sollten die entnahmefähigen Gewinnanteile, Entnahmen und Einlagen des Gesellschafters gebucht werden. Bei der Einbringung des Grundstückes mit dem Kiesvorkommen in die Gesellschaft wurde der Gegenwert des Kiesvorkommens und des Grundstückes vollständig dem Kapitalkonto II des Kommanditisten A gutgeschrieben. Die GmbH & Co. KG schloss sodann einen Kiesausbeutevertrag mit dem Dritten. Die von ihr vorgenommenen Absetzungen auf Substanzverringering auf das aktivierte Kiesvorkommen wurden vom Finanzamt nicht anerkannt, obwohl die Verbuchung rein nur auf dem Kapitalkonto II zur damaligen Zeit aufgrund des BMF-Schreibens

¹ BStBl. II 2016, 593 = DStR 2016, 217. Vorinstanz: FG Niedersachsen, Urteil vom 22.1.2014, 3 K 314/13, EFG 2014, 900.

² Da hierauf auch Verluste verbucht werden, handelt es sich nicht um ein Fremdkapitalkonto, sondern um ein Eigenkapitalkonto; BFH, Urteil vom 15.5.2008, IV R 46/05, BStBl. II 2008, 812.

vom 29.3.2000³ als ausreichend angesehen wurde. Denn danach war eine entgeltliche Gewährung von Gesellschaftsrechten anzunehmen, wenn die durch die Übertragung eintretende Erhöhung des Gesellschaftsvermögens demjenigen Kapitalkonto des einbringenden Gesellschafters gutgeschrieben wird, das für eine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen maßgebend ist.

II. BFH, Urteil vom 4.2.2016, IV R 46/124

In der daran anschließenden und darauf aufbauenden Entscheidung urteilte sodann der BFH: Legt der Kommanditist ein in seinem Privatvermögen entdecktes Kiesvorkommen in die KG ein, hat diese das Kiesvorkommen mit dem Teilwert anzusetzen. Absetzungen für Substanzverringerung und Teilwertabschreibungen sind auch dann nicht zulässig, wenn die KG das Kiesvorkommen nicht selbst abbaut, sondern einem Dritten zur Substanzausbeute verpachtet.⁵

Sachverhalt

Auch hier errichtete ein Landwirt mit einem Kiesvorkommen für dessen wirtschaftliche Verwertung (Verpachtung zum Abbau) eine GmbH & Co. KG, deren alleiniger Kommanditist er

3 BMF-Schreiben vom 29.3.2000, IV C 2-S 2178-4/00 zur Behandlung der Einbringung einzelner zum Privatvermögen gehörender Wirtschaftsgüter in das betriebliche Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft – Anwendung des BFH-Urteils vom 19.10.1998, VIII R 69/95, BStBl. I 2000, 462 = BStBl. DStR 2000, 820. Dem folgend dann das BMF-Schreiben vom 11.7.2011, IV C 6-S 2178/09/10001 bzgl. Einbringung zum Privatvermögen gehörender Wirtschaftsgüter in das betriebliche Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft. Gemäß dessen Tz. II. 2. a) liegt in den Fällen der vollständigen Gegenbuchung des gemeinen Werts des auf die Personengesellschaft übertragenen (eingebrachten) Wirtschaftsguts

- auf dem Kapitalkonto I oder auf einem variablen Kapitalkonto (z. B. Kapitalkonto II),
- auf dem Kapitalkonto I und teilweise auf einem variablen Kapitalkonto oder
- teilweise auf dem Kapitalkonto I oder einem variablen Kapitalkonto *und* teilweise auf einem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto der Personengesellschaft

stets ein in vollem Umfang entgeltlicher Übertragungsvorgang vor; eine Aufteilung der Übertragung in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil ist in diesen Fällen nicht vorzunehmen.

Dem schließt sich auch der Umwandlungssteuererlass vom 11.11.2011, BStBl. I S. 1314 Tz. 24.07 an: Ist ein Mitunternehmer bereits zu 100 % an einer Personengesellschaft beteiligt (Ein-Personen-GmbH & Co. KG), muss sein Kapitalkonto bei einer weiteren Einbringung eines Betriebs, Teilbetriebs oder Mitunternehmeranteils erhöht werden. Die teilweise Buchung auf einem Kapitalkonto und auf einem gesamthänderisch gebundenen Rücklagenkonto ist für die Anwendung des § 24 UmwStG ebenso unschädlich wie die ausschließliche Buchung auf einem variablen Kapitalkonto (z. B. Kapitalkonto II). Die Buchung auf einem bloßen Darlehenskonto reicht dagegen nicht aus.

4 BStBl. II 2016, 607 = DStR 2016, 662. Vorinstanz: FG München, Urteil vom 6.11.2012, 13 K 943/09, EFG 2013, 421.

5 Im Anschluss an Beschluss des Großen Senats des BFH vom 4.12.2006, GrS 1/05, BFHE 216, 168 = BStBl. II 2007, 508 = DStR 2007, 848 m. Anm. *Hoffmann*.

war. Der Gesellschaftsvertrag sah für die Beteiligungen am Gesellschaftsvermögen und an den Gesellschaftsrechten ein festes Kapitalkonto (Kapitalkonto I) und ferner ein Verrechnungskonto vor, über das der Verrechnungsverkehr zwischen der Gesellschaft und dem Gesellschafter abgewickelt wird und auf dem Gewinn- und Verlustanteile sowie Einlagen und Entnahmen erfasst werden (Kapitalkonto II).

Auch hier war bereits vor Einbringung des Grundstückes mit dem Kiesvorkommen „gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten“ die GmbH & Co. KG mit einer Kommanditeinlage von 100.000 DM in das Handelsregister eingetragen worden. Sowohl der Wert des eingebrachten Grundstückes als auch der Wert des Kiesvorkommens (= Abbaugbiet 1) wurde ausschließlich dem Kapitalkonto II des Kommanditisten gutgeschrieben.

Als weitere Besonderheit des Falles kommt hinzu, dass drei Jahre später eine weitere Teilfläche aus dem landwirtschaftlichen Betrieb mit einem Kiesvorkommen (= Abbaugbiet 2) an die gleiche GmbH & Co. KG übertragen wurde. Dieses Mal jedoch nicht mehr als Einbringung gegen Gesellschaftsrechte, sondern im Rahmen eines Kaufvertrages. In diesem wurde wegen Zahlung des vereinbarten Kaufpreises auf die Vereinbarung von Verzugszinsen und eine Unterwerfungserklärung unter die sofortige Zwangsvollstreckung ausdrücklich verzichtet. Nachdem der Kaufpreis gemäß den Vertragsbedingungen zur Zahlung fällig geworden war, kam es jedoch nicht zu der vereinbarten sofortigen Bezahlung. Ohne dass eine schriftliche Stundungsvereinbarung geschlossen wurde, erfolgte vielmehr tatsächlich die Zahlung des Kaufpreises unter Berücksichtigung der Liquidität der Gesellschaft und somit primär aus den eingehenden Pachteinahmen für den Kiesabbau.

Da der Sachverhalt dieser Entscheidung in Vielem mit der ersten Entscheidung identisch war, wiederholte der BFH in diesem Urteil auch in etlichen Punkten seine Entscheidungsgründe aus der vorher ergangenen Entscheidung vom 29.7.2015, IV R 15/14, weitgehend wörtlich.

III. Hintergrund der Gestaltung

1. Steuerrechtliche Grundlagen

a) Kiesaufkommen ist in der Regel Privatvermögen

Nach der Rechtsprechung des Großen Senats des BFH⁶ ist ein Kiesvorkommen ein materielles Wirtschaftsgut. Als selbstständiges Wirtschaftsgut entsteht der Bodenschatz aber erst, wenn der Eigentümer über ihn verfügt, indem er ihn zu verwerten beginnt. Dies ist der Fall, wenn der Bodenschatz in den Verkehr gebracht, d. h. wenn mit seiner Aufschließung, z. B. durch Stellung eines Antrags auf Genehmigung oder Verwertung, etwa durch Veräußerung, begonnen wird oder mit ihr zu rechnen ist.⁷ Steuerlich sind der Grund und Boden einerseits und das Kiesvorkommen andererseits nach der Aufschlie-

6 Beschluss vom 4.12.2006, GrS 1/05, BFHE 216, 168 = BStBl. II 2007, 508.

7 So FG München, Urteil vom 6.11.2012, 3 K 943/09, n. v.; unter Bezugnahme auf BFH, Urteile vom 13.9.1988, VIII R 236/81, BFHE 154, 358 = BStBl. II 1989, 37, und vom 7.12.1989, V R 1/88, BFHE 159, 177 = BStBl. II 1990, 317.

Bung zwei selbstständige und gleichwertig nebeneinander bestehende Wirtschaftsgüter, die häufig sogar verschiedenen Vermögenssphären angehören können. Zum landwirtschaftlichen Betriebsvermögen gehört der Grund und Boden nämlich nur bis zu einer Tiefe, zu der die Bodenbearbeitung und die Wurzelverflechtungen reichen. Tiefere Schichten, einschließlich der Bodenschätze, gehören mit der Konkretisierung als selbstständiges Wirtschaftsgut zum Privatvermögen.⁸ So wurde dies auch in den vorliegenden Fällen gesehen.

b) Keine Abschreibung für Substanzverlust oder Teilwertabschreibung

Nach dem Beschluss des Großen Senats des BFH⁹ ist ein im Privatvermögen entdecktes Kiesvorkommen bei Zuführung zu einem Betriebsvermögen gemäß § 6 Abs. 1 Nr. 5 Satz 1 Hs. 1 EStG mit dem Teilwert anzusetzen. Nach der gesetzgeberischen Grundentscheidung unterliegen damit beim Abbau von Bodenschätzen der Abbauertrag selbst bzw. die Einnahmen aus der Überlassung des Abbaus an einen Dritten stets der Besteuerung (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG; § 11d Abs. 2 EStDV). Wird das Kiesvorkommen im Privatvermögen entdeckt, darf der Steuerpflichtige, der das Kiesvorkommen einem Dritten im Wege der Verpachtung nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG zum Abbau überlässt, bei der Ermittlung seiner Verpachtungseinkünfte nach § 11d Abs. 2 EStDV¹⁰ aber keine Absetzungen für Substanzverringerung (= AfS) vornehmen. Dadurch wird verhindert, dass die Besteuerung der Abbauerträge unterbleibt. Er kann damit nicht den steuerpflichtigen Ertrag neutralisieren.

Nach § 7 Abs. 6 EStG sind zwar bei Bergbauunternehmen, Steinbrüchen und anderen Betrieben, die einen Verbrauch der Substanz mit sich bringen, Absetzungen nach Maßgabe des Substanzverzehrs zulässig (Absetzungen für Substanzverringerung). Wie sich aber aus der dortigen Bezugnahme auf § 7 Abs. 1 EStG ergibt, ist die Möglichkeit der Vornahme von Absetzungen für Abnutzung an das Vorliegen von Anschaffungs- oder Herstellungskosten geknüpft.

2. Einbringung gegen Entgelt

Anschaffungskosten entstehen für eine Personengesellschaft, wenn eine entgeltliche Veräußerung von Wirtschaftsgütern eines Gesellschafters an die Gesellschaft erfolgt. Dies tritt ein, wenn ein Einzelwirtschaftsgut des Betriebs- oder Privatvermögens des Gesellschafters gegen Barentgelt, gegen Übernahme von Verbindlichkeiten oder gegen Einräumung eines Darlehensanspruchs in das Gesamthandsvermögen einer Personengesellschaft überführt wird.¹¹ Ein tauschähnlicher bzw. entgeltlicher Vorgang ist auch dann anzunehmen, wenn dem Einbringenden als Gegenleistung für das eingebrachte

Einzelwirtschaftsgut Gesellschaftsrechte gewährt werden, die dem Wert des Einzelwirtschaftsguts entsprechen.¹² Aus steuerlicher Sicht handelt es sich dann auf der Seite des einbringenden Gesellschafters um eine Veräußerung und auf Seite der übernehmenden Gesellschaft um ein Anschaffungsgeschäft.¹³

a) Einbringung gegen Gesellschaftsrechte

Ob als Gegenleistung für die Übertragung an die Personengesellschaft Gesellschaftsrechte gewährt werden, wird allgemein danach beurteilt, ob der Einbringende (erstmalig) einen Gesellschaftsanteil erhält bzw. – im Fall einer bereits bestehenden Mitunternehmerstellung – ob sein Gesellschaftsanteil erhöht wird. Dies bestimmt sich grundsätzlich nach seinem Kapitalanteil, so der BFH. Aufgrund der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsfreiheit des Innenverhältnisses der Personengesellschaft sei entscheidend, wonach sich die maßgebenden Gesellschaftsrechte, insbesondere das Gewinnbezugsrecht, richteten. Maßstab dafür sei in den meisten Fällen der feste Kapitalanteil, das sog. Kapitalkonto I.

Eine Gewährung (oder Erweiterung) von Gesellschaftsrechten und damit ein in vollem Umfang entgeltliches Geschäft liege daher vor, wenn der Wert des übertragenen Wirtschaftsguts nur dem Kapitalkonto I gutgeschrieben werde. Aber auch soweit der Wert des übertragenen Einzelwirtschaftsguts nicht allein nur dem Kapitalkonto I, sondern zu einem Teil daneben auch einem anderen Kapitalunterkonto, zum Beispiel dem Kapitalkonto II, gutgeschrieben oder in eine gesamthänderisch gebundene Rücklage eingestellt wird, liegt nach bisheriger Rechtsprechung ein einheitlicher¹⁴ tauschähnlicher Vorgang vor, der als Veräußerung anzusehen ist.¹⁵ Noch weitergehend war dazu die Ansicht der Finanzverwaltung,¹⁶ wonach die Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten (tauschähnlicher Vorgang) schon dann vorliege, wenn der Wert des Wirtschaftsguts nicht einem gesamthänderisch ge-

12 BFH, Urteil vom 19.10.1998, VIII R 69/95, BFHE 187, 434 = BStBl. II 2000, 230.

13 Vgl. z. B. BFH, Urteile vom 24.1.2008, IV R 37/06, BFHE 220, 374 = BStBl. II 2011, 617 = DStR 2008, 761; und vom 17.7.2008, I R 77/06, BFHE 222, 402 = BStBl. II 2009, 464 = DStR 2008, 2001.

14 Bisher wird von einer einheitlichen Beurteilung des Einbringungsvorgangs ausgegangen und der Vorgang insgesamt als tauschähnlich, entgeltlich beurteilt, und nicht in einen entgeltlichen Vorgang (Einlage auf Kapitalkonto I) und einen Einlagevorgang (Zubuchung auf Kapitalkonto II) aufgespalten. Siehe FG Niedersachsen, Urteil vom 15.12.2009, 15 K 156/06, EFG 2010, 559.

15 BFH, Urteile vom 19.10.1998, VIII R 69/95, BFHE 187, 434 = BStBl. II 2000, 230; und vom 24.1.2008, IV R 37/06, BFHE 220, 374 = BStBl. II 2011, 617. Ob der BFH daran auf Dauer festhalten wird, zieht die Bemerkung in den besprochenen Entscheidungen etwas in Zweifel, wonach es dahinstehen kann, ob und ggf. in welchem Umfang an der dargestellten Rechtsprechung festgehalten wird (zur fortwährenden Diskussion z. B. Hoffmann, GmbH, 2008, 551 ff.; Wendt, Die Steuerberatung, 2010, 145, 151; Kirchhof/Söhn/Mellinghoff/ReiB, EStG, Stand Februar 2017, § 15 Rdnr. E 170 ff.).

16 BMF-Schreiben vom 29.3.2000, IV C 2-S 2178-4/00, BStBl. I 2000, 462; vom 26.11.2004, IV B 2-S 2178-2/04, BStBl. I 2004, 1190; vom 11.7.2011, IV C 6-S 2178/09/10001, BStBl. I 2011, 713.

8 BFH, Urteil vom 21.7.2009, R 10/07, BFH/NV 2010, 184; FG München, Urteil vom 6.11.2012, 3 K 943/09, n.v.

9 Beschluss vom 4.12.2006, GrS 1/05, BFHE 216, 168 = BStBl. II 2007, 508 = DStR 2007, 848 m. Anm. Hoffmann.

10 Bei Bodenschätzen, die der Steuerpflichtige auf einem ihm gehörenden Grundstück entdeckt hat, sind Absetzungen für Substanzverringerung nicht zulässig.

11 BFH, Urteil vom 24.1.2008, IV R 37/06, BFHE 220, 374 = BStBl. II 2011, 617.

bundenen Kapitalrücklagenkonto, sondern nur dem Kapitalkonto II gutgeschrieben werde.

Dabei müssen die gewährten Gesellschaftsrechte dem Wert des Einzelwirtschaftsgutes entsprechen.¹⁷ Dann kann und muss die Personengesellschaft das von ihrem Gesellschafter erworbene Wirtschaftsgut in Höhe des entrichteten Entgelts bis zur Grenze seiner Marktüblichkeit als Anschaffungskosten aktivieren.

Nach Ansicht des BFH setzt aber die Gewährung von Gesellschaftsrechten voraus, dass Anteile betroffen sind, nach denen sich die maßgebenden Gesellschaftsrechte, insbesondere das Gewinnbezugsrecht, richten. Aus dem Umstand, dass bislang auch dann ein in vollem Umfang entgeltlicher Vorgang angenommen wurde, wenn der Wert des zur Erlangung bzw. zur Erweiterung einer Mitunternehmerstellung eingebrachten Wirtschaftsguts nicht nur dem Kapitalkonto I, sondern zum Teil auch einem anderen Kapitalunterkonto gutgeschrieben wird, könne nicht gefolgert werden, dass eine Gewährung von Gesellschaftsrechten immer vorliege, wenn der Wert des eingebrachten Wirtschaftsguts irgendeinem Kapitalkonto gutgeschrieben werde. Jedenfalls liege dann keine Einbringung gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten und damit kein entgeltlicher Vorgang vor, wenn der Wert des in das Gesamthandsvermögen übertragenen Einzelwirtschaftsguts allein dem Kapitalkonto II gutgeschrieben werde, das für die Bestimmung der maßgeblichen Gesellschafterrechte nicht relevant sei.¹⁸

Ihrer bisher entgegenstehenden Ansicht will die Finanzverwaltung jetzt nicht mehr folgen, sondern die beiden BFH-Urteile in allen noch offenen Fällen anwenden.¹⁹

b) Einbringung gegen sonstige Gegenleistung

Ein entgeltlicher Veräußerungsvorgang wäre auch dann gegeben, wenn der Gesellschafter einer Personengesellschaft einzelne Wirtschaftsgüter seines Privatvermögens oder seines Betriebsvermögens an die Gesellschaft wie zwischen Fremden üblich entgeltlich veräußert.²⁰ Zu einer Gegenleistung der Gesellschaft führt grundsätzlich auch der für die Einbringung eingeräumte Darlehensanspruch des Gesellschafters. Erforderlich ist allerdings, dass ein solches Gesellschafterdarlehen durch den Betrieb der Gesellschaft veranlasst und zivilrechtlich wirksam (bindend) vereinbart worden ist.²¹

3. Einbringung ohne Gegenleistung

Wenn aber ein Gesellschafter der Gesellschaft einen einlagefähigen Vermögensvorteil zuwendet, ohne dass er hierfür neue bzw. weitere Gesellschaftsanteile erhält und diese Zuwendung ihre Ursache im Gesellschaftsverhältnis hat, weil ein Nichtgesellschafter der Gesellschaft den Vermögensvorteil bei Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns nicht eingeräumt hätte, liegt eine verdeckte Einlage vor,²² die zwar nicht zu ertragsteuerlichen Folgen, jedoch zu schenkungsteuerlichen Zuwendungen an Mitgesellschafter führen kann.²³ Der Schenkungsteuer unterliegt als Schenkung unter Lebenden i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG).²⁴

IV. Folgen für die vertragliche Gestaltung

1. Gestaltung des Gesellschaftsvertrages

Bei der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages einer Personengesellschaft kommt es laut BFH entscheidend darauf an, nach welchen Kapitalkonten sich die maßgeblichen Gesellschaftsrechte, insbesondere das Gewinnbezugsrecht des Gesellschafters, richten. Dieses kann sich – auch wenn dies nicht allgemein üblich ist – auch nach dem Kontostand der beiden Kapitalkonten I und II bestimmen. Abweichend davon kann sich dann andererseits das Stimmrecht, das auch ein Teil der maßgeblichen Gesellschafterrechte ist, nach festen Anteilen richten, wie sich diese durch das Kapitalkonto I darstellen lassen. Maßgebliche Gesellschafterrechte neben dem Gewinnbezugsrecht und dem Stimmrecht sind aber auch die Beteiligung an einem Liquidationserlös bzw. der Anteil am Abfindungsguthaben. Hierfür werden in den Gesellschaftsverträgen häufig sehr unterschiedliche Anknüpfungspunkte gewählt.²⁵ Nicht selten bestimmt sich der Anteil nach dem festen Kapitalkonto I und ist das Guthaben bzw. der Fehlbetrag auf dem Kapitalkonto II mit dem Gesellschafter auszugleichen. In der Regel wird es sich jedoch nicht empfehlen, den Stand des variablen Kapitalkontos II zur Festlegung des Stimmrechtes heranzuziehen. Denkbar ist jedoch, dass sich der Gewinnanteil des Gesellschafters aus der Zusammenschau von Kapitalkonto I und II errechnet. Bei den Steuerberatern der Gesellschaften wird dies jedoch meistens auf wenig Gegenliebe stoßen.

17 FG Hessen, Urteil vom 12.12.2011, 8 K 574/08, BFHE 187, 434 = BStBl. II 2000, 230.

18 Gegen das Schreiben des BMF vom 11.7.2011, IV C 6-S 2178/09/10001, BStBl. I 2011, 713, unter I. 2.

19 BMF-Schreiben vom 26.7.2016, IV C 6 – S 2178/01/10001, BStBl. II 2016, 684. Auf gemeinsamen Antrag des Übertragenden oder des Einbringenden und der übernehmenden Personengesellschaft kann jedoch in noch offenen Fällen die bisherige Verwaltungsauffassung für bis zum 31.12.2016 vorgenommene Übertragungen und Einbringungen weiterhin angewendet werden.

20 BFH, Urteil vom 11.12.2001, VIII R 58/98, BFHE 197, 411 = BStBl. II 2002, 420.

21 BFH, Urteil vom 24.1.2008, IV R 37/06, BFHE 220, 374 = BStBl. II 2011, 617.

22 FG Hessen, Urteil vom 12.12.2011, 8 K 574/08, DStR 2013, 257; BFH, Urteil vom 9.9.2010, IV R 12/08, BFH/NV 2011, 768. Zur verdeckten Einlage siehe auch *Mutscher*, DStR 2009, 1625.

23 BFH, Urteil vom 14.9.1994, II R 95/92, DNotZ 1995, 300 m. Anm. *Schuck*.

24 Nach FG Niedersachsen, Urteil vom 15.12.2009, 15 K 156/06, EFG 2010, 559, kann die wertmäßige unentgeltliche Bereicherung von Mitgesellschaftern durch die zu deren Gunsten vorgenommene Vermögensverschiebung Folgen nach dem ErbStG nach sich ziehen. Dabei liegt eine Schenkung von Gesellschaftsanteilen vor, wenn bei Gründung der Personengesellschaft nur einer der Gesellschafter Vermögensgegenstände in die Gesellschaft einbringt (FG Münster, Urteil vom 16.5.2002, 3 K 7831/99 Erb, DStR 2002, 1024).

25 Siehe hierzu auch *Wälzholz*, DStR 2011, 1861, 1864.

2. Gestaltung des Gründungsvorganges mit Sacheinlage

Der Kommanditist hat gegenüber der Gesellschaft gemäß § 161 Abs. 1 HGB eine Vermögenseinlage zu erbringen, auf die sich seine Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern beschränkt, sobald die Einlage erbracht ist (§ 171 Abs. 1 HGB). Die vom Kommanditisten gemäß dem Gesellschaftsvertrag im Innenverhältnis geschuldete Einlage (= *Pflichteinlage*) kann in beliebiger Form wie Geld, Sachwerten, immateriellen Wirtschaftsgütern oder in der Leistung von Diensten oder auch nur in der Gebrauchsüberlassung bestehen. Sie muss lediglich in Geld wenigstens schätzbar sein. Diese Gegenstände der Einlage sind nach dem objektiven Wert zu schätzen, um sicherzustellen, dass der Kommanditist durch die Leistung seiner Einlage in Höhe der Haftsumme i. S. d. §§ 171, 172 HGB von einer weiteren Außenhaftung frei wird. Im Unterschied zur GmbH oder Aktiengesellschaft sind die Entstehung der Gesellschaft nicht von der Einlageleistung und die Eintragung nicht von deren Erbringung oder dem Werthaltigkeitsnachweis abhängig.

Wird ein Sachgegenstand eingelegt, können die Gesellschafter gesellschaftsrechtlich dessen Wertansatz zur Verbuchung auf den Gesellschafterkonten frei ansetzen.²⁶

Die Gesellschaft wird Kommanditgesellschaft, wenn sie auf den Betrieb eines Handelsgewerbes ausgerichtet ist, mit ihrem Geschäftsbeginn, ansonsten ist sie bis zur Handelsregistereintragung eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Werden Grundstücke oder GmbH-Anteile als Einlage des Gesellschafters in die Gesellschaft eingebracht, bedarf der ganze Vertrag nach § 311b Abs. 1 BGB bzw. § 15 GmbHG der notariellen Beurkundung.²⁷ In der gleichen Urkunde können dabei die Gesellschaftserrichtung und der Einbringungsvorgang beurkundet werden. Dies führt zum Gebührenvorteil, weil nach § 109 Abs. 1 Nr. 2 GNotKG der Gesellschaftsvertrag und die Auflassung bezüglich eines einzubringenden Grundstückes denselben Beurkundungsgegenstand bilden. Der Geschäftswert für diese Urkunde über die Gesellschaftserrichtung und Einbringung des Grundstückes bestimmt sich aus dem einfachen Aktivwert der Summe der einzubringenden Gegenstände.²⁸

Die Auflassung an die GmbH & Co. KG erfolgt dabei zwischen dem Kommanditisten als Grundstückseigentümer und dem Geschäftsführer der Komplementär-GmbH. Das Problem des § 181 BGB stellt sich dabei nicht, da es sich bei der Auflassung des Grundstückes um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt.

Als Problem stellt sich jedoch seit der Entscheidung des KG Berlin²⁹ der Nachweis der gesetzlichen Vertretungsmacht für eine GmbH & Co. KG gegenüber dem Grundbuchamt dar. Bis zu dieser Entscheidung war es herrschende Meinung (so auch OLG Hamm³⁰), dass Existenz und Vertretungsverhältnisse einer KG in Gründung zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung eines Grundstückserwerbsvertrages durch die später erfolgte Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister im Hinblick auf die Identität zwischen Vorgesellschaft und der rechtlich voll entstandenen KG nachgewiesen werden konnten. Dieser von praktischen Erwägungen getragenen sowie auch rechtlich begründeten Entscheidung des OLG Hamm und der bisherigen herrschenden Meinung wird vom KG Berlin jedoch, auch unter Bezugnahme auf ein Gutachten des DNotl,³¹ widersprochen. Der Nachweis bezüglich der Vertretung für die Kommanditgesellschaft könne vor ihrer Eintragung im Handelsregister nicht geführt werden. Soweit vor Handelsregistereintragung lediglich eine GbR bestehe, seien zur Nachweisführung gegenüber dem Grundbuchamt die Mitwirkung sämtlicher Gesellschafter und die Vorlage des Gesellschaftsvertrages in der Form des § 29 GBO erforderlich.

Diese Nachweismöglichkeit wird gerade dadurch erreicht, dass im Zusammenhang mit der Beurkundung über die Errichtung der Kommanditgesellschaft auch der Einbringungsvertrag in einer Urkunde abgeschlossen wird. Dann sind sämtliche Gesellschafter daran beteiligt und der Gesellschaftsvertrag lässt sich in der Form des § 29 GBO nachweisen. Die Gründungsgesellschaft ist dann mit der später im Handelsregister eingetragenen KG identisch.³² Deren Existenz lässt sich auf den Zeitpunkt des Aufassungsvollzugs durch die Handelsregistereintragung nachweisen, denn mit der Eintragung wird die KG Trägerin aller im Gründungsstadium begründeter Rechte und Pflichten.³³ Hierzu genügt gegenüber dem Grundbuchamt die Bezugnahme auf das Registerblatt.³⁴

26 Steuerlich ist jedoch der marktübliche Wert des Wirtschaftsguts maßgeblich. Wird das Wirtschaftsgut unter dem gemeinen Wert, z. B. wegen einer Zuwendungsabsicht, eingebracht und der überschüssige Wertanteil nicht einem Eigenkapitalkonto, z. B. Rücklagenkonto, gutgeschrieben, ist dieser Differenzbetrag zwischen Wert des gewährten Anteils und dem tatsächlichen Objektwert als verdeckte Einlage (= unentgeltlicher Vorgang) zu qualifizieren (BMF Schreiben vom 11.7.2011, BStBl. I 2011, 713). Es können sich daraus weitreichende steuerliche Folgen bei der Einbringung von Grundbesitz wegen § 23 EStG, bei Anteilen an Kapitalgesellschaften wegen § 17 EStG und § 22 UmwStG (wenn aus Einbringungen hervorgegangen) oder von Betriebsvermögen oder von (Teil-)Betrieben ergeben. Dazu die Erläuterungen in *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 131 Rdnr. 22 ff.

27 Siehe *Kersten/Bühling*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 130 Rdnr. 87, auch wegen Heilung eines Formmangels.

28 Das Grundstück ist nach § 46 GNotKG zu bewerten. Verbindlichkeiten werden nicht abgezogen, § 38 GNotKG.

29 Beschluss vom 4.11.2014, 1 W 247-248/14, NZG 2015, 70. Anmerkungen hierzu in RNotZ 2015, 85 sowie von *Kesseler*, MittBayNot, 2015, 505. Gegen den Beschluss des KG läuft Rechtsbeschwerde beim BGH unter Az. V ZB 199/14.

30 OLG Hamm, Beschluss vom 19.2.2010, I-15 W 201 und 202/10, MittBayNot 2011, 252.

31 DNotl-Report 2002, 185.

32 BayObLG, Beschluss vom 24.5.1985, BReg. 2 Z 61/84, DNotZ 1986, 156; OLG Hamm, Beschluss vom 14.10.2010, I-15 W 201 und 202/10, FGPrax, 2011, 61.

33 BGH, Urteil vom 13.6.1977, II ZR 232/75, BGHZ 69, 95, 101.

34 Gemäß § 32 Abs. 2 GBO kann der Nachweis statt einer notariellen Registerbescheinigung auch durch Bezugnahme auf das elektronische Register mit Angabe des Registergerichts und das Registerblatts geführt werden, auch wenn das elektronische Register bei einem Registergericht eines anderen Bundeslandes geführt wird (OLG Frankfurt, Beschluss vom 29.6.2011, 20 W 267/11, DNotZ 2012, 141).

3. Kapitalerhöhung durch Sacheinlage

Bei einer Kapitalerhöhung durch Erwerb weiterer Gesellschafterrechte ist zu berücksichtigen, dass das Kapitalkonto I das Konto ist, welches intern die Pflichteinlage festlegt. Davon zu unterscheiden ist die im Handelsregister einzutragende Hafteninlage. Der Kommanditist haftet³⁵ ab seiner Eintragung im Handelsregister im Außenverhältnis i. S. d. §§ 171, 172 HGB nur in Höhe seiner „Einlage“, was allgemein als Hafteninlage/Haftsumme bezeichnet wird, um diese von der im Innenverhältnis geschuldeten Pflichteinlage abzugrenzen. Eine Erhöhung der im Handelsregister eingetragenen Hafteninlage kann daher auch steuerrechtlich nicht gefordert werden. Vielmehr genügt es gesellschaftsintern, die auf dem Kapitalkonto I dargestellte Pflichteinlage zu erhöhen, um damit weitere Gesellschafterrechte zu gewähren.

V. Vertragsänderungen nach Auflassung steuerlich nur schriftlich?

Das weitere der Kommanditgesellschaft zur Verfügung gestellte Grundstück (Abbaugelände 2) wurde nicht eingelegt, sondern entgeltlich verkauft. Damit würden Anschaffungskosten entstehen, auf die Absetzungen vorgenommen werden können. Jedoch wurde der Kaufvertrag nicht so vollzogen, wie er inhaltlich beurkundet wurde. Zivilrechtlich steht es den Vertragsparteien erst nach Beurkundung der Auflassung frei, von der Beurkundung abweichende Vereinbarungen zu treffen.³⁶ Wird – so die Rechtsprechung – die Veräußerungs- bzw. Erwerbspflicht mit Erklärung der Auflassung erfüllt, werde der Schutzzweck des § 311b Abs. 1 BGB durch spätere Änderungen nicht mehr berührt, sodass auf die Beurkundung verzichtet werden könne.³⁷

Der Urteilssachverhalt äußert sich zwar nicht zum Zeitpunkt der Auflassungsbeurkundung, deutet jedoch wegen Bildung einer selbstständigen Teilfläche darauf hin, dass bereits zuvor der Kaufpreis fällig, aber abweichend dazu eine Stundung mit abweichender Zahlungsregelung praktiziert wurde. Nach der Rechtsprechung ist eine Vertragsänderungen vor Beurkundung der Auflassung nur ausnahmsweise nicht beurkundungspflichtig, wenn sie der Behebung von Abwicklungsschwierigkeiten dient. Soweit aber eine rechtlich erhebliche Veränderung einer Erwerbs- bzw. Veräußerungsverpflichtung erfolgt, zum Beispiel eine Kaufpreiserhöhung oder -herabsetzung, eine langfristige Stundung,³⁸ eine Fristverlängerung oder

-verkürzung für eine Hauptpflicht sowie eine Verrechnungsvereinbarung,³⁹ ist dies zwingend beurkundungspflichtig.

Der BFH stellt nicht auf die zivilrechtliche Rechtslage ab, sondern verlangt allgemein eine nachweisbare Vereinbarung und dies auch ohne Rücksicht auf den Beurkundungszeitpunkt für die Auflassung. Er bezieht sich dabei wiederum maßgeblich auf den Fremdvergleich, wobei diesem sowohl der Inhalt der Vereinbarung als auch deren Durchführung unterstellt wird.

VI. Zusammenfassung

1. Nur eine Einlage auf dem Kapitalkonto I gewährt steuerrechtlich Gesellschafterrechte. Ob die Gutschrift der Einlage sowohl auf dem Kapitalkonto I und daneben auch auf dem Kapitalkonto II, bei dem es sich um ein Eigenkapitalkonto wegen Verlustverrechnung handelt, genügt, um Gesellschafterrechte zu gewähren, wurde vom BFH offen gelassen. Entgegen der bisherigen Ansicht der Finanzverwaltung genügt nicht mehr die ausschließliche Gutschrift auf dem Kapitalkonto II, wenn dieses nicht maßgebliche Gesellschafterrechte vermittelt, wie das Gewinnbezugsrecht. Die Finanzverwaltung wendet diese Rechtsprechung für Einbringungsvorgänge seit dem 1.1.2017 an. Für bisherige Einbringungen kann auf Antrag in noch offenen Fällen die bisherige Verwaltungsauffassung, wonach auch eine Buchung auf dem Kapitalkonto II zu einer Gewährung von Gesellschaftsrechten führt, für bis zum 31.12.2016 vorgenommene Übertragungen und Einbringungen weiterhin angewendet werden.

2. Der Gestaltungspraxis steht nunmehr die Möglichkeit zur Verfügung, unentgeltliche Einlagen in eine Mitunternehmerschaft ohne Gewinnrealisierung zu gestalten.⁴⁰ Jedoch darf dabei auch keine Übernahme von Verbindlichkeiten oder Verbuchung auf dem Gesellschafter-Darlehenskonto erfolgen, weil dies zu Anschaffungskosten und beim Einbringenden unter den Voraussetzungen des § 23 EStG zu einer steuerpflichtigen Veräußerung führt.⁴¹ Die wertmäßige unentgeltliche Bereicherung von Mitgesellschaftern durch die zu deren Gunsten vorgenommene Vermögensverschiebung kann schenkungsteuerliche Folgen nach sich ziehen.

3. Vereinbarungen zwischen Gesellschafter und Gesellschaft müssen bezüglich Inhalt und Durchführung dem Fremdvergleich genügen. Dies betrifft auch davon nachträglich abweichende Vereinbarungen bei der Durchführung, für die es einer klaren, nachweisbaren Vereinbarung bedarf, die ggf. auch zu beurkunden ist.

35 Zur Haftung des Kommanditisten als allgemeiner Überblick: Peters, RNotZ 2002, 425.

36 BGH, Urteil vom 5.4.2001, VII ZR 119/99, DNotZ 2001, 798 m. Anm. Kanzleiter.

37 Hierzu und zum Folgenden Leitzen, BWNNotZ 2012, 86, 90.

38 Siehe BGH, Urteil vom 6.11.1981, V ZR 138/80, DNotZ 1982, 310; Palandt/Grüneberg, 71. Aufl. 2012, § 311b BGB Rdnr. 43.

39 Siehe BGH, Urteil vom 17.3.2000, V ZR 362/98, DNotZ 2000, 931 m. Anm. Kanzleiter.

40 Wälzholz, Tagungsband vom 23.4.2016 zu „Aktuelles Steuerrecht für Notare“, Bayerischer Notarverein e. V., S. 147.

41 BFH, Urteil vom 18.10.2011, IX R 15/11, MittBayNot 2012, 329 m. Anm. Ihle.

Erbschaftsteuerreform 2016

Von Notar **Lucas Wartenburger**, Rosenheim

Kaum eine rechtspolitische Diskussion hat die Fachwelt und die Öffentlichkeit in den letzten Jahren in dem Maße beschäftigt wie die Reform der Erbschaftsteuer. Ursache dafür sind jedenfalls nicht die fiskalische Bedeutung dieser Steuer, sondern einerseits die politische Bedeutung (Umverteilungswirkung) und andererseits die enorme Auswirkung der Steuer in konkreten Einzelfällen, insbesondere bei der Übertragung und Vererbung von unternehmerischen Vermögenswerten.

I. Gesetzgebungsverfahren und Rückwirkungsproblematik

Der unerfreuliche Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens sei an dieser Stelle nur kurz erwähnt.² Bekanntlich hat das BVerfG mit Beschluss vom 17.12.2014³ das erst zum 1.1.2009 in Kraft getretenen Verschonungssystem für unternehmerisches Vermögen für unvereinbar mit dem GG erklärt und den Gesetzgeber zur Neuregelung bis zum 30.6.2016 aufgefordert. Der hektisch kurz vor Ablauf der Frist erstellte und durch den Bundestag gebrachte Gesetzesentwurf (der mit Wirkung zum 1.7.2016 in Kraft treten sollte) fand im Bundesrat am 8.7.2016 keine Zustimmung, weshalb das Vorhaben in den Vermittlungsausschuss verwiesen wurde. Dort wurden noch bedeutende Veränderungen vorgenommen, bevor das Gesetz schließlich am 9.11.2016⁴ bekanntgemacht wurde. Die Rückwirkung zum 1.7.2016 beließ man jedoch im Gesetz.

Neben einer Anpassung im Bewertungsrecht (nachfolgend II.) bringt das Gesetz umfangreiche Änderungen sowohl bei der Abgrenzung zwischen begünstigten und nicht begünstigten Vermögenswerten (nachfolgend III.) als auch beim Verschonungssystem (nachfolgend IV.).

II. Bewertung von Betriebsvermögen

Eine kleine, aber wirkungsvolle Änderung betrifft § 203 BewG. Während der Kapitalisierungsfaktor nach dem bisherigen Recht aus einem variablen (jährlich festzusetzenden) Kapitalisierungszins zu berechnen war, wird dieser nunmehr auf 13,75 festgeschrieben (§ 203 Abs. 1 BewG n. F.), wobei das BMF gemäß Abs. 2 der Neufassung berechtigt ist, den Faktor mit Zustimmung des Bundesrates durch Rechtsverordnung an die künftige Entwicklung anzupassen. Aufgrund der bisherigen Methode war – bedingt durch die Niedrigzinspolitik der EZB – der Kapitalisierungsfaktor (also letztlich der Vervielfälti-

ger, aus dem sich durch Multiplikation mit dem Jahresertrag der Unternehmenswert ergibt)⁵ in den Jahren 2009-2015 von 12,33 auf 18,21 angestiegen, was einem sachlich nicht gerechtfertigten Anstieg des Unternehmenswertes um 50 % entspricht. Der neue Faktor entspricht einem Kapitalisierungszins nach altem Recht von 2,77 % (während der im Finanzausschuss am 22.6.16 beschlossene Vorschlag⁶ noch eine Bandbreite zwischen 3,5 % und 5,5 % vorsah.⁷ Durch die Änderung wird das vereinfachte Ertragswertverfahren der Realität wieder etwas angenähert, sodass seltener die für den Steuerpflichtigen teure Notwendigkeit besteht, ein Sachverständigengutachten anfertigen zu lassen. Diese Änderung ist für das gesamte Jahr 2016 anwendbar. Hierbei wird bereits darauf hingewiesen, dass sich diese rückwirkende Wertherabsetzung auch nachteilig für den Steuerpflichtigen auswirken kann, wenn nämlich durch die Minderung des Unternehmenswertes der nach altem Recht vorgesehene „Verwaltungsvermögens-test“ durch Verringerung des Divisors zu einer Überschreitung der Grenzen von 10 % bzw. 50 % führt.⁸

Ungeachtet dessen kann die Verwendung des vereinfachten Ertragswertverfahrens für außersteuerliche Zwecke, zum Beispiel in gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln, nicht allgemein empfohlen werden. Die pauschale Festlegung des Vervielfältigers, ohne Berücksichtigung der Branche bzw. des spezifischen Unternehmensrisikos, ist ebenso bedenklich wie die starke Vergangenheitsorientierung des Verfahrens.

III. Ermittlung des begünstigten Vermögens

Ein Hauptangriffspunkt auf das alte Recht bestand in der problematischen Abgrenzung zwischen „begünstigtem Vermögen“ und „Verwaltungsvermögen“. Befeuert wurde die Diskussion insbesondere durch die von der Verwaltung⁹ und Rechtsprechung¹⁰ für rechtens erklärten Auswüchse wie zum Beispiel die „Cash-GmbH“. Entgegen früherer Bestrebungen hält die Neuregelung an dem System fest, wonach betriebliche Einheiten grundsätzlich begünstigt sind, soweit sie nicht Verwaltungsvermögen beinhalten.¹¹ Auch bleibt die Aufzählung der grundsätzlich begünstigungsfähigen Vermögenswerte in § 13b Abs. 1 ErbStG praktisch unverändert, sodass insbesondere die zwischenzeitlich geplante Beschränkung der

1 Das Steueraufkommen betrug im Jahr 2015 insgesamt 6,3 Mrd. €; im Jahr 2014 waren es noch 5,4 Mrd. €; in den Jahren davor regelmäßig ca. 4,4 Mrd. €; jedenfalls liegt der Anteil am Gesamtsteueraufkommen bei unverändert ca. 1 %.
2 Ausführlich hierzu *Crezelius*, ZEV 2016, 541.
3 BVerfG, Urteil vom 17.12.2014, 1 BvL 21/12, DStR 2015, 31.
4 Gesetz vom 4.11.2016, BGBl. I, S. 2464.

5 Vgl. *Bauer/Wartenburger*, MittBayNot 2010, 175, 435.

6 BT-Drucks. 18/8911.

7 Dies entspräche einem Faktor zwischen 10 und 12,5.

8 *Holtz*, NJW 2016, 3750, 3754; *Hannes*, ZEV 2016, 554, 555.

9 Insb. H E 13 b.17 ErbStH 2011.

10 BFH, Beschluss vom 5.10.2011, II R 9/11, ZEV 2011, 672 = notar 2012, 19.

11 Der Regierungsentwurf vom 7.9.2015 wollte hier noch die Zuordnung einzelner Gegenstände zum „Hauptzweck“ des Unternehmens untersuchen lassen. Dieser Begriff findet sich jetzt nur noch in der fragwürdigen Bestimmung des § 13b Abs. 4 Nr. 5 Satz 3 ErbStG.

Begünstigung auf „originär“ gewerbliche Betätigungen nicht Gesetz geworden ist.¹²

1. Ableitung aus dem begünstigungsfähigen Vermögen

Die Neuregelung schafft hier den neuen Begriff des „begünstigungsfähigen Vermögens“. Danach sind die in § 13b Abs. 1 ErbStG genannten betrieblichen Vermögenswerte nicht mehr ganz oder gar nicht¹³ begünstigt, sondern es gilt das unten abgebildete Schema:

Daraus ergeben sich folgende Aussagen:

- Beträgt das Brutto-Verwaltungsvermögen mind. 90 % des (Netto-)Wertes des begünstigungsfähigen Vermögens, so wird die Vergünstigung insgesamt versagt (§ 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG).
- Das Netto-Verwaltungsvermögen wird bis zu einer Höhe von 10 % des Nicht-Verwaltungsvermögens mitbegünstigt (§ 13b Abs. 7 Satz 1 ErbStG).
- Das über dieser Schwelle liegende Verwaltungsvermögen sowie generell das sog. junge Verwaltungsvermögen (§ 13b Abs. 7 Satz 2 ErbStG) und junge

Finanzmittel (§ 13 b Abs. 4 Nr. 5 Satz 2 ErbStG) werden nicht begünstigt und unterliegen damit der allgemeinen Erbschaftsteuer.

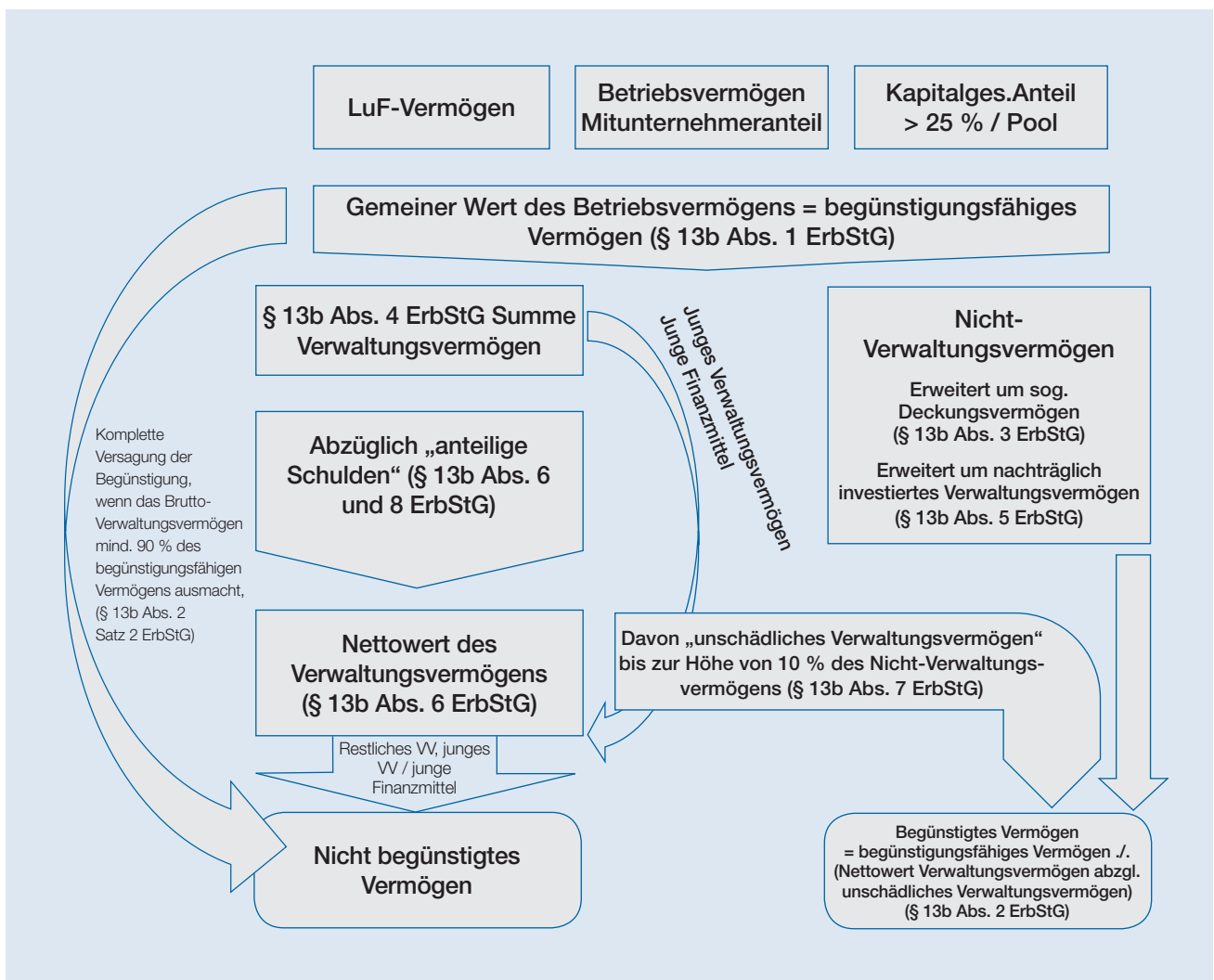
Die 90 %-Schwelle des § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG ist ein nicht zu unterschätzendes Hindernis, denn hier wird das Brutto-Verwaltungsvermögen (ohne Schuldenabzug) mit dem Netto-Betriebsvermögen (nach Schuldenabzug) verglichen, sodass sich auch in ganz „normalen“ Betrieben ein Verwaltungsvermögensanteil von über 100 % ergeben kann (zum Beispiel wenn die Summe von Forderungen aus Lieferungen und Leistungen wegen hoher Fremdkapitalanteile am Stichtag den Unternehmenswert übersteigt).¹⁴ Die Formulierung geht zurück auf einen Beschluss des Finanzausschusses, der die Wirkungsweise der Formulierung ganz offensichtlich nicht überblickt hat.¹⁵ Eine der Ideenwelt des Finanzausschusses entsprechende Gesetzesauslegung ist praktisch kaum möglich, da der Aktivwert des Betriebsvermögens im gesamten Verfahren überhaupt nicht gesondert ermittelt wird. Man könnte statt „90 % des gemeinen Werts des begünstigungs-

12 Holtz, NJW 2016, 3750 f.

13 Vgl. zur Kritik an der Vorgängerregelung Holtz, NJW 2016, 3750, 3752.

14 Vgl. Beispiel von *Korezkij*, DStR 2016, 2434, 2441.

15 Vgl. die Begründung in BT-Drucks. 18/8911, S. 40, in der ganz offensichtlich davon ausgegangen wird, dass das „Aktiv-Verwaltungsvermögen“ mit dem „Aktiv-Gesamtvermögen“ verglichen wird.



fähigen Vermögens“ lesen „...des begünstigungsfähigen Vermögens zzgl. Schulden“, aber damit würden die Grenzen möglicher Gesetzesauslegung schon arg strapaziert.¹⁶

2. Begriff des Verwaltungsvermögens

a) Die grundsätzliche Zuordnung einzelner Vermögensgegenstände zum Verwaltungsvermögen hat sich (entgegen früherer Entwurfsfassungen) nicht geändert. Nach wie vor gehören damit zum begünstigten Vermögen auch die zur land- und forstwirtschaftlichen Nutzung verpachteten Grundstücke und gewerbliche Wohnungsunternehmen. Für dem Absatz eigener Produkte dienende Immobilien (zum Beispiel Brauereigaststätten) wurde die bisherige Praxis¹⁷ in das Gesetz übernommen (jetzt § 13b Abs. 4 Nr. 1 lit. e ErbStG).

b) Die bisher für Kunstgegenstände vorgesehene Regelung wurde um einige weitere etwas willkürlich ausgewählte Objekte (Briefmarkensammlungen, Oldtimer, Yachten, Segelflzeuge) erweitert. Andererseits sind solche Gegenstände nun bereits dann kein Verwaltungsvermögen mehr, wenn die entgeltliche Nutzungsüberlassung an Dritte „Hauptzweck“ des Betriebes ist. Ob sich auf diese Weise eine Oldtimer-Vermietungsgesellschaft (deren Hauptkunde der Schenker ist) zum begünstigten Vermögen erklären lässt,¹⁸ darf allerdings bezweifelt werden. Bereits der Begriff „Dritte“ lässt jedenfalls die Auslegung zu, dass rein familien- oder gruppeninterne Vermietungsgeschäfte nicht ausreichen. Eine Privilegierung solcher Gegenstände nach anderen Bestimmungen, insbesondere § 13 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG, kommt nur in Betracht, wenn die Gegenstände unmittelbar einer natürlichen Person gehören, zum Beispiel einem Einzelunternehmer oder als Sonderbetriebsvermögen.¹⁹

c) Neu geregelt wurde die Zuordnung von Finanzmitteln zum Verwaltungsvermögen, wobei sich die Neuregelung als eine Verschärfung der erst mit Gesetz vom 26.6.2013 (als Antwort auf die „Cash-GmbH“) eingeführten Neuregelung erweist:

- Die Schuldensaldierung wird eingeschränkt (dazu nachstehend 3. und 4.).
- Der Sockelbetrag unschädlicher Finanzmittel wird von 20 % auf 15 % (jeweils bezogen auf den gemeinen Wert des Betriebsvermögens) gesenkt.
- Die Anwendung des Sockelbetrages steht nun unter dem Vorbehalt, dass das begünstigungsfähige Vermögen nach seinem „Hauptzweck“ einer betrieblichen Tätigkeit dient.²⁰ Dieser Hauptzweck kann auch durch „die nachgeordneten Gesellschaften“ verwirklicht werden.²¹

16 Zumal dem Gesetzgeber der Unterschied zwischen „Aktivvermögen“ und „Unternehmenswert“ durchaus bewusst war, wie die Formulierung in § 13b Abs. 6 Satz 2 ErbStG zeigt!

17 Vgl. *Mannek*, ZEV 2012, 6, 12 zur damaligen Diskussion um eine Klarstellung in R E 13 b.9 ErbStR 2011.

18 So der Einwand von *Korezkij*, DStR 2016, 2434, 2437.

19 *Hannes*, ZEV 2016, 554.

20 Zur Kritik an dieser unscharfen Begriffsschöpfung vgl. *Holtz*, NJW 2016, 3750, 3751 m. w. N.

21 Zum Begriff vgl. *Reich*, DStR 2016, 2447.

3. Verrechnung von Schulden

An verschiedenen Stellen übernimmt die Neuregelung den schon im alten Recht vereinzelt verwendeten Begriff der „Schulden“, ohne diesen gesondert zu definieren.²² Die Zuordnung und Verrechnung von Schulden spielte nach dem neuen Recht eine erheblich größere Rolle als zuvor. Nach dem früheren Recht war die Ermittlung des Verwaltungsvermögens nur erforderlich, um festzustellen, ob die betriebliche Einheit überhaupt begünstigungsfähig ist. Nach dem neuen Recht wird hingegen – den Vorgaben des BVerfG entsprechend – auch hinsichtlich des Umfangs der Privilegierung zwischen begünstigtem und nicht begünstigtem Vermögen unterschieden. Dies macht eine Aufteilung der Schulden zwischen diesen beiden Vermögenstöpfen erforderlich. Grundsätzlich wird hier folgendermaßen verfahren:

- Schulden aus Altersversorgungsverpflichtungen werden nach § 13b Abs. 3 ErbStG mit dem entsprechenden Deckungsvermögen saldiert; soweit jedoch das Deckungsvermögen die Altersversorgungsverpflichtungen übersteigen sollte, handelt es sich um Verwaltungsvermögen.²³
- Andere Schulden werden mit den Finanzmitteln saldiert und mindern insofern den Wert des Verwaltungsvermögens (§ 13b Abs. 4 Nr. 5 ErbStG).
- Die nach diesen Schritten „verbleibenden Schulden“ werden gemäß § 13b Abs. 6 ErbStG nach folgender Verhältnisgleichung vom Verwaltungsvermögen abgezogen:

$$\begin{aligned} \text{Nettowert des Verwaltungsvermögens} &= \\ &= \text{gemeiner Wert Verwaltungsvermögen} - \text{abzugsfähige Schulden} \\ &= \frac{\text{abzugsfähige Schulden} - \text{verbleibende Schulden} \times \text{gemeiner Wert Verwaltungsvermögen}}{\text{gemeiner Wert Betriebsvermögen} + \text{verbleibende Schulden}} \end{aligned}$$

Von dieser Verfahrensweise gibt es jedoch einige Ausnahmen, die letztlich zu einer Versagung der Schuldenverrechnung führen:

- Eine Verrechnung mit Schulden ist nicht zulässig bei sog. jungen Finanzmitteln (siehe dazu nachstehend 4.).
- Ferner dürfen „wirtschaftlich nicht belastende Schulden“ nicht mit Verwaltungsvermögen verrechnet werden; hierunter sind aus Sicht des Finanzausschusses mit einem Rangrücktritt versehene Schulden zu verstehen, wobei zur Begründung auf einkommensteuerliche Gestaltungen verwiesen wird, denen erbschaftsteuerlich entgegen gewirkt werden müsse.²⁴
- Schließlich dürfen „überdurchschnittliche“ Schulden nicht verrechnet werden; solche liegen vor, soweit die Schulden im Zeitpunkt der Steuerentstehung den durchschnittlichen Schuldenstand der letzten drei Jahre vor diesem Zeitpunkt übersteigen und dies nicht durch die Betriebstätigkeit veranlasst ist.

22 Gemäß gleichlautenden Länderelementen vom 13.10.2013, DStR 2013, 2572, gehören zu den Schulden im Sinne der Vorgängernorm auch die Rückstellungen, auch wenn steuerliche Passivierungsverbote bestehen, unter Hinweis auf R B 11.3 Abs. 3 Satz 3 ErbStR 2011.

23 *Viskorf/Löcherbach/Jehle*, DStR 2016, 2425, 2428.

24 BT-Drucks. 18/8911, S. 44.

4. Junge Finanzmittel/junges Verwaltungsvermögen

Wie schon im bisherigen Recht wird auch im neuen Gesetz an einigen Stellen Gestaltungen entgegengewirkt, mit denen man begünstigungsfähiges Vermögen unmittelbar vor der Übertragung durch Verwaltungsvermögen anreichern könnte.

a) Hierzu wird der Begriff der „jungen Finanzmittel“ neu geschaffen, wobei die gesetzliche Definition (§ 13b Abs. 4 Nr. 5 Satz 2 ErbStG) misslungen ist. Gemeint ist wohl die Summe der eingelegten Finanzmittel der letzten zwei Jahre vor dem Stichtag, abzüglich der in diesem Zeitraum getätigten Entnahmen an Finanzmitteln. Richtigerweise ist die Gesetzesformulierung „welche dem Betrieb ... weniger als zwei Jahre zuzurechnen waren“ wohl auch dahingehend zu verstehen, dass die eingelegten Mittel auch am Stichtag noch vorhanden (= zuzurechnen) sind. Einlagen in das Deckungsvermögen nach § 13b Abs. 3 ErbStG sollten hier außen vor bleiben.²⁵

Beispiel: M, Alleingesellschafter der M-GmbH, hat im Jahr 1 einen Betrag von 500.000 € in die GmbH eingelegt. Diese hat im gleichen Jahr betriebliche Schulden i. H. v. 300.000 € getilgt. Aufgrund anderweitiger Ausgaben waren am Ende des Jahres 1 überhaupt keine Finanzmittel mehr in der GmbH vorhanden. Im Jahr 2 verstirbt M; an seinem Todestag sind in der GmbH Finanzmittel von insgesamt 100.000 €, aber keine Schulden mehr vorhanden. Entnahmen fanden in den Jahren 1 und 2 nicht statt.

Je nach Lesart der Norm kann man hier vertreten, dass die jungen Finanzmittel mit 0 € (Argument: die eingelegten 500.000 € waren jedenfalls Ende 01 „weg“ und daher nicht mehr zuzurechnen), 100.000 € (Argument: Beschränkung der jungen Finanzmittel auf die Höhe der vorhandenen Finanzmittel), 200.000 € (Argument: keine jungen Finanzmittel bei Schuldentilgung) oder 500.000 € (Argument: Überschuss der Einlagen über Entnahmen innerhalb der letzten zwei Jahre) anzusetzen sind.

b) Junges Verwaltungsvermögen sind Gegenstände des Verwaltungsvermögens, die dem Betrieb zur Zeit der Steuerentstehung seit weniger als zwei Jahren zuzurechnen sind. Die Annahme jungen Verwaltungsvermögens hat folgende Konsequenzen:

- Eine Schuldensaldierung ist ausgeschlossen (§ 13b Abs. 8 Satz 1 ErbStG).
- Als Nettowert des Verwaltungsvermögens ist mindestens die Summe des jungen Verwaltungsvermögens und der jungen Finanzmittel anzusetzen (§ 13b Abs. 8 Satz 3 ErbStG).
- Junges Verwaltungsvermögen kann nicht als unschädliches Verwaltungsvermögen (10%-Regel) angesetzt werden (§ 13b Abs. 7 Satz 2 ErbStG); die Rechenweise ist hier allerdings nicht ganz klar.

Beispiel: Nettowert des Verwaltungsvermögens: 500.000 €, davon junges Verwaltungsvermögen: 100.000 €, gemeiner Wert des Betriebsvermögens: 1.000.000 €.

Nach § 13b Abs. 7 Satz 1 ErbStG ist das unschädliche Verwaltungsvermögen wie folgt zu berechnen:
(1.000.000 €./ 500.000 €) x 10 % = 50.000 €.

Das begünstigte Vermögen beträgt daher 1.000.000 € ./ 450.000 € = 550.000 €.

An diesem Ergebnis ändert § 13b Abs. 7 Satz 2 ErbStG nichts, da das nicht begünstigte Verwaltungsvermögen immer noch 450.000 € beträgt und damit das junge Verwaltungsvermögen übersteigt. Denkbar wäre auch, dass das unschädliche Verwaltungsvermögen in dem Verhältnis des jungen Verwaltungsvermögens zum Nettowert des Verwaltungsvermögens (hier: 20 %) zu kürzen ist, sodass nur noch 40.000 € unschädlich sind.

c) Zahlreiche betriebliche Vorgänge, die auch die notarielle Praxis berühren, können erhebliche Auswirkungen auf die Frage nach der Höhe des Verwaltungsvermögens und nach der Zuordnung zum jungen Verwaltungsvermögen haben.

Beispiel: Die A-GmbH hat im Jahr 1 ihre Produktion von X-Stadt nach Y-Stadt verlagert und vermietet seither ihr vormals langjährig selbst genutztes Grundstück in X-Stadt an Dritte. Im Jahr 2 verstirbt A, der Alleingesellschafter der A-GmbH.

Lösung: Das Grundstück in X-Stadt gehört zwar zum Verwaltungsvermögen (§ 13b Abs. 4 Nr. 1 ErbStG), aber nicht zum jungen Verwaltungsvermögen, weil das Grundstück trotz Nutzungsänderung dem Betrieb der A-GmbH schon seit mehr als zwei Jahren zuzurechnen ist.

Abwandlung 1: Die A-GmbH hat im Jahr 1 ihr Grundstück in X-Stadt nicht vermietet, sondern verkauft; der Kaufpreis ist kurz vor dem Tod des A auf dem Konto der A-GmbH eingegangen.

Lösung: Bei dem Kontoguthaben handelt es sich um Finanzmittel im Sinne von § 13b Abs. 4 Nr. 5 ErbStG. Junge Finanzmittel liegen jedenfalls wegen dieses Vorganges nicht vor, da keine Einlage, sondern ein Verkauf stattgefunden hat. Das Guthaben könnte daher mit Schulden der Gesellschaft verrechnet werden; anschließend werden 15 % des anzusetzenden Wertes des Betriebsvermögens abgezogen. Der Rest ist Verwaltungsvermögen. Es könnte sich um junges Verwaltungsvermögen handeln, da der entsprechende Geldbetrag dem Betrieb noch keine zwei Jahre zuzurechnen ist. Die besseren Gründe sprechen allerdings gegen eine solche Annahme,²⁶ auch wenn dem Gesetz keine definitive Antwort zu entnehmen ist.

Abwandlung 2: Wie Abwandlung 1, aber zum Zeitpunkt des Ablebens des A war der Kaufpreis bereits seitens der A-GmbH reinvestiert, und zwar durch Erwerb von zwei vermieteten Eigentumswohnungen.

Lösung: Die neu erworbenen Wohnungen stellen Verwaltungsvermögen dar. Da sie zur Zeit des Ablebens des A noch nicht seit zwei Jahren dem Betriebsvermögen zuzurechnen sind, liegt junges Verwaltungsvermögen vor. Anders als beim „jungen Finanzvermögen“ kommt es hier nämlich nicht auf die

²⁵ Viskorf/Löcherbach/Jehle, DStR 2016, 2425, 2428.

²⁶ Nach Korezkij, DStR 2016, 2434, 2438, können Finanzmittel generell kein junges Verwaltungsvermögen sein.

Ursache des Zuganges an, sodass auch ein Aktivtausch schädlich sein dürfte.²⁷

5. Verbundbetrachtung

Ein völliges Novum ist die sog. „Verbundvermögensaufstellung“ nach § 13b Abs. 9 ErbStG. Der Gesetzgeber will damit den nach dem alten Recht gängigen Gestaltungen entgegenwirken, mit denen Verwaltungsvermögen in Tochtergesellschaften versteckt werden konnte. Nunmehr gilt:

- Beteiligungen an Kapitalgesellschaften bis zu 25 % am Nennkapital sind (wie nach altem Recht) Verwaltungsvermögen, ohne dass man in diese Gesellschaften „hineinsehen“ muss (wobei für die Berechnung der Schwelle wie bisher poolgebundene Beteiligungen zusammengerechnet werden).
- Über dieser Schwelle liegende Beteiligungen an Kapitalgesellschaften sowie jegliche Beteiligungen an Personengesellschaften werden für die Ermittlung des begünstigten Vermögens (mit der Bewertungsmethode hat dies nichts zu tun!²⁸) gewissermaßen transparent behandelt, d. h. an die Stelle der Beteiligungen treten für die Berechnung die von den jeweiligen nachgeordneten Gesellschaften gehaltenen Vermögenswerte. Bei Beteiligungen unter 100 % werden diese selbstverständlich ebenfalls nur mit dem (bei mehrstufigen Beteiligungen: durchgerechneten) Anteil angesetzt. Konzerninterne Forderungen und Verbindlichkeiten werden nach Maßgabe des § 13b Abs. 9 Satz 3 ErbStG konsolidiert, was bei Beteiligungen unter 100 % wiederum weitere Rechenschritte erforderlich macht.²⁹

6. Investitionsklausel (§ 13b Abs. 5 ErbStG)

Der Gesetzgeber hat erkannt, dass Liquiditätsschwankungen durch die oben beschriebenen Mechanismen zur Berücksichtigung von Finanzmitteln, Schulden und sonstigem Verwaltungsvermögen erhebliche steuerliche Auswirkungen haben können. Während beim Erwerb unter Lebenden der Schenker den richtigen Moment finden oder ggf. seinen unternehmerischen Einfluss zur entsprechenden Liquiditätsteuerung nutzen muss, ist eine entsprechende Gestaltung beim Erwerb von Todes wegen naturgemäß nicht möglich. Aus diesem Grund gewährt das Gesetz in § 13b Abs. 5 ErbStG dem Erben eine Möglichkeit, die Zuordnung zum Verwaltungsvermögen innerhalb einer Zwei-Jahres-Frist rückwirkend zu beseitigen.

Dies ist möglich im Rahmen einer Investition des Verwaltungsvermögens in solche Gegenstände, die unmittelbar der betrieblichen Tätigkeit in der vom Erblasser erworbenen Unternehmung dienen. Ferner kann das Verwaltungsvermögen in derselben Frist für die Bezahlung von Gehältern verwendet werden, wenn im Betrieb aufgrund „wiederkehrender saisonaler Schwankungen“ die entsprechenden „Einnahmen fehlen“. Für beide Varianten ist es erforderlich, dass bereits

- der Erblasser einen entsprechenden Plan gefasst hat und
- „keine Ersatzbeschaffung von Verwaltungsvermögen“ stattfindet.

Die Neuregelung lässt interessante Auseinandersetzungen erwarten, zum Beispiel zur Frage, was unter einer solchen Ersatzbeschaffung zu verstehen sein soll und ob Einnahmen zur Zahlung von Gehältern auch dann „fehlen“, wenn sie für die Bezahlung anderweitiger betriebsnotwendiger oder gar zwingender Aufwendungen (Miete, Steuern, Versicherungen, Wareneinkauf) verwendet worden sind.

Der besondere Reiz der Reinvestitionsklausel liegt darin, dass diese auch bei der Berechnung der 90 %-Grenze des § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG zu berücksichtigen ist und somit eine kluge Reinvestition die Anwendung der Begünstigungsnormen überhaupt erst ermöglichen kann.

Anstelle des Pfarrers möge der sparsame Unternehmenserbe daher in Zukunft den Steuerberater und einige Zeugen (warum nicht auch den Notar?) ans Sterbebett des Unternehmers rufen, damit die Investitions- und Liquiditätsplanung des Unternehmens für die nächsten zwei Jahre durchgesprochen und nachweisbar (vgl. § 13b Abs. 5 Satz 5 ErbStG) dokumentiert werden kann.

IV. Verschonungssystem

Das in § 13a ErbStG geregelte Verschonungssystem ist der Altregelung systematisch recht ähnlich, die einzelnen finanziellen Parameter wurden jedoch geändert. Die bedeutsamste Folge der Reform besteht dabei selbstverständlich in der vom BVerfG geforderten Einschränkung bei der Begünstigung von sog. Großerwerben. Unverändert geblieben ist insbesondere das Nebeneinander von Verschonungsabschlag und (abschmelzendem) Abzugsbetrag.

1. Änderungen bei der Lohnsummenkontrolle

Aufgrund konkreter Beanstandungen des BVerfG wurde die Lohnsummenkontrolle in zweifacher Hinsicht ausgeweitet:

- Die Lohnsummenkontrolle setzt nun bereits bei mehr als 5 Beschäftigten ein (wenn auch bis zu 15 Beschäftigten in abgeschwächter Form).
- Ferner sind nach § 13a Abs. 3 Satz 13 ErbStG bei einer Betriebsaufspaltung Besitzgesellschaft und Betriebsgesellschaft „zusammenzuzählen“. An dieser Stelle verwendet das Gesetz (anders als zum Beispiel in § 13b Abs. 4 Nr. 1a ErbStG, § 9 Nr. 1 GewStG oder § 74 AO) von der Rechtsprechung entwickelte, aber bisher gesetzlich nirgends definierte Rechtsbegriffe.

Die 2013 eingeführte Berücksichtigung der Beschäftigten von Tochtergesellschaften wurde übernommen. Andererseits ist jetzt klargestellt, dass Auszubildende, Saisonarbeiter sowie bestimmte Sozialleistungsbezieher weder bei der Berechnung der Lohnsumme noch bei der Anzahl der Beschäftigten mitgerechnet werden (§ 13a Abs. 3 Satz 7 ErbStG).

²⁷ *Korezkij*, DStR 2016, 2434, 2438.

²⁸ *Korezkij*, DStR 2016, 2434, 2436.

²⁹ Details zur praktischen Vorgehensweise bei *Korezkij*, DStR 2016, 2434, 2436.

2. Optionsverschonung

Wie schon im bisherigen Recht gibt es eine sog. Optionsverschonung (jetzt: § 13a Abs. 10 ErbStG), mit der ein Verschonungsabschlag von 100 %, also im Ergebnis eine Totalverschonung des begünstigten Vermögens, erreicht werden kann. Die Voraussetzungen hierfür sind:

- eine verlängerte Haltefrist (sieben statt fünf Jahre),
- eine verschärfte Lohnsummenkontrolle (dazu sogleich) und
- ein zusätzlicher Verwaltungsvermögenstest, wobei das begünstigungsfähige Vermögen (hier berechnet unter Berücksichtigung der § 13b Abs. 3 und 4 ErbStG, also einschließlich Schuldensaldierung mit Finanzmitteln, und unter Herausrechnung des Deckungsvermögens, aber ohne sonstige Schuldensaldierung) nicht mehr als 20 % des gemeinen Wertes (= Nettowert) des begünstigungsfähigen Vermögens betragen darf.

Für die Lohnsummenkontrolle ergeben sich damit folgende Prozentsätze der während der Kontrollfrist zu erreichenden Lohnsumme, jeweils bezogen auf die Ausgangslohnsumme (= Fünfjahresdurchschnitt vor der Übertragung):³⁰

Kontrollfrist	Normalverschonung		Optionsverschonung	
	5 Jahre		7 Jahre	
	kumuliert	Durchschnitt ³⁰	kumuliert	Durchschnitt
über 5 bis zu 10 Beschäftigte	250 %	50 %	500 %	71 %
über 10 bis zu 15 Beschäftigte	300 %	60 %	565 %	81 %
über 15 Beschäftigte	400 %	80 %	700 %	100 %

3. Familiengesellschaften

a) Neu ist die Regelung in § 13a Abs. 9 ErbStG, wonach für bestimmte, meist als Familiengesellschaften bezeichnete Vermögenswerte schon vor Anwendung des Verschonungsabschlages ein weiterer Wertabschlag von bis zu 30 % zu gewähren ist. Die Norm bezieht sich zwar dem Einleitungssatz nach auf jegliches begünstigtes Vermögen, der Normtatbestand kann jedoch nur im Fall eines Gesellschafters erfüllt sein. Ein Einzelunternehmer könnte ggf. die Begünstigung erreichen, indem er sein Unternehmen rechtzeitig in eine GmbH und Co. KG einbringt.³¹ Vertreten wird, dass die Restriktionen auch etwaiges Sonderbetriebsvermögen betreffen, allerdings lässt sich dies allenfalls für die Verfügungsbeschränkung realisieren.³² Die Regelungssystematik führt zudem dazu, dass es hier ausschließlich auf die Verhältnisse der obersten übertragenen Vermögensebene ankommen kann. Sofern die hier verlangten Restriktionen am Widerstand von Mitgesellschaftern scheitern, kann also eine Einbringung in eine Holdinggesellschaft sinnvoll sein.³³

³⁰ Die Angabe des Durchschnittswertes dient nur der Illustration, was die vom Gesetz geforderte kumulierte Lohnsumme im Jahresdurchschnitt bedeutet; gesetzlich ist keine Durchschnittszahl vorgesehen.

³¹ Hannes, ZEV 2014, 554, 559.

³² Vgl. Reich, DStR 2016, 2447, 2448.

³³ Reich, DStR 2016, 2447, 2448.

b) Konkret lauten die Voraussetzungen:

- Entnahmen und Ausschüttungen sind beschränkt auf die auf den Gewinnanteil bzw. die Ausschüttung anfallenden Steuern sowie einen Anteil von 37,5 % des nach Steuer verbleibenden Restes; das Gesetz nimmt hierbei nicht auf den handelsrechtlichen, sondern auf den steuerlichen Gewinn Bezug, sodass ggf. diese Ausschüttungshöchstgrenze gesondert in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen werden sollte.³⁴
- Das Verfügungsrecht ist auf Mitgesellschafter, Angehörige im Sinne von § 15 AO oder eine Familienstiftung beschränkt;³⁵ gesellschaftsrechtlich wird hier noch zu klären sein, welche Qualität die steuerlich gewünschte Verfügungsbeschränkung haben soll. Sicherheitshalber sollte hier vorgesehen werden, dass die Abtretung von Anteilen an nicht zu dem genannten Personenkreis gehörende Dritte generell unzulässig ist, also nicht nur von der Zustimmung aller Gesellschafter abhängig ist.³⁶ Gleiches gilt für sonstige Verfügungen.
- Für den Fall des Ausscheidens aus der Gesellschaft sind reduzierte Abfindungen vorzusehen. Die Höhe des Abschlags ist steuerlich nicht vorgegeben, sondern der steuerliche Wertabschlag entspricht dem gesellschaftsvertraglichen Abschlag, ist jedoch auf 30 % beschränkt.³⁷

c) Diese Verhältnisse müssen zwei Jahre vor und 20 (!) Jahre nach dem Stichtag erhalten bleiben. Bei einem Verstoß gegen diese Frist entfällt die Vergünstigung rückwirkend (nicht nur zeitanteilig, wie bei der Haltefrist).

Beispiel: An der operativen AB-GmbH sind die Holdinggesellschaften A-GmbH und B-GmbH mit je 50 % beteiligt. A ist Alleingesellschafter der A-GmbH. Er möchte seinen Anteil an der A-GmbH an den Sohn S weitergeben und dabei die Begünstigung des § 13a Abs. 9 ErbStG in Anspruch nehmen.

Lösung: Auf der Bewertungsebene ist zunächst der Unternehmenswert der AB-GmbH zu ermitteln. Daraus wird der Wert des 50 %-Anteils abgeleitet und in die Bewertung des Vermögens der A-GmbH einbezogen (neben etwaigen sonstigen Vermögenswerten der A-GmbH). Zur Ermittlung des begünstigten Vermögens nach § 13b ErbStG ist die AB-GmbH transparent zu behandeln. Das sich daraus ergebende begünstigte Vermögen ist aber letztlich ein (anteiliger) Wert des übertragenen Gegenstandes (= Anteil an der A-GmbH). Während bei der Lohnsummenkontrolle die AB-GmbH wiederum transparent behandelt wird, kommt es für die Haltefrist auf die Beteiligung an der A-GmbH allein an. Auch für die Anwendung des § 13a Abs. 9 ErbStG sind allein die Verhältnisse der A-GmbH zu prüfen und zu überwachen. Es kommt daher für

³⁴ Hannes, ZEV 2016, 554.

³⁵ Zur Möglichkeit, eine gemeinnützige Stiftung als Mitgesellschafter ebenfalls nachfolgeberechtigt zu machen, vgl. Reich, DStR 2447, 2448.

³⁶ Hannes, ZEV 2016, 554, 558, hält solche Klauseln in der GmbH offenbar für unzulässig, vgl. aber Baumbach/Hueck, GmbHG, § 15 Rdnr. 2 und 37, der jedoch darauf hinweist, dass satzungsdurchbrechende Gesellschafterbeschlüsse dennoch möglich sind.

³⁷ Bewertungsrechtlich wirken sich solche Regelungen nicht aus, vgl. § 9 Abs. 3 BewG; dazu Hannes, ZEV 2016, 554.

die Frage der Verfügungsbeschränkung, Ausschüttungsbeschränkung und Abfindungshöhe paradoxerweise auf die Verhältnisse der A-GmbH, also einer 1-Personen-Gesellschaft, an. A müsste daher die Satzung der A-GmbH entsprechend gestalten und noch zwei Jahre bis zur Übertragung vergehen lassen.

Verkauft S nach Ablauf der Haltefrist (also nach fünf oder sieben Jahren) seinen Anteil an der A-GmbH an seine Schwester T (= Angehörige im Sinne von § 15 AO), so fällt keine Nachsteuer an. Ändert dann aber T die Satzung der A-GmbH, sodass die Voraussetzungen des § 13a Abs. 9 ErbStG nicht mehr erfüllt sind, so muss S dies dem FA mitteilen und ggf. eine nachträgliche Schenkungsteuer in Kauf nehmen, auch wenn diese Konsequenz wenig sinnvoll erscheint.

4. Großerwerbe

Hauptgegenstand der rechtspolitischen Diskussion und ebenso auch Hintergrund der soeben erläuterten Begünstigung für „Familiengesellschaften“ ist die Neuregelung der Besteuerung von sog. Großerwerben.

Dabei gilt Folgendes: Das Verschonungsregime nach § 13a ErbStG wird komplett versagt, wenn das in einem Erwerbsverhältnis übertragene begünstigte Vermögen (auch unter Zusammenrechnung im 10-Jahres-Zeitraum) einen Wert von 26 Mio. €³⁸ (bei Familiengesellschaften: bis zu 37 Mio. €) übersteigt. Die Gestaltungen, mit denen in geeigneten Fällen die vorstehende Begünstigung mehrfach genutzt werden kann, sind aus dem Bereich des Privatvermögens gut bekannt: Verteilung auf mehrere Erwerber, mehrfache Ausnutzung der 10-Jahres-Frist durch verteilte Schenkungen und Zwischenschaltung von Ehegatten.³⁹

In diesem Fall entsteht an dieser Stelle ein Wahlrecht:

a) Eine Verschonungsvariante besteht in der Gewährung eines abschmelzenden Verschonungsabschlages nach § 13c ErbStG (sog. Abschmelzungsmodell). Der Verschonungsabschlag wird dabei im Bereich zwischen 26 Mio. € und 90 Mio. € schrittweise abgeschmolzen. Bei Familiengesellschaften wird diese Abschmelzung durch den vorgelagerten Wertabschlag von bis zu 30 % gestreckt, sodass sich im Ergebnis folgender Verlauf ergibt (die unten stehende Grafik geht davon aus, dass für die Familiengesellschaft der maximale Abschlag von 30 % nach § 13a Abs. 9 ErbStG erreicht wird):

*Korezkij*⁴⁰ hat gezeigt, dass überraschenderweise das Abschmelzungsmodell ab einem gewissen Betrag (in der Regel 51 Millionen Euro) keinen Vorteil mehr bringt, sodass sogar ein höherer Ansatz des Verwaltungsvermögens zu einer im Ergebnis geringeren Steuer führen kann. Interessant ist die Abschmelzung daher nur für solche Erwerbe, die den Grenzbetrag von 26 Million € nicht zu stark überschreiten.

b) Alternativ⁴¹ dazu kann der Erwerber die sog. Verschonungsbedarfsprüfung nach § 28a ErbStG beantragen. Der Gesetzgeber will damit die Vorgabe des BVerfG erfüllen, wonach eine Steuerverschonung bei Großvermögen ohne Bedarfsprüfung nicht zulässig sein soll. Hier wird der Begriff des „verfügbaren Vermögens“ neu eingeführt. Dabei handelt es sich um die Hälfte aus der Summe

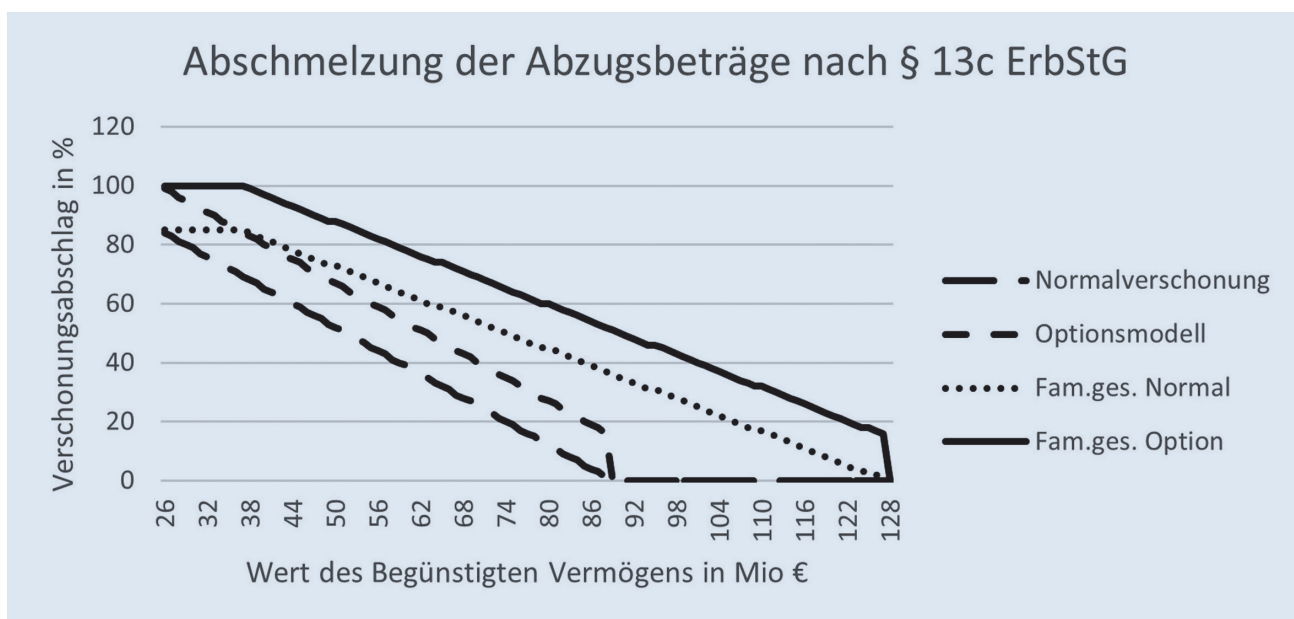
- des nicht begünstigten Vermögens, das mit der Erbschaft oder Schenkung übergegangen ist, also zum Beispiel das Verwaltungsvermögen oder das mitübertragene Privatvermögen,
- sowie des bereits zuvor dem Erwerber gehörenden Vermögens, das nicht begünstigtes Vermögen sein würde

38 Unter Einbeziehung von Alterwerben vor dem 1.7.2016, vgl. *Holtz*, NJW 2016, 3750, 3753.

39 *Reich*, DStR 2016, 2447, 2449.

40 DStR 2017, 189.

41 Ein Nebeneinander beider Begünstigungen ist nach § 28a Abs. 8 ErbStG ausgeschlossen.



(hierzu dürfte zum Beispiel auch unternehmerisches Vermögen außerhalb der EU/EWR zählen, wobei die Ermittlung bekanntlich schwierig ist).

Nach § 28a ErbStG wird die Steuer erlassen, soweit der Erwerber nachweist, „dass er persönlich nicht in der Lage ist, die [auf das begünstigte Vermögen entfallende] Steuer aus dem verfügbaren Vermögen [...] zu begleichen“.

Dies dürfte jedenfalls der Fall sein, soweit die Steuer den Betrag des verfügbaren Vermögens übersteigt. Darüber hinaus sind aber auch Fälle denkbar, in denen der Erbe zum Beispiel auf das verfügbare Vermögen nicht zugreifen kann, etwa weil es als Verwaltungsvermögen in einer Gesellschaft enthalten ist, auf deren Ausschüttungspolitik er mangels Mehrheit keinen entscheidenden Einfluss ausüben kann.

Der Steuererlass steht auch unter dem Vorbehalt der Lohnsummenkontrolle und der Haltefrist, wobei jeweils die 7-Jahres-Fristen wie beim Optionsmodell gelten. Erhält der Erwerber innerhalb von zehn Jahren nach dem Steuerfall durch Erbschaft oder Schenkung weiteres verfügbares Vermögen, entfällt der Steuererlass ebenfalls; er kann aber (dann unter Einberechnung des neu erworbenen Vermögens) erneut beantragt werden. Eine betragsmäßige Grenze für diese Neuveranlagung ist nicht vorgesehen, sodass auch ein kleiner Vermögenserwerb teure steuerliche Verfahren nach sich ziehen könnte. Hier könnte zum Beispiel eine Ausschlagung Abhilfe schaffen. Ferner ist, wenn der Steuererlass zum Beispiel wegen späterer anderer Vermögenserwerbe rückwirkend versagt wird, noch ein Wechsel in das Abschmelzungsmodell möglich; ein Wechsel vom Abschmelzungsmodell in das Erlassmodell ist dagegen ausgeschlossen (§ 13c Abs. 2 Satz 6 ErbStG).⁴²

c) Interessant ist die Anwendung des § 28a ErbStG in erster Linie für solche Erwerber, die wenig oder kein anderweitiges Vermögen haben oder erwarten. Dies könnte zum Beispiel auch bei einer Familienstiftung zutreffen, die erstmalig mit einem unternehmerischen Vermögenswert ausgestattet wird und daher über kein weiteres Vermögen verfügt. Dass auch eine Stiftung zum Kreis der erlasswürdigen Erwerber gehören kann, ergibt sich jedenfalls aus § 28a Abs. 7 ErbStG, der die Norm ausdrücklich auch für die Erbersatzsteuer für anwendbar erklärt.

d) Im Sinne einer Notfallplanung könnte es sinnvoll sein, das nicht begünstigte Vermögen (Verwaltungsvermögen, soweit es sich vom Betrieb separieren lässt, und Privatvermögen) dem Ehegatten zuzuwenden und das begünstigte Vermögen vermächtnisweise einem Kind.⁴³ Dem Ehegatten kommt der steuerfreie Zugewinnausgleich nach § 5 ErbStG zugute, der nach wie vor nach den zivilrechtlichen Bestimmungen berechnet wird, d. h. ohne Berücksichtigung der steuerlichen Verschonungsabschlüsse. Das Kind (Unternehmenserbe) erhält nach diesem Vorschlag kaum sonstiges Vermögen und kann daher mit einem umfangreichen Erlass nach § 28a ErbStG rechnen.

⁴² Holtz, NJW 2016, 3750, 3754.

⁴³ Einzelheiten dazu bei Reich, DStR 2016, 2447, 2450.

Das verfügbare Vermögen kann darüber hinaus beeinflusst werden, indem der Empfänger zeitlich vor dem Erwerb sein Vermögen an die nächste (Enkel-)Generation weitergibt.

Ein weiterer Vorteil des § 28a ErbStG besteht darin, dass in diesem Fall Schulden und Nießbrauchsrechte in vollem Umfang abzugsfähig sind, da § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG nicht geändert wurde und daher keine Kürzung des Abzugsbetrages stattfindet.⁴⁴

5. Erweiterte Stundungsmöglichkeit

Die bisher auf land- und forstwirtschaftliches Vermögen begrenzte Stundungsmöglichkeit nach § 28 Abs. 1 ErbStG wurde mit der Neuregelung auf jegliches begünstigte Vermögen ausgeweitet. Die Stundung führt zu einer Zahlung in bis zu sieben Jahresbeträgen und steht unter dem Vorbehalt der Lohnsummenüberwachung und Haltefristkontrolle. Zinslos ist die Stundung allerdings nur im ersten Jahr nach Festsetzung der Steuer, anschließend sind 0,5 % pro Monat zu zahlen, was die Regelung zumindest angesichts der derzeitigen Zinspolitik wenig attraktiv erscheinen lässt.

Für Großerwerbe sieht § 28a Abs. 3 ErbStG eine weitere Stundung vor, allerdings begrenzt auf ein halbes Jahr.

V. Fazit

Die neuerliche Änderung der Erbschaftsteuer als „großen Wurf“ zu bezeichnen, verbietet sich. Ein solcher war allerdings auch nicht Ziel des Gesetzgebungsverfahrens, vielmehr ist das Gesetz gekennzeichnet durch den Versuch, die Vorgaben des BVerfG mit dem anerkannten Interesse, die für die Wirtschaftsstruktur bedeutsamen Familienbetriebe nicht übermäßig zu belasten, zu einem tragbaren Ausgleich zu bringen. Die Unternehmer werden mit der Neuregelung leben können und leben müssen. Die zahlreichen neuen Ausnahmen, Optionen und Kontrollfristen machen die Unternehmensübergabe allerdings in steuerlicher Sicht zu einem sehr tückischen Terrain.

Während bei Schenkungen die vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten durch gut beratene Unternehmer weiterhin zu erstaunlichen Ergebnissen führen können, insbesondere indem Bilanz und Mitarbeiterzahl zum Stichtag „getrimmt“ werden, ergeben sich im Erbfall unter Umständen desaströse Auswirkungen, weil zum Beispiel gerade zum falschen Tag zu viele „Finanzmittel“ im Unternehmen vorhanden waren. Durch die Investitionsklausel wird hier nur unzureichend Abhilfe geschaffen. Der altbekannte Rat, Unternehmensübertragungen nicht dem Erbfall zu überlassen, gilt daher mehr denn je. Stiftungsgestaltungen könnten sich, gerade im Hinblick auf § 28a ErbStG, als elegante Alternative herausstellen.

Der erkennbare Wille des Gesetzgebers, missbräuchliche Gestaltungen allerorten durch entsprechende Gegenmaßnahmen zu bekämpfen, führt zu einer Vielzahl von handwerklichen Schwächen und Unklarheiten. Beinahe fällt es schwer, aus diesem Grund mit dem Finger auf den Gesetzgeber zu deuten, denn er handelt hier gewissermaßen aus einer Abwehrhaltung, nachdem Verwaltung und Finanzgerichtsbarkeit eine

⁴⁴ Reich, DStR 2016, 2447, 2452.

vernünftige Auslegung zur Eindämmung missbräuchlicher Gestaltungen auf der Basis des alten Gesetzestextes nicht vorgenommen haben.

Zwei Dinge sind allerdings über alle Maßen kritikwürdig und müssen deutlich benannt werden:

- Das Gesetzgebungsverfahren war eines Rechtsstaates schlicht unwürdig und gipfelte in der rückwirkenden Anwendung einer am 4.11.2016 beschlossenen Norm für Steuerfälle ab dem 1.7.2016 (nachdem zuvor der Pressesprecher des BVerfG öffentlich verbreitet hat, das Altrecht gelte mangels Neuregelung über den 30.6.2016 hinaus fort).
- Die harmlos daherkommende Vorschrift des § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG könnte vieles infrage stellen, was durch

die umfangreichen (Neu-)Regelungen geschont werden sollte.

Wünschenswert wäre es, dass angesichts der Neuregelung nun etwas mehr Stabilität Einzug hält. Dass dieser Wunsch in Erfüllung geht, ist keineswegs gewiss, denn die nächsten Diskussionen sind bereits im Gange. So ist insbesondere die Frage, ob die erbschaftsteuerlichen Begünstigungen für betriebliches Vermögen eine europarechtlich Modifizierung oder gar unzulässige Beihilfe darstellen,⁴⁵ nicht geklärt.

⁴⁵ Vgl. dazu *Wachter*, DB 2016, 1273.

BUCHBESPRECHUNGEN

Sebastian Herrler:

Münchener Vertragshandbuch, Band 6: Bürgerliches Recht II

7. Aufl., C. H. Beck, 2016. 1197 S.

Von Notar Dr. **Florian Dietz**, Bamberg

Anzuzeigen ist die Neuauflage eines Werks, das keiner Vorstellung bedarf: Band 6 des Münchener Vertragshandbuchs, welcher sich mit Kerngebieten des Bürgerlichen Rechts befasst. In diesem Band findet sich ein Großteil der dem BGB und dessen Nebengesetzen zuzuordnenden Vertragsmuster, die besondere Relevanz für die notarielle Praxis haben. Hierzu zählen insbesondere Überlassungsverträge, Erbbaurechtsverträge, Regelungen zum Wohnungseigentum, Eheverträge, Scheidungsvereinbarungen, Adoptionen und das gesamte Erbrecht.

Durch den Tod des Gründungsherausgebers *Gerrit Langenfeld* wurde nach 30 Jahren und sechs Auflagen ein Wechsel in der Herausgeberschaft erforderlich. Mit Notar *Sebastian Herrler* aus München ist es dem Verlag gelungen, einen durch vielfältige wissenschaftliche Veröffentlichungen und zahlreiche Fortbildungsveranstaltungen bekannten und ausgewiesenen Kollegen zu verpflichten. Auch im Kreis der Autoren gab es Veränderungen: Die Notare *Tilman Keith* und *Heinrich Nieder* sind aus dem Kreis der Bearbeiter ausgeschieden. Dafür wurde das Autorenteam um Notarin *Susanne Herrler* und die Notare *Christoph Döbereiner*, *Stefan Heinze*, *Christian Kessler*, *Thomas Kornxl*, *Jörg Munzig* und *Lucas Wartenburger* sowie Rechtsanwalt und Steuerberater *Thomas Stein* verstärkt.

Angesichts der anhaltend hohen Aktivität des Gesetzgebers überrascht es nicht, dass die sechs Jahre seit der Voraufgabe ausreichend Material für eine Neuauflage geliefert haben, insbesondere das GNotKG und die Europäische Erbrechtsverordnung mussten in das Werk eingearbeitet werden. Die Neuauflage wurde aber auch zur Aufnahme neuer Muster genutzt, so zum Beispiel eine ehebedingte Zuwendung des Familienheims, die Vorsorgevollmacht des Unternehmers, die Scheidungsimmoblie sowie die Satzung einer steuerpflichtigen Stiftung. Am deutlichsten macht sich der Wechsel von *Langenfeld* zu *Kornxl* bei der Bearbeitung der Eheverträge bemerkbar: Zeichneten sich viele von *Langenfeld* vorgeschlagene Muster durch eine beeindruckende Knappheit der Formulierung aus, präsentiert *Kornxl* sehr ausführliche, stark durchstrukturierte Vollmuster. Diese unterscheiden sich im Stil von hergebrachten Mustern vor allem dadurch, dass sie sich um eine für den Rechtsuchenden verständliche Sprache be-

mühen und einem didaktischen Aufbau folgen: Meist werden gesetzliche Regelung, Regelungswunsch und daraus abgeleitet die gewählte Vorschrift aufeinander aufbauend entwickelt. Freilich – und dies ist Geschmackssache – sind die Muster dadurch vergleichsweise lang. Eine ähnliche stilistische Neuausrichtung findet sich auch in der Bearbeitung der Muster zur Adoption von *Susanne Herrler*. Der Bereich Familienrecht ist damit einer der Schwerpunkte der Änderungen in der Neuauflage. Die Muster sind durchweg durchdacht und bieten eine große Auswahl von Regelungsmodellen. Bei manchem Modell kommen allerdings Zweifel auf, ob die vorgeschlagene Regelung (zum Beispiel das „Ein-Topf-Modell“, bei dem die Ehegatten ein gemeinsames Oder-Konto für den Familienunterhalt füttern und privatschriftlich definieren, welche Ausgaben darunter zu verstehen sind) durch die Beteiligten in der Lebenswirklichkeit anschließend in dieser Trennschärfe und Präzision umgesetzt wird. Ein weiterer Schwerpunkt findet sich im Bereich des Erbrechts mit *Döbereiners* prägnanten Mustern für die Rechtswahl im einseitigen Testament und im Erbvertrag nach der EU ErbVO. Dies sind freilich nur schlaglichtartige Beispiele der umfangreichen Neubearbeitung.

Erfreulich ist, dass der Verlag den Bezug von Einzelbänden ermöglicht, sodass die besonders notarrelevanten Bände 5 und 6 zum Bürgerlichen Recht einzeln angeschafft werden können. Nur unvollkommen umgesetzt bleibt der Wunsch an den Verlag, die Muster in weiterverarbeitbarer Form zur Verfügung zu stellen: Dass angesichts eines Gesamtabnahmepreises von 773 Euro eine CD-ROM für zusätzlich 300 Euro angeschafft werden muss, ist angesichts von laufwerklosen Notebooks unzeitgemäß. Immerhin ist das Münchener Vertragshandbuch in einzelnen Modulen von beck-online enthalten; leider nicht im Modul Notarrecht PLUS.

Zusammenfassend kann man festhalten: Herausgeber und Autoren ist es gelungen, einen Klassiker nicht nur sorgfältig auf den aktuellen Stand zu bringen, sondern behutsam weiterzuentwickeln. Das Werk bleibt ein aus der Bibliothek des Kautelarjuristen nicht wegzudenkender Basisbestand, dessen Anschaffung sich wegen der umfangreichen vollständigen Neubearbeitung des Werkes auch für alle lohnt, die die 6. Auflage bereits haben.

Bernd Bös/Jens Neie/Helmut Strangmüller/Martin Jurkat: Praxishandbuch für Notarfachangestellte

3. Aufl., ZAP, 2017. 2175 S. + CD-ROM, 99 €

Von Notar Dr. **Ulrich Schmitz**, Zweibrücken

Seit der 1. Auflage im Jahr 2010 ist das nunmehr in der 3. Auflage erschienene Praxishandbuch für Notarfachangestellte im Umfang um etwa 500 Seiten gewachsen. Das Buch der Autoren Notar Dr. *Jens Neie*, Notariatsrat i. N. *Bernd Bös*, Oberamtsrat i. N. *Helmut Strangmüller* und Amtsrat i. N. *Martin Jurkat* hat sich als Standardwerk der Handbücher für die tägliche Arbeit der Mitarbeiter des Notars in allen Bereichen des Notariats etabliert. Es ist auch ein fundiertes Lehrbuch für die Auszubildenden zum Beruf des/der Notarfachangestellten und eine hilfreiche Unterstützung für deren Lehrkräfte und Ausbilder. Sein Inhalt erstreckt sich über den gesamten ausbildungsrelevanten Bereich.

Das Buch erleichtert dem/der Auszubildenden das systematische Erlernen des Wissens, welches bei der täglichen Arbeit im Berufsleben unerlässlich ist. Aufgrund seiner klaren Gliederung fällt der Gebrauch des Buches sehr leicht und hilft dem Berufsanfänger, seine Gedanken zu strukturieren. Das Handbuch ist gleichsam für Wiedereinsteiger in den Beruf, für Notarassessoren sowie für angehende Anwaltsnotare und junge Notare ein wertvoller Begleiter bei der täglichen Arbeit.

Auch nachdem das Werk mit der 3. Auflage vollständig überarbeitet, erweitert und auf den neuesten Stand gebracht wurde, folgt es wie schon in den Voraufgaben einem besonders praxisorientierten Aufbau: Muster und Formulierungsbeispiele mit den dazugehörigen Erläuterungen verschaffen einen Überblick über nahezu alle Rechtsgebiete der notariellen Tätigkeit, fördern das Verständnis für die in notariellen Urkunden enthaltenen Formulierungen und erleichtern es, Vorschläge für die Gestaltung einer notariellen Urkunde zu erarbeiten. Die Musterformulierungen wurden um weitere Beispiele ergänzt und auf den neuesten Stand gebracht. Einen weiteren Schwerpunkt der Darstellung bilden die Aufgaben des Notarfachangestellten im Rahmen der Urkundenabwicklung. Zahlreiche Beispiele veranschaulichen die Ausführungen; Praxistipps tragen zur Vermeidung von Fehlern und zur Lösung auftretender Probleme bei und erleichtern somit die tägliche Arbeit. Jedes Rechtsgebiet wird durch Ausführungen zur Berechnung der einschlägigen Notarkosten nach dem GNotKG abgeschlossen, wobei in der aktuellen Auflage auch auf die zwischenzeitlich veröffentlichte umfangreiche Literatur zum GNotKG zurückgegriffen werden konnte, was bei der Voraufgabe noch nicht möglich war.

Die Gliederung des Buches in acht Teile wurde in der Neuauflage beibehalten. Der erste Teil (Büropraxis und Büroorganisation) gibt einen Überblick über die Pflichten des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes. Außerdem werden die Strukturen einer modernen Kanzleiorganisation dargestellt und der Leser mit der Führung der Bücher, Verzeichnisse und Akten des Notars vertraut gemacht. Teil 2 gibt einen kurzen aber prägnanten Überblick über die Verwahrungstätigkeiten des

Notars. Hilfreich auch für den Praktiker sind insbesondere die Ausführungen zur Zulässigkeit der Verwahrung und die Muster zur richtigen Formulierung einer Verwahrungsanweisung in verschiedenen Fallkonstellationen. In Teil 3 werden die Abläufe des Beurkundungsverfahrens und die hierbei jeweils zu beachtenden Besonderheiten (Mitwirkungsverbote, Ausschließungsgründe, Beteiligung behinderter Personen, Beteiligung von Ausländern) dargestellt. Eingängig ist auch die Darstellung der bei einem Verbrauchervertrag zu beachtenden Besonderheiten.

In Teil 4 wird überblicksartig das Kostenrecht nach dem GNotKG dargestellt.

Die umfangreiche Darstellung der einzelnen Bereiche des Immobilienrechts über etwa 670 Seiten wird der Bedeutung dieses Rechtsgebietes für die alltägliche Praxis im Notariat gerecht. Zunächst wird ein Überblick über das Grundbuchrecht gegeben, wobei zahlreiche Beispiele und Muster die Darstellung veranschaulichen. Einige spezielle Grundbucheinträge werden vertiefend dargestellt und fördern das Verständnis vom Grundbuch und seinen Abteilungen. Es folgen die Erörterungen zum Grundstückskauf mit einzelnen Varianten (normaler Grundstückskauf, Vermessungskauf, Verkauf einer Eigentumswohnung, Verkauf eines Erbbaurechts, Vertragsschluss durch Angebot und Annahme). Die Bereiche Bauträgervertrag, Wohnungseigentum, Erbbaurecht und Überlassungsvertrag werden anhand von Mustern und Formulierungsbeispielen mit den dazugehörigen Erläuterungen behandelt. Es folgen die Bereiche Dienstbarkeiten, Vorkaufrechte und Grundpfandrechte mit jeweils vielen damit zusammenhängenden Einzelfragen.

In Teil 6 wird das Familienrecht überblicksartig dargestellt und das für einen Notariatsmitarbeiter erforderliche Grundwissen vermittelt. Der Leser wird nicht nur an die Erstellung eines Ehevertrages und einer Scheidungsfolgenvereinbarung herangeführt, sondern auch mit Fragen der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und der eingetragenen Lebenspartnerschaft vertraut gemacht. Ebenso wird das für den in der täglichen Praxis besonders relevanten Bereich der Vorsorgevollmacht/Patienten- und Betreuungsverfügung erforderliche Wissen vermittelt. Das Familienrecht endet mit der Darstellung des Adoptionsrechts.

Das Erbrecht in Teil 7 befasst sich mit typisch erbrechtlichen Beratungssituationen. Verfügungen von Todes wegen in typischen Fallgestaltungen werden dargestellt. Selbstverständlich werden die europäische Erbrechtsverordnung und die damit zusammenhängenden Fragen bei der Abfassung eines Testamentes berücksichtigt. Es folgen Ausführungen zum Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzicht, zur Erbaueinandersetzung, zur Erbteilsübertragung, zur Erbausschlagung

und zum Erbschein, wobei auf das Europäische Nachlasszeugnis nicht eingegangen wird.

Besonders erfreulich ist die umfangreiche Darstellung der grundlegenden Bereiche des Handels-, Gesellschafts- und Vereinsrechts in Teil 8 des Buches. Diese Themen kommen in der täglichen Ausbildung zur/zum Notarfachangestellten bisweilen zu kurz, nehmen aber in der täglichen Berufspraxis eine zunehmend wichtigere Rolle ein. Auch bei der Prüfung werden von den Kandidaten gute Kenntnisse im Handels- und Gesellschaftsrecht verlangt, wie ich als Ausbilder und Prüfer aus eigener Anschauung weiß. Die schon in der Voraufgabe ansprechenden Ausführungen zum Recht der GmbH wurden vom Bearbeiter *Bös* an zahlreichen Stellen noch vertieft und um zusätzliche Erläuterungen ergänzt. Beispielsweise wurden die Probleme der In-Sich-Geschäfte unter Mehrfachvertretung nach § 181 BGB mit Lösungsvorschlägen dargestellt oder es wurden Ausführungen zu einer Kapitalerhöhung bei einer UG ergänzt, insbesondere zur Höhe der Mindesteinzahlungen und der Zulässigkeit einer Sachkapitalerhöhung. Es folgen die Kapitel mit der überblicksartigen Darstellung des Rechts zum Einzelkaufmann, der Personenhandelsgesellschaften mit OHG und KG, der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, der Aktiengesellschaft und der Zweigniederlassungen. Hilfreich sind auch die Ausführungen zum Recht des eingetragenen Vereins. Das Muster einer Vereinssatzung wurde komplett überarbeitet; dessen Erläuterung enthält zahlreiche für die alltägliche Arbeit nützliche Tipps.

Anja Gerono:

Das bayerische Notariat. Entstehung und Stellung in der Gesetzgebungsgeschichte des 19. Jahrhunderts

Erich Schmidt, 2016. 263 S., 79,80 €

Von Notar a. D. **Herbert Oberseider**, München

Die von *Anja Gerono* vorgelegte Arbeit wurde 2015 von der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität München als Dissertation angenommen. Überraschend beginnt sie mit dem Hinweis auf die Diskussion um die Verordnung über ein gemeinsames Europäisches Kaufrecht. Der Hinweis, dass Harmonisierungsbemühungen auch heute eine aktuelle Gefahr für regionale Formvorschriften darstellen können, zeigt die Aktualität eines Rückblicks auf das 19. Jahrhundert, als die Schaffung eines einheitlichen Zivilrechts in Deutschland die Existenz des selbstständigen Notariats in Bayern bedrohte. Vor allem die eingehende Darstellung der Entwicklung der Vorschriften über den Grundstücksverkehr im Rahmen der Kodifikation des BGB, die Bemühungen und der Einfluss der bayerischen Staatsregierung einerseits und des Notariats andererseits und der Kampf um den Fortbestand des Notariats bilden den wichtigsten und auch spannendsten Teil der Arbeit.

Die Autoren des Praxishandbuchs für Notarfachangestellte runden ihr Werk am Ende mit einem Rechtswörterbuch ab, in welchem zahlreiche Begriffe aus der Rechtssprache erläutert und die zu den Begriffen jeweils einschlägigen Rechtsvorschriften der betroffenen Gesetze zitiert werden. Das Buch endet mit einem umfangreichen Stichwortverzeichnis. Wie inzwischen üblich, ist auch diesem Buch eine CD-ROM beigefügt, wobei durch den Verlag der Programmablauf für den Aufruf der Musterformulierungen auf der CD-ROM geändert und dabei gegenüber der 2. Auflage erheblich verbessert wurde.

Solides Fachwissen sowie langjährige Erfahrungen aus Beruf und Unterrichts- bzw. Fortbildungstätigkeit der Autoren sind in diesem Werk vereint. Es eignet sich hervorragend als Ausbildungsliteratur zur Vorbereitung auf die Notarfachangestelltenprüfung. Daneben leistet es aber auch dem Praktiker im Berufsalltag wertvolle Dienste, wenn einmal auf die Schnelle eine Formulierungsanregung oder eine andere Hilfestellung zu den abgehandelten Themen benötigt wird. Der schnörkellose und prägnante Stil des Buches macht es auch zu einem angenehmen Begleiter bei Auswärtsterminen, wenn bei einer Beurkundung kurzfristige Änderungen vorzunehmen sind und der Notar nach einer guten Formulierung sucht. Es kann uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Rechtsverkehrs, vor allem auch auf dem Gebiet des Hypothekenwesens. Weniger deutlich gemacht wird in der Arbeit das Anliegen der Staatsregierung, die seit langem geforderte Beseitigung der Allzuständigkeit der Gerichte unterer Instanz für Justiz- und Verwaltungsangelegenheiten durch eine Neuordnung der Gerichtsorganisation zu regeln. Diese war bereits im sog. Grundlagengesetz von 1848 im Grundsatz festgelegt worden, verwirklicht wurde sie aber erst durch das Gerichtsverfassungs- und das Notariatsgesetz von 1861. Die Trennung von Justiz und Verwaltung wird in der Präambel des GVG ausdrücklich angesprochen, die beiden voneinander abhängigen Gesetze wurden miteinander beraten und in Kraft gesetzt. Auch das NotG trägt das Datum 10.11.1861 (die dem zugehörigen Text widersprechende Fußnote 245 ist insoweit zu berichtigen, ebenso Fußnote 96).

Kapitel 4, das etwa die Hälfte der Arbeit umfasst, untersucht sodann die Kodifikation des BGB und ihre Auswirkungen auf das Notariat. Dabei wertet *Gerono* nicht nur die veröffentlichten Materialien zur Entstehungsgeschichte des BGB aus, sondern auch die im Bayerischen Hauptstaatsarchiv liegenden Akten zum Gesetzgebungsverfahren. Aus den regelmäßigen Originalberichten der die bayerische Position vertretenden Beteiligten an die Regierung in München kann sie den Fortgang der seinerzeitigen Verhandlungen in Berlin beleuchten. Aus Gutachten und ministeriellen Stellungnahmen werden zudem Einblicke in den Prozess der Willensbildung innerhalb der Staatsregierung gegeben. Das Entstehen der letztlich Gesetz gewordenen Vorschriften wird durch die detaillierte Darstellung des Ringens um jede einzelne Bestimmung deutlich gemacht. Unter dem dominierenden Einfluss Preußens sahen die ersten Entwürfe in der ab 1874 tagenden Kommission erster Lesung grundsätzlich kaum Formzwänge vor. Die Formfreiheit im Obligationenrecht galt auch für Grundstücksverträge und entzog damit dem selbstständigen Notariat die Existenzgrundlage. Auch der Eigentumsübergang sollte nach preußischem Vorbild allein aufgrund dinglicher Einigung durch Eintragung in das Grundbuch erfolgen, wobei die Erklärung der Auflassung ausschließlich vor dem zuständigen Grundbuchamt zu erfolgen hatte. Eingehend wird in der Arbeit von *Gerono* den zunächst erfolglosen Schritten des von Bayern in die Kommission entsandten Ministerialrats *Schmitt* nachgegangen. Ziel Bayerns war es, zum Schutz der Bevölkerung vor Übereilung und vor fehlerhaften Verträgen den obligatorischen Grundstücksvertrag auch weiterhin der Beurkundungspflicht zu unterwerfen. Begründung und Gegenargumente, auch die wechselnden Ansatzpunkte *Schmitts*, werden ausführlich dargestellt. Erst 1887, kurz vor Abschluss der Arbeit der Kommission, konnte *Schmitt* völlig unerwartet die allgemeine Zustimmung zur Beurkundungspflicht des Grundstücksvertrages erreichen. Eingeschränkt wurde dieser Erfolg allerdings durch die zugleich beschlossene Heilungsvorschrift, was eine weitgehende Umgehung des Beurkundungszwangs befürchten ließ. Der nun erfolgende Wechsel der Bemühungen der bayerischen Staatsregierung wird aufgezeigt. Die Forderungen richteten sich nun vorrangig auf die Streichung der Heilungsmöglichkeit, zumindest aber sollte die Auflassung auch vor dem Notar erklärt werden können. In der von 1891 bis 1896 tagenden Kommission Zweiter Lesung konnte *Jacubezky*, nunmehriger Vertreter Bayerns, erreichen, dass die Erklärung der Auf-

lassung auch vor Gericht oder Notar zulässig war, wobei dem Landesgesetzgeber die Möglichkeit eingeräumt wurde, die alleinige Zuständigkeit von Gericht oder Notar zu bestimmen.

Bei der folgenden Behandlung des Gesetzesentwurfs im Justizausschuss des Bundesrates bemühte sich Bayern vorrangig um die Sicherstellung der Einhaltung der Beurkundungspflicht. *Gerono* schildert dabei eine geradezu sensationelle Wendung. *Heller*, stellvertretender Bevollmächtigter Bayerns, beantragte die Einfügung einer gesetzlichen Regelung, wonach auf Verlangen dem Grundbuchamt eine formgerecht errichtete Urkunde über den Kausalvertrag vorzulegen sei. Alternativ sollte die Heilungsmöglichkeit gestrichen werden. Obwohl Preußen beide Anträge ablehnte, stimmten die Mittel-mächte überraschend mit Mehrheit für die Streichung der Heilungsvorschrift. Um deren Wiederherstellung zu erreichen, war Preußen bereit, der Aufnahme der von *Heller* geforderten Vorschrift in die GBO zuzustimmen, allerdings nur, wenn diese als Vorbehalt für den Landesgesetzgeber ausgestaltet sei. An dem zu diesem Zeitpunkt eigentlich erforderlichen schnellen Handeln war *Heller* gehindert, da ihn Anweisungen aus München, obwohl telegrafisch, nicht rechtzeitig erreichten. Letztlich hielt Bayern dann an der Streichung der Heilungsvorschrift fest, gleichzeitig an einer reichsweit geltenden Vorschrift in der GBO, wonach die Eintragung des Eigentumsübergangs nur bei Vorlage eines wirksamen Kausalvertrages erfolgen dürfe. Nur hilfsweise war man mit einem Vorbehalt für den Landesgesetzgeber einverstanden. Da Bayern keine Chance auf Durchsetzung seiner Vorstellungen hatte, stimmte es schließlich im Bundesratsplenum ebenfalls für die Beibehaltung der Heilungsvorschrift, verbunden jedoch mit dem Vorbehalt bezüglich der Vorschrift über die Vorlage des Kausalvertrages in der GBO. Auch bezüglich der Zuständigkeit von Gericht oder Notar für die Entgegennahme der Auflassung konnte Bayern die Aufnahme ins BGB selbst nicht erreichen, lediglich einen entsprechenden Ländervorbehalt im EGBGB. *Gerono* macht mit der eingehenden Darstellung der wechselnden Positionen in den beratenden Gremien deutlich, warum das Grundanliegen, mit der Schaffung des BGB eine Vereinheitlichung des Zivilrechts herbeizuführen, durchbrochen wurde durch Ländervorbehalte, die aber nicht im BGB, sondern in der GBO und den Einführungsgesetzen zum BGB und zur ZVG zu finden sind und von den Ländern individuell auszugestalten waren. *Gerono* beschränkt ihre Untersuchungen nicht allein auf das Grundstücksrecht, sie beleuchtet auch die weiteren das Notariat betreffenden Vorschriften, wie vor allem im Familien- und Erbrecht.

Kapitel 6 behandelt die Umsetzung der landesgesetzlichen Reservatrechte durch die entsprechenden Landesgesetze, sodann die Neuordnung des Notariats durch das NotG 1899. Bei der Darstellung der veränderten Stellung des Notars wird auch angesprochen, dass die Notariate ab 1.1.1900 staatliche Behörden wurden (Art. 6 [!] Abs. 2 NotG 1899). Zu wenig deutlich gemacht wird aber, dass die nunmehrige Behördeneigenschaft ganz wesentliche Auswirkungen auf die künftige Entwicklung des bayerischen Notariats hatte. Notwendige Folge der Behördeneigenschaft war die der Dienstaufsicht durch Art. 88 Ziffer 1 NotG eingeräumte Möglichkeit, den Notar bei körperlicher oder geistiger Dienstunfähigkeit „wider seinen Willen“ des Amtes zu entheben. Die bisherige Praxis vieler No-

tare, in solchen Fällen das Amt zum Teil über Jahre hin mittels eines Vertreters zu führen, sollte damit ein Ende haben. Nach konkreter Feststellung der mangelnden Dienstfähigkeit wirkten die Aufsichtsbehörden jedoch auf die einverständliche Niederlegung hin, verbunden mit dem Hinweis auf die drohende Einleitung des Zwangsenthebungsverfahrens. Dies ist bei zwei Drittel der im Laufe des Jahres 1900 zurückgetretenen 44 Notare (einschließlich der acht bei *Gerono* erwähnten) aktenkundig, bei den restlichen ist dies trotz fehlender Personalakten ebenfalls zu vermuten. Die sich auch noch in die nächsten Jahre fortsetzende Welle der Niederlegungen war also nicht so sehr der freiwillige Entschluss der Notare, anlässlich des neuen BGB zurückzutreten, sondern Folge konsequent durchgeführter Überprüfungsmaßnahmen der Dienstaufsicht. Voraussetzung für die Einführung der gesetzlichen Möglichkeit der Enthebung gegen den Willen des Notars war aber, wie auch bei der Beratung in der betreffenden Ausschusssitzung im Landtag betont wurde, die Schaffung einer Ruhestandsversorgung. Beruhte doch die bisher mangelnde Bereitschaft zur Amtsniederlegung gerade auf deren Fehlen. Aus der Aufbringung der hierfür erforderlichen Mittel zog sich der Staat in den Folgejahren schrittweise zurück unter Überbürdung der Lasten auf den Gesamtstand der Notare. Dies führte, neben der ebenfalls aus der Behördeneigenschaft herrührenden Regelungsbedürftigkeit der Gehilfenprobleme, schließlich zur Gründung der Notariatskasse. Notarkasse und Kassenangestellte prägen auch heute ganz entscheidend das Erscheinungsbild des bayerischen Notariats. Die 1899 eingeführte Behördeneigenschaft war daher nicht nur ein vorübergehendes Gestaltungsdetail, sondern eine grundlegende Weichenstellung für die künftige Entwicklung des bayerischen Notariats. Gerade dieser Aspekt wäre einer künftigen eingehenderen Untersuchung wert.

Das BGB und die konsequente Ausnutzung der Ländervorbehalte durch den bayerischen Gesetzgeber führten im Ergebnis zu keinen wesentlichen Einschränkungen für das bayerische Notariat; es war auch nach dem 1.1.1900 existenzfähig. *Geronos* Untersuchungen ergeben ganz deutlich, dass dieses Ergebnis allein der bayerischen Staatsregierung zu verdanken ist. Durch deren ausdauernden Bemühungen war es gelungen, den ursprünglich von Formvorschriften völlig befreiten Entwurf des BGB entsprechend umzugestalten. Aus der Überzeugung, dass das Notariat im Interesse der Rechtspflege und im Interesse der Bevölkerung aufrechtzuerhalten sei, hat die Staatsregierung von Beginn der Arbeiten an versucht, ihre Belange durchzusetzen. Auch wenn es nicht immer gelungen ist, eine entsprechende Fassung des Gesetzes selbst zu erreichen, ergab sich durch die (mit der Billigung Preußens beigefügten) ergänzenden Ländervorbehalte die Möglichkeit, die bayerischen Vorstellungen zu verwirklichen. *Gerono* betont, dass die Staatsregierung dies erreichte durch eine frühzeitige intensive Beschäftigung mit dem Gesetzgebungsverfahren und die Herausbildung eigener Positionen. Durch den ständigen Kontakt mit den nach Berlin entsandten Vertretern war die Staatsregierung stets über den aktuellen Stand der Verhandlungen informiert und konnte durch Handlungsanweisungen Einfluss nehmen. Obwohl der Blick in die seinerzeitigen Notarzeitschriften, dort vor allem in zusammenfassende Rückblicke, den Eindruck eines tatkräftigen Einsatzes der Notare im Kampf um den Fortbestand des Notariats

erweckt, stellt *Gerono* klar und deutlich heraus, dass der Beitrag der Notare hierzu verschwindend gering war. Sie untersucht zu jeder einzelnen Stufe des Gesetzgebungsverfahrens zum BGB die Reaktionen der bayerischen und der außerbayerischen Notare und ihrer Standesorganisationen. Sie kann insgesamt einen nur sehr geringen Einfluss feststellen. Die Autorin betont vor allem das Fehlen einer tatkräftigen Standesorganisation und dass es dem seinerzeitigen Deutschen Notariatsverein nicht gelang, sich zum Sprecher der verschiedenen deutschen Notariatsordnungen zu machen. Dieser versank immer mehr in Bedeutungslosigkeit, bis er Ende 1899 vom Vorsitzenden *Weber* für beendet erklärt wurde. *Gerono* weist auch auf die fehlerhafte Zielrichtung der Bemühungen der Notare hin, die sich vorrangig auf die Schaffung einer reichseinheitlichen Notariatsordnung richteten, wogegen die Kodifikation des BGB nur geringe Aufmerksamkeit fand. Auch das mangelhafte zeitliche Vorgehen wird deutlich. Die mehrfach beschlossene Anfertigung von Stellungnahmen wurde immer wieder verschoben. Viel zu spät wurde eine von *Weber* gefertigte Denkschrift dem Bundesrat erst zugeleitet, als der Justizausschuss seine Beratungen bereits beendet hatte. Auch die einzelnen Notare beschäftigten sich kaum mit dem Gesetzgebungsverfahren. *Gerono* kann lediglich bei *Joseph Bachmair*, Notar in Neumarkt a. d. Rott (heute St. Veit) eine mehrfache Begutachtung der Gesetzesentwürfe aufzeigen. Sie betont dabei, dass dieser als Vertreter des Generalkomitees des Landwirtschaftlichen Vereins in Bayern teilweise Standpunkte einnahm, die der ganz herrschenden Auffassung unter den Notaren widersprachen. Sie konnte Äußerungen von Notaren erst feststellen, als nach Verkündung des BGB die Ausgestaltung der Vorbehalte für den Landesgesetzgeber anstand. Vor allem in den Untersuchungen von *Kreppel* und *Osenstätter* (nicht *Ofenstätter*) wird auf das Erfordernis der Nutzung aller reichsgesetzlichen Vorbehalte und auf die zu befürchtenden hohen Einkommenseinbußen hingewiesen. *Gerono* weist auf das Fehlen von Stellungnahmen der Notare zur Neufassung des Notariatsgesetzes selbst hin, obwohl in der Vergangenheit auch von Seiten der Notare immer wieder einzelne Regelungen des NotG 1861 gerügt worden waren.

Die von *Gerono* vorgelegte Arbeit bietet insgesamt einen Blick auf die Geschichte des bayerischen Notariats im 19. Jahrhundert. Vor allem aber wird das Ringen um die Vorschriften des Grundstücksrechts bei der Schaffung des BGB und deren Bedeutung für den Fortbestand des selbstständigen Notariats eingehend beleuchtet und der Einfluss der einzelnen Akteure entsprechend gewichtet. Anhand der Entwicklung des Grundstücksrechts wird ganz allgemein die Geschichte des Entstehens gesetzlicher Vorschriften beispielhaft vor Augen gestellt, ebenso wie die Bedeutung eines beharrlichen Mitwirkens und der mögliche Einfluss von Zufällen. Dabei wird sehr deutlich, wie wichtig eine frühzeitige Beobachtung eventueller Gesetzesvorhaben, die Beschäftigung mit deren Materie, wie entscheidend die ständige Mitwirkung und Einbringung der eigenen Standpunkte in das Verfahren sind. Dies gilt wie seinerzeit auch heute und mag zugleich eine Mahnung sein bezüglich künftiger Vorhaben der Rechtsvereinheitlichung auf europäischer Ebene. Schon allein deshalb lohnt die Lektüre.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Änderung der Zuweisung von Sondernutzungsrechten

BGH, Urteil vom 21.10.2016, V ZR 78/16
(Vorinstanz: LG Itzehoe, Urteil vom 11.3.2016, 11 S 3/15)

BGB § 891
WEG §§ 6, 8 Abs. 2, § 10 Abs. 2, § 13 Abs. 2, § 15 Abs. 3

LEITSATZ:

Der teilende Eigentümer kann die in der Teilungserklärung zum Inhalt des Sondereigentums bestimmten Sondernutzungsrechte durch eine weitere einseitige Verfügung und deren Eintragung in das Grundbuch ändern, solange er noch Eigentümer aller Sondereigentumsrechte und noch keine Auflassungsvormerkung für einen Erwerber eingetragen ist; danach bedarf er der Zustimmung der Berechtigten der eingetragenen Vormerkungen. Eine solche Änderung scheidet erst aus, wenn die werdende Wohnungseigentümergeinschaft entstanden ist.

SACHVERHALT:

1 Die Parteien sind Mitglieder einer Wohnungseigentümergeinschaft. Die Anlage besteht aus drei Sondereigentumseinheiten. Die Parteien nutzen die ihren nebeneinander liegenden Sondereigentumseinheiten vorgelagerten Gartenflächen jeweils allein und unter Ausschluss der anderen Sondereigentümer und streiten darüber, ob ein Teil der Fläche im Grenzbereich zwischen ihren beiden Gartenflächen den Klägern oder den Beklagten zur dauernden ausschließlichen Nutzung zugewiesen ist.

2 Das Grundstück gehörte ursprünglich der Bauträgerin, die es (...) in drei Sondereigentumseinheiten aufteilte und bestimmte, dass Inhalt jedes Sondereigentumsrechts unter anderem das dauernde ausschließliche Nutzungsrecht an einer Gartenfläche sein soll, die in dem Aufteilungsplan der Teilungserklärung mit einer dem Sondereigentumsrecht entsprechenden Nummer gekennzeichnet ist. Dieser Teil des Aufteilungsplans trägt die Bezeichnung „Lageplan“. Zu diesem heißt es in der Teilungserklärung nach der Anordnung der Aufteilung in Sondereigentum: „Hinsichtlich des Lageplans erfolgt noch ein gesonderter Nachtrag.“ Dazu hatte die Bauträgerin zuvor einen geänderten Lageplan erstellen lassen, in welchem die Fläche des dem Sondereigentum der Kläger zugewiesenen Sondernutzungsrechts an der Gartenfläche kleiner ausfällt als in dem ursprünglichen Lageplan (...). [Die Eintragung der Teilungserklärung erfolgte unter Vorlage des ursprünglichen Lageplans, die Eintragung des geänderten Lageplans wurde erst einige Jahre später und nach den nachfolgenden Kaufverträgen beantragt.]

3 2006 verkaufte die Bauträgerin den Beklagten das Sondereigentum Nr. 3; diese wurden 2007 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. 2006 [nach Eintragung der ursprünglichen Teilungserklärung] suchten die Kläger das Büro der Bauträgerin auf, ließen sich Prospekte der Wohnanlage aushändigen und führten am darauffolgenden Tag mit dem Architekten und dem Makler der Bauträgerin

ein Verkaufsgespräch, dessen Inhalt zwischen den Parteien streitig ist. [Kurz später] kauften die Kläger von der Bauträgerin das Sondereigentum Nr. 2; sie wurden 2007 als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. In beiden Verträgen wird der Kaufgegenstand unter Bezugnahme auf die bei dem Grundbuchamt eingereichte Teilungserklärung bezeichnet. Die Kläger sind der Meinung, sie hätten das Sondereigentum mit einem Sondernutzungsrecht nach Maßgabe des ursprünglichen Lageplans erworben, während die Beklagten die dem geänderten Lageplan entsprechende tatsächliche Gartennutzung für maßgeblich halten. Die Kläger verlangen von den Beklagten die Räumung und Herausgabe der diesen durch die Änderung des Lageplans zugefallenen Gartenfläche und die Unterlassung von deren Nutzung sowie die Androhung eines Ordnungsgeldes für den Fall der Zuwiderhandlung.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

9 1. Herausgabe der streitigen Gartenfläche, ihre Räumung und das Unterlassen ihrer weiteren Nutzung können die Kläger von den Beklagten nach § 985 und § 1004 Abs. 1 BGB nur verlangen, wenn ein Sondernutzungsrecht entsprechend dem ursprünglichen Lageplan Inhalt ihres Sondereigentums geworden und ihnen (mit diesem) wirksam übertragen worden ist. Daran fehlt es. Ein Sondernutzungsrecht mit dem von den Klägern in Anspruch genommenen Inhalt ist zwar wirksam entstanden (unten a) und nach den getroffenen Feststellungen auch nicht geändert worden (unten b). Es ist ihnen aber nicht mit der in dem Lageplan vom 9.6.2006 bezeichneten Ausübungsfläche übertragen worden, sondern mit der aus dem Lageplan vom 27.7.2006 ersichtlichen kleineren Fläche. Die für die Kläger streitende Eigentumsvermutung nach § 891 BGB haben die Beklagten jedenfalls widerlegt (unten c).

10 a) aa) Sondernutzungsrechte weisen einem oder mehreren Wohnungseigentümern unter Ausschluss der übrigen (negative Komponente) das Recht zur Nutzung von Teilen des Gemeinschaftseigentums zu (positive Komponente). Sie schränken damit die gesetzliche Befugnis jedes Wohnungseigentümers zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums nach § 13 Abs. 2 WEG ein. Solche Rechte können entweder durch den teilenden Eigentümer nach § 8 Abs. 2, § 5 Abs. 4 i. V. m. § 10 Abs. 2 WEG oder durch Vereinbarung der Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG begründet oder geändert werden (Senat, Beschluss vom 13.9.2000, V ZB 14/00, BGHZ 145, 133, 136; sowie Urteile vom 2.12.2011, V ZR 74/11, ZfR 2012, 182 Rdnr. 10; und vom 20.1.2012, V ZR 125/11, ZNotP 2012, 179 Rdnr. 10 f.; *Hügel/Elzer*, WEG, § 13 Rdnr. 56; *Häublein*, Sondernutzungsrechte und ihre Begründung im Wohnungseigentumsrecht, S. 2).

11 bb) Die Bauträgerin hat hier den ersten Weg – Begründung bei der Aufteilung in Wohnungseigentum nach § 8 WEG – gewählt. Die in der Teilungserklärung vorgesehenen Sondernutzungsrechte sind entgegen der Ansicht der Beklagten wirksam entstanden.

12 (1) Die im Grundbuch vollzogene Teilungserklärung bestimmt allerdings (...) in § 1 nicht nur, dass Inhalt der Sondereigentumsrechte, in welche das Grundstück durch diese Regelung aufgeteilt wird, das dauernde und ausschließliche Nutzungsrecht an einer in dem Aufteilungsplan näher bezeichnete Fläche sein soll. Sie enthält vielmehr in Nr. 2 Satz 2 die Regelung, dass hinsichtlich des Abschnitts „Lageplan“ (...) noch ein gesonderter Nachtrag erfolgt. Diese Regelung bedeutet aber nicht, dass die in dem Lageplan bestimmten Teilflächen des gemeinschaftlichen Gartens, an denen die Sondernutzungsrechte bestehen sollen, noch nicht verbindlich festgelegt werden sollten.

13 (2) Diese Regelung der Teilungserklärung hat das Berufungsgericht nicht ausgelegt. (...) Bei der Auslegung solcher Regelungen ist vorrangig auf den Wortlaut und den Sinn der Eintragung sowie der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung abzustellen, wie sie sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingezeichneten ergeben. Umstände außerhalb dieser Urkunden dürfen zur Ermittlung von Inhalt und Umfang eines Grundstücksrechts nur insoweit mit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (Senat, Urteile vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 166; und vom 20.11.2015, V ZR 284/14, BGHZ 208, 29 Rdnr. 9).

14 (3) In der Teilungserklärung ist neben der Aufteilung des Grundstücks in die drei Sondereigentumseinheiten auch bestimmt, dass Inhalt des Sondereigentums jeweils mehrere Sondernutzungsrechte an verschiedenen näher bezeichneten Teilen des Gemeinschaftseigentums, darunter auch an den in dem Lageplan bezeichneten Gartenflächen sein sollen. Diese Anordnung als solche ist in keiner Weise eingeschränkt. Auch die Regelung in § 1 Nr. 1 Satz 2 der Teilungserklärung kündigt einen Nachtrag lediglich zum Lageplan an, schränkt aber die Anordnung von Sondernutzungsrechten an den Gartenflächen nicht ein. Wenn der eingereichte Lageplan, wie die Beklagten meinen, nur Entwurfscharakter haben und durch die beantragte Eintragung der Teilungserklärung, mit der er bei dem Grundbuchamt eingereicht worden ist, keine Geltung erlangen sollte, liefe die Anordnung der Sondernutzungsrechte an den Teilflächen des gemeinschaftlichen Gartens leer. Das war aber ersichtlich nicht beabsichtigt. Aus der Formulierung, dass ein „Nachtrag“ erfolge, ergibt sich vielmehr, dass die eingereichte Teilungserklärung erst einmal in vollem Umfang, also auch hinsichtlich der Sondernutzungsrechte an den Gartenflächen, wirksam werden und lediglich später noch Änderungen erfahren sollte. Dass dieser Nachtrag nicht nur in Erwägung gezogen, sondern mit Bestimmtheit angekündigt wird, ändert daran nichts. Diesem Verständnis steht auch nicht entgegen, dass der angekündigte Nachtrag in der Teilungserklärung nicht näher präzisiert wird. Das hat zwar zur Folge, dass die Bauträgerin die Änderungen, die der Nachtrag umfassen sollte, nur solange vornehmen kann, wie ihr noch alle Sondereigentumsrechte gehören. Eine Befugnis zur Änderung der Sondernutzungsrechte auch nach Veräußerung der Sondereigentumsrechte kann sich der teilende Eigentümer nämlich nur durch eine Regelung vorbehalten, die dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebot entspricht (Senat, Urteil vom 20.1.2012, V ZR 125/11, ZNotP 2012, 179 Rdnr. 11).

Dieser Anforderung genügt die Regelung in § 1 Nr. 1 Satz 2 der Teilungserklärung nicht. Das bedeutet aber nicht, dass die Regelung über den Nachtrag ihrerseits ohne Funktion wäre. Sie wäre zwar nicht nötig, um die Teilungserklärung aufgrund von § 8 WEG zu ändern. Sie macht aber – bei späterer Lektüre der Teilungserklärung – darauf aufmerksam, dass diese noch geändert werden soll und der ursprüngliche Text hinsichtlich des Lageplans nicht der aktuelle Text sein muss.

15 b) Entgegen der Ansicht der Beklagten sind die durch den Vollzug der Teilungserklärung im Grundbuch wirksam begründeten Sondernutzungsrechte an den in dem ursprünglichen Lageplan bezeichneten Flächen weder durch die dem geänderten Lageplan vom 27.7.2006 entsprechende Nutzung des Gartens noch durch die nachträgliche Einreichung dieses Lageplans bei dem Grundbuchamt in dem Sinne geändert worden, dass sie sich nunmehr auf die in diesem Lageplan bezeichneten Flächen beziehen.

16 aa) Sondernutzungsrechte können zwar gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG – mit schuldrechtlicher Wirkung – auch durch eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer geändert werden. Eine solche Vereinbarung könnte grundsätzlich auch durch schlüssiges Verhalten zustande kommen. Es fehlt aber an dem dafür erforderlichen Erklärungsbewusstsein der Parteien und des dritten Sondereigentümers. Diese gingen davon aus, dass die Nutzung den maßgeblichen Eintragungen entspricht; ihnen war jedenfalls nicht bewusst, dass sie mit der abweichenden Nutzung die gebuchten Sondernutzungsrechte veränderten.

17 bb) Die Vorlage des geänderten Plans mit der geänderten Abgeschlossenheitsbescheinigung durch die Bauträgerin konnte ein Sondernutzungsrecht nicht mehr zustande bringen. Sie war zu diesem Zeitpunkt nicht mehr Eigentümerin aller drei Sondereigentumsrechte; sie hatte sich die einseitige Änderung der Teilungserklärung nach Veräußerung der Sondereigentumsrechte auch nicht, was rechtlich möglich gewesen wäre (vgl. Senat, Urteil vom 20.1.2012, V ZR 125/11, ZNotP 2012, 179 Rdnr. 11), wirksam vorbehalten.

18 c) Die Kläger haben ein Sondernutzungsrecht an der in dem ursprünglichen Lageplan bestimmten größeren Gartenfläche aber nicht wirksam erworben.

19 aa) Dafür muss nicht entschieden werden, ob der Erwerb des Sondernutzungsrechts mit der ursprünglich vorgesehenen Ausübungsfläche durch die Kläger aufgrund von deren Eintragung in das Grundbuch nach § 891 Abs. 1 BGB gesetzlich vermutet wird. Nach heute im Wesentlichen unbestrittener Ansicht erstreckt sich der Schutz des guten Glaubens beim Erwerb eines Wohnungseigentums auch auf Bestand und Umfang eines im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechts, das gemäß § 8 WEG durch den aufteilenden Eigentümer begründet worden ist (BayObLG, DNotZ 1990, 381, 382 f.; OLG Hamm, OLGR 2009, 130, 131 f.; und NJW-RR 1993, 1295, 1297; *Bärmann/Suilmann*, WEG, 13. Aufl., § 13 Rdnr. 127; *Hügel/Elzer*, WEG, § 13 Rdnr. 66; *Jennißen/Schultzky*, WEG, 5. Aufl., § 13 Rdnr. 108; *Timme/Dötsch*, WEG, 2. Aufl., § 10 Rdnr. 347 und § 15 Rdnr. 292 f.; anders offenbar *Weitnauer*, DNotZ 1990, 385, 392 und *Demharter*, DNotZ 1991, 28, 29 für aufgrund einer Öffnungsklausel durch

Beschluss begründete Sondernutzungsrechte). Es spricht zudem viel dafür, dass die Eigentumsvermutung bei einem solchen Sondernutzungsrecht auch die in dem Aufteilungsplan ausgewiesene Ausübungsfläche erfasst. Denn dieser hat für die Abgrenzung des Sondereigentums dieselbe Funktion wie die dem Liegenschaftskataster zugrundeliegenden Liegenschaftskarte für den Grenzverlauf (vgl. Senat, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, BGHZ 208, 29 Rdnr. 10), auf den sich die Richtigkeitsvermutung des Grundbuchs erstreckt (vgl. Senat, Urteile vom 2.12.2005, V ZR 11/05, NJW-RR 2006, 662 Rdnr. 8; vom 8.11.2013, V ZR 155/12, BGHZ 199, 31 Rdnr. 11; und vom 20.11.2015, V ZR 284/14, a. a. O.). Eine für die Kläger streitende Vermutung haben die Beklagten aber jedenfalls widerlegt.

20 bb) Das Berufungsgericht nimmt an, die Kläger hätten sich mit den Vertretern der Bauträgerin bei ihrem Gespräch vor der notariellen Beurkundung auf den Erwerb der Sondereigentumseinheit Nr. 2 mit einer gemäß dem geänderten Lageplan vom 27.7.2006 verkleinerten Sondernutzungsrechtsfläche verständigt und sich auf eine Übertragung des Eigentums an der Sondereinheit nur in diesem Rahmen geeinigt. Die Auslegung einer vertraglichen Regelung durch den Tatrichter ist im Revisionsverfahren nur eingeschränkt, nämlich darauf überprüfbar, ob der Tatrichter die gesetzlichen Auslegungsregeln, die anerkannten Auslegungsgrundsätze, die Denkgesetze und die Erfahrungssätze beachtet und die der Auslegung zugrundeliegenden Tatsachen ohne Verfahrensfehler festgestellt hat (Senat, Urteil vom 22.4.2016, V ZR 189/15, NZM 2016, 640 Rdnr. 7 m. w. N.), und in diesem Rahmen nicht zu beanstanden.

21 (1) In der Kaufvertragsurkunde wird die den Klägern verkaufte und in derselben Urkunde aufgelassene Sondereigentumseinheit Nr. 2 allerdings unter Bezugnahme auf die Teilungserklärung und den ursprünglichen Aufteilungsplan beschrieben. Richtig ist auch der Einwand der Kläger, dass dieser Aufteilungsplan noch den ursprünglichen Lageplan umfasste. Den Klägern ist ferner einzuräumen, dass der Verkäufer eines Grundstücks dieses gewöhnlich nur in dem aus dem Grundbuch und dem Liegenschaftskataster ersichtlichen Zugschnitt und Umfang verkaufen will (vgl. Senat, Urteil vom 18.1.2008, V ZR 174/06, ZfIR 2008, 372 Rdnr. 10). Der Wortsinne einer Erklärung – hier der Bezugnahme auf das Grundbuch – ist aber nicht maßgeblich, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien in der Erklärung Begriffe anders als nach dem Wortsinne verstehen, mit Flurstücks- oder Grundbuchangaben andere Vorstellungen über den verkauften Grundbesitz verbinden oder – wie nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hier – bei der Beschreibung eines Sondereigentumsrechts und des ihm zugewiesenen Sondernutzungsrechts eine andere Vorstellung haben, als die dazu in Bezug genommenen Urkunden erwarten lassen. Denn dann handelt es sich bei der Bezeichnung des Sondereigentums im Vertragstext um eine sog. versehentliche Falschbezeichnung (*falsa demonstratio*). Eine solche Falschbezeichnung ändert nach § 133 BGB nichts daran, dass – wie auch sonst – nicht das fehlerhaft Erklärte, sondern das wirklich Gewollte gilt. Dieser Grundsatz ist auch auf formgebundene Rechtsgeschäfte anzuwenden. Der Senat hat das sowohl für den Fall entschieden, dass die Parteien eine Fläche verkaufen wollen, die nicht nur aus dem Grundstück besteht, das dem Verkäufer schon gehört und im Ver-

trag als Kaufgegenstand bezeichnet ist, sondern zusätzlich Teile eines Grundstücks umfasst, das ihm (noch) nicht gehört (Urteil vom 18.1.2008, V ZR 174/06, ZfIR 2008, 372 Rdnr. 12), als auch für den Fall, dass im Vertragstext als Kaufgegenstand das gesamte Grundstück genannt wird, obwohl nur eine bestimmte Teilfläche des Grundstücks (verkauft und) übereignet werden sollte (Urteil vom 7.12.2001, V ZR 65/01, ZfIR 2002, 485, 487). Für den hier gegebenen Fall, dass die Parteien eine Sondereigentumseinheit nebst dazugehörigem Sondernutzungsrecht mit einer verkleinerten Nutzungsrechtsfläche verkaufen wollen, gilt nichts anderes.

22 (2) Es kommt auch nicht darauf an, ob der Wille der Parteien in der Vertragsurkunde einen ausreichenden Niederschlag gefunden hat. Richtig ist zwar, dass das von den Parteien Vereinbarte bei einem – wie hier – formbedürftigen Rechtsgeschäft nach der Rechtsprechung des BGH einen wenigstens andeutungsweisen Niederschlag in der Urkunde gefunden haben muss. Dieses Erfordernis gilt aber bei einer sog. versehentlichen Falschbezeichnung nicht. Hier reicht es aus, wenn das von den Parteien in anderem Sinne verstandene objektiv Erklärte – hier die versehentlich fehlerhafte Bezeichnung der Sondernutzungsrechtsfläche im Vertrag – dem Formerfordernis genügt. Beurkundet ist dann das wirklich Gewollte, nur falsch Bezeichnete (Senat, Urteil vom 18.1.2008, V ZR 174/06, ZfIR 2008, 372 Rdnr. 13 f.). Deswegen kommt es auch nicht darauf an, ob das vom Wortlaut abweichende Verständnis der Bezeichnung des Kaufgegenstands dem Urkundsnotar bekannt ist. Dies wird ihm im Gegenteil typischerweise unbekannt sein, weil er sonst nach § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG den wirklichen Willen der Urkundsbeteiligten erforschen und in der Niederschrift klar und unzweideutig zum Ausdruck bringen müsste.

23 (3) Die Auslegung der dinglichen Einigung durch das Berufungsgericht steht auch nicht im Widerspruch zu dem Grundsatz, dass im Zweifel derjenigen Auslegung der Vorzug gebührt, die die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts vermeidet (BGH, Urteil vom 26.9.2002, I ZR 44/00, BGHZ 152, 153, 158 f.; und vom 17.3.2011, I ZR 93/09, WRP 2011, 1302 Rdnr. 26). Die von dem Berufungsgericht angenommene Übereignung des Sondereigentumsrechts mit der Ordnungsnummer 2 mit einem reduzierten Sondernutzungsrecht entsprechend dem geänderten Lageplan an die Kläger war rechtlich zulässig und hätte unter Beachtung der Vorgaben des WEG in das Grundbuch eingetragen werden können.

24 (a) Sie war allerdings nicht ohne Weiteres im Grundbuch vollziehbar, weil es dazu noch der Änderung der Fläche bedurfte, an der das mit dem Sondereigentum verbundene Sondernutzungsrecht bestehen soll. Die Parteien sind indessen ähnlich wie bei dem Verkauf einer noch zu vermessenden Teilfläche eines Grundstücks (dazu: Senat, Urteile vom 7.12.2001, V ZR 65/01, ZfIR 2002, 485, 487 f.; vom 18.1.2008, V ZR 174/06, ZfIR 2008, 372 Rdnr. 15; und vom 25.1.2008, V ZR 79/07, BGHZ 175, 123 Rdnr. 25) nicht verpflichtet, die dingliche Einigung bis zu der Eintragung der beabsichtigten Änderung des Sondernutzungsrechts in das Grundbuch zurückzustellen. Es genügt, wenn sie die erforderliche Änderung vor der Eintragung herbeiführen und festlegen, wie das geschehen soll.

25 (b) Wie die Sondernutzungsrechtsfläche geändert werden sollte, ergibt sich aus dem geänderten Lageplan vom 27.7.2006, der nach den Feststellungen des Berufungsgerichts Grundlage der Vertragshandlungen, der Verhandlung vor dem Urkundsnotar und der dinglichen Einigung war. Die Änderung der Fläche, an der das Sondernutzungsrecht bestehen sollte, war zwar entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht durch eine „schuldrechtliche Vereinbarung direkt mit dem teilenden Eigentümer“ zu erreichen. Eine solche Vereinbarung bedürfte nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG der Mitwirkung aller Wohnungseigentümer und könnte durch die Einigung des Alleineigentümers aller Sondereigentumseinheiten mit einem Erwerber nicht zustande kommen. Einer solchen Vereinbarung bedurfte es indessen auch nicht. Die beabsichtigte Änderung konnte die Bauträgerin vielmehr durch einseitigen Rechtsakt allein vornehmen. Sie hatte die Sondernutzungsrechte gemäß § 8 Abs. 2 WEG in der Teilungserklärung begründet. Der teilende Eigentümer kann die Teilungserklärung insgesamt und damit auch die darin zum Inhalt des Sondereigentums bestimmten Sondernutzungsrechte im Grundsatz durch eine weitere einseitige Verfügung und deren Eintragung in das Grundbuch ändern (vgl. Senat, Beschluss vom 13.9.2000, V ZB 14/00, BGHZ 145, 133, 136). Das gilt uneingeschränkt, solange er noch Eigentümer aller Sondereigentumsrechte und noch keine Auflassungsvormerkung für einen Erwerber eingetragen ist; danach bedarf er der Zustimmung der Berechtigten der eingetragenen Vormerkungen (BayObLGZ 1974, 217, 219; BayObLG, NJW-RR 1993, 1362, 1363). Eine solche Änderung von Sondernutzungsrechten scheidet erst aus, wenn die werdende Wohnungseigentümergeinschaft entstanden ist (vgl. Senat, Urteil vom 20.1.2012, V ZR 125/11, ZNotP 2012, 179 Rdnr. 11; *Bärmann/Armbrüster*, WEG, 13. Aufl., § 8 Rdnr. 29 a. E.). Die zuletzt genannte Voraussetzung war bei Erklärung der Auflassung noch nicht eingetreten. Deshalb konnte die Bauträgerin die erforderliche Änderung des Sondernutzungsrechts jedenfalls durch einseitige Verfügung – ggf. mit Zustimmung der Berechtigten etwa eingetragener Auflassungsvormerkungen – erreichen.

26 (c) Die beabsichtigte Veränderung der Ausübungsfläche des Sondernutzungsrechts des den Klägern verkauften Sondernutzungsrechts war auch unter Beachtung der Vorgaben des WEG möglich. Danach müssen Sondernutzungsrechte stets einem Sondereigentum zugewiesen sein; isolierte Sondernutzungsrechte ohne eine solche Zuordnung sind ebenso unzulässig wie isolierte Sondereigentumsrechte, die entgegen der Vorschrift des § 6 WEG nicht mit einem Miteigentumsanteil verbunden sind (Senat, Beschlüsse vom 24.11.1978, V ZB 11/77, BGHZ 73, 145, 148 f.; und vom 3.7.2008, V ZR 20/07, NZM 2008, 732 Rdnr. 36; vgl. auch Senat, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 284/14, BGHZ 208, 29 Rdnr. 29). Diese Vorgabe stand einer Verkleinerung der Sondernutzungsfläche des Sondereigentums der Kläger indessen nicht entgegen. Die Bauträgerin konnte die zwischen den Parteien streitige Fläche aus dem Sondernutzungsrecht der Kläger herausnehmen und wieder dem gemeinschaftlichen Gebrauch zuführen oder diese Fläche unter entsprechender Änderung auch dieses Sondernutzungsrechts dem Sondernutzungsrecht der Beklagten zuschlagen. Technisch wäre das in der Weise möglich gewesen, dass die Bauträgerin den ge-

änderten Lageplan mit der erforderlichen einseitigen Änderungserklärung (und etwa erforderlichen Zustimmungen von Vormerkungsberechtigten) bei Vollzug der dinglichen Einigungen mit den Klägern einerseits und den Beklagten andererseits dem Grundbuchamt vorlegte und deren vorherigen Vollzug beantragte.

27 2. Im Ergebnis zutreffend verneint das Berufungsgericht auch einen Anspruch der Kläger aus § 15 Abs. 3 WEG.

28 a) Nach dieser Vorschrift kann jeder Wohnungseigentümer von den anderen einen Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums verlangen, der, soweit hier von Interesse, der Teilungserklärung und den Vereinbarungen der Wohnungseigentümer entspricht. In der Teilungserklärung ist die zwischen den Parteien streitige Teilfläche des gemeinschaftlichen Gartens, wie ausgeführt, dem Sondernutzungsrecht der Kläger zugeordnet. An dieser Zuordnung hat sich bislang nichts geändert. Die Bauträgerin hat den Klägern ihr Sondereigentum zwar nur ohne die streitige Fläche zu Eigentum übertragen. Sie hat die zum Vollzug dieser eingeschränkten dinglichen Einigung erforderlichen Erklärungen zur Veränderung des Sondernutzungsrechts indessen, wenn überhaupt, erst zu einem Zeitpunkt abgegeben, als sie dazu rechtlich nicht mehr in der Lage war. Zu einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG über die Änderung der Sondernutzungsrechte ist es, wie bereits dargelegt, ebenfalls nicht gekommen. Als Folge dessen könnten die Kläger an sich bis zur Durchführung der vorgesehenen Änderung an der Teilungserklärung entsprechenden Gebrauch verlangen (vgl. Senat, Urteil vom 13.7.2012, V ZR 204/11, ZfIR 2012, 744 Rdnr. 9 f. für genehmigungsfähige, aber nicht genehmigte gewerbliche Nutzung einer Wohnung).

29 b) Daran sind die Kläger hier aber gemäß § 242 BGB nach Treu und Glauben gehindert. Sie sind nämlich verpflichtet, mit den Beklagten und dem dritten Wohnungseigentümer an einer Änderung der Teilungserklärung entsprechend den dinglichen Einigungen der Bauträgerin mit ihnen einerseits und den Beklagten andererseits mitzuwirken. Sie würden deshalb Herausgabe und Räumung und Unterlassung der weiteren Benutzung einer Gartenfläche verlangen, die sie nach erfolgter Änderung der Teilungserklärung ihrerseits zu räumen und den Beklagten herauszugeben hätten und nicht mehr benutzen dürften, und sich damit treuwidrig verhalten (vgl. Senat, Urteil vom 5.12.2003, V ZR 447/01, WM 2004, 1551, 1556).

30 aa) Die Wohnungseigentümer können nach der Rechtsprechung des Senats gemäß § 242 BGB in besonders gelagerten Ausnahmefällen verpflichtet sein, die Teilungserklärung auch hinsichtlich der sachenrechtlichen Grundlagen zu verändern (Senat, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 189/11, NJW-RR 2012, 1036 Rdnr. 13). Anerkannt ist ein solcher Anspruch für den Fall, dass wegen des Ausmaßes einer Abweichung der Bauausführung von dem Aufteilungsplan kein Sondereigentum, sondern nur ein – rechtsgeschäftlich nicht begründbarer – sondereigentumsloser Miteigentumsanteil entstanden ist. Aufgrund des bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses sind die Wohnungseigentümer verpflichtet, die Teilungserklärung so zu ändern, dass der mit dem Wohnungseigentumsgesetz unvereinbare Zustand bereinigt und entweder der Miteigentumsanteil aufgelöst oder mit einem Sondereigentum verbunden wird

(Senat, Urteile vom 3.11.1989, V ZR 143/87, BGHZ 109, 179, 185; vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 169; und vom 5.12.2003, V ZR 447/01, WM 2004, 1551, 1553 f.).

31 bb) Eine solche Fallgestaltung liegt hier vor. Mit der Eintragung der Teilungserklärung in das Grundbuch ist ein der Wohnung der Kläger zugeordnetes Sondernutzungsrecht entstanden, das auch die zwischen den Parteien streitige Fläche umfasst. Dieses Sondernutzungsrecht ist den Klägern aber aufgrund der nur eingeschränkten dinglichen Einigung nicht übertragen worden. Die zum Vollzug der eingeschränkten dinglichen Einigung notwendigen und auch möglichen Erklärungen hat die Bauträgerin nicht wirksam abgegeben. Dadurch ist ein Teil des der Wohnung der Kläger zugeordneten Sondernutzungsrechts bei der Bauträgerin verblieben und, da diese das Sondereigentum selbst wirksam an die Kläger übertragen hat, zu einem isolierten Teilsondernutzungsrecht geworden, das das WEG indessen nicht zulässt. Die Parteien – und der dritte Sondereigentümer – sind deshalb aufgrund des zwischen ihnen bestehenden Gemeinschaftsverhältnisses verpflichtet, diesen rechtlich unzulässigen Zustand durch eine Änderung der Teilungserklärung im Rahmen des Zumutbaren zu beenden. Den Maßstab dafür bilden hier die dinglichen Einigungen der Bauträgerin mit den Klägern einerseits und den Beklagten andererseits (vgl. dazu Senat, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, BGHZ 130, 159, 170). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die Fläche danach dem Sondernutzungsrecht zuzuordnen, das mit dem Sondereigentum der Beklagten verbunden ist.

(...)

2. Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum bei zulässiger Wohnnutzung des Teileigentums

OLG München, Beschluss vom 11.11.2016, 34 Wx 264/16

GBO § 19

WEG § 1 Abs. 2, Abs. 3, § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2, Abs. 3

LEITSATZ:

Die Änderung der Teilungserklärung durch Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum bedarf auch dann der Mitwirkung aller Eigentümer, wenn die Gemeinschaftsordnung die Nutzung von Teileigentum zu Wohnzwecken erlaubt. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Unter Bezugnahme auf die Teilungserklärung vom 18.7.1980 und mehrere Nachträge, insbesondere vom 25.8.2015, sind in zwei Teileigentumsgrundbüchern zum einen ein Miteigentumsanteil zu 8,89/1.000 und zum anderen ein solcher von 6,01/1.000, verbunden mit dem Sondereigentum an den gewerblichen Räumen, im Aufteilungsplan mit Nr. 128 bzw. 129 bezeichnet, eingetragen.

2 Die früheren je hälftigen Bruchteilseigentümer beider Einheiten in ihrem damaligen Zuschnitt, die Beteiligten zu 1 und 2, übertragen zu notarieller Urkunde vom 25.8.2015 eine damals der Einheit

Nr. 129 zugewiesene Teilfläche zur Einheit Nr. 128, spalteten gleichzeitig vom „Wohnungs-/Teileigentum Nr. 129“ einen Miteigentumsanteil von 0,91/1.000 ab und übertrugen diesen unter Verbindung mit dem Sondereigentum am „Wohnungs-/Teileigentum Nr. 128“ auf das „Wohnungs-/Teileigentum Nr. 128“. Dabei stellten sie unter Bezugnahme auf die beigefügte geänderte Abgeschlossenheitsbescheinigung und die ebenfalls beigelegte Baugenehmigung je für die Einheiten Nrn. 128 und 129 heraus, dass das jeweilige (laut Teilungserklärung im Erdgeschoss von Haus 6 gelegene) Teileigentum nunmehr (ebenso wie die in den Obergeschossen gelegenen Wohnungen) zu Wohnzwecken genutzt werden dürfe. Die Unterteilung nebst Auflassung wurde ohne Änderung des Nutzungszwecks bei den Einheiten Nrn. 128 und 129 am 5.11.2015 im Grundbuch eingetragen. Die Übereignung des mit der Einheit Nr. 128 verbundenen (geänderten) Miteigentumsanteils auf die Beteiligten zu 3 und 4 gemäß Auflassung vom 27.11.2015 wurde am 30.6.2016 vollzogen.

3 Den zunächst zurückgenommenen Antrag, im Grundbuch das Sondereigentum an den Einheiten Nrn. 128 und 129 aufgrund der Änderung vom 25.8.2015 als Wohnungseigentum auszuweisen, stellte der Urkundsnotar am 18.11.2015/16.12.2015 dahingehend erneut, das Grundbuch in der Weise zu berichtigen, dass die Einheit Nr. 128 nunmehr Wohnzwecken diene. Er hält die Zustimmung der übrigen Mitglieder der Gemeinschaft wegen der in § 1 der Gemeinschaftsordnung (GO; Teil B der Teilungserklärung vom 18.7.1980) enthaltenen Öffnungsklausel für entbehrlich. Diese besagt:

„§ 1 Gebrauchsregelung

1.) Jeder E (= Eigentümer) ist berechtigt, die in seinem Sondereigentum stehenden Räume (...) in einer Weise zu nutzen, die (...) nicht im Widerspruch steht zu nachstehenden Bestimmungen, durch welche das Verhältnis der E untereinander (...) geregelt werden. (...)

2.) Die Wohnungen dürfen grundsätzlich nur für Wohnzwecke verwendet werden; zur Benutzung der Wohnungen für gewerbliche oder freiberufliche Zwecke bedarf es der schriftlichen Zustimmung des Verwalters. Dies gilt nicht für die Wohnungen im Erdgeschoß, sofern für diese eine andere Nutzung behördlich genehmigt wird. (...)

3.) Die Garagen dienen zur Unterstellung von Kraftfahrzeugen und können auch zu anderen Zwecken genutzt werden, soweit dies behördlich genehmigt wird.

4.) Für die übrigen Teileigentumseinheiten ist jede Art und Form der Nutzung zulässig, soweit diese behördlich genehmigt ist.“

4 Den Eintragungsantrag hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 22.2.2016 zurückgewiesen mit der Begründung, dass die für die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum erforderlichen Bewilligungen aller übrigen Wohnungs- und Teileigentümer fehlten. Eine Ermächtigung zur einseitigen Änderung der Zweckbestimmung enthalte die Teilungserklärung – auch nach Auslegung – nicht.

5 Hiergegen wendet sich der Notar namens der Beteiligten zu 1 bis 4 („Beteiligte des Kaufvertrages vom 27.11.2015“) mit der Beschwerde vom 3.5.2016. § 1 Abs. 4 GO sei objektiv so zu verstehen, dass Teileigentum im Fall behördlicher Genehmigung auch zu Wohnzwecken genutzt werden dürfe; folglich solle der Eigentümer einer gewerblichen Einheit zur entsprechenden Änderung der Zweckbestimmung befugt sein. Mit der vorgelegten gesiegelten Baugenehmigung sei die behördliche Genehmigung formgerecht nachgewiesen. Somit bedürfe es der Zustimmung der übrigen Eigentümer der aus 228 Einheiten bestehenden Gemeinschaft zur Änderung der Zweckbestimmung nicht. Der Beschrieb des Sondereigentums im Bestandsverzeichnis und die Bezeichnung des Grundbuchs seien zu ändern.

6 Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen und sich auf den Standpunkt gestellt, dass die öffentlichrechtliche Zulässigkeit der Nutzungsänderung in grundbuchrechtlicher Hinsicht nicht relevant sei.

AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

(...)

9 2. In der Sache kann die beantragte Eintragung – unabhängig davon, ob sie als Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO anzusehen wäre (zum Meinungsstreit siehe *Riecke/Schmid/Schneider*, WEG, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 209 f., 279 f.; siehe auch BGH, FGPrax 2015, 101, 102) – nicht vorgenommen werden, weil die Bewilligung der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer fehlt.

10 a) Bei der vertraglichen Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum (§ 1 Abs. 2 und 3 WEG) nach § 3 Abs. 1 WEG haben die damaligen Miteigentümer durch die Bezeichnung des Raumeigentums als „Wohnungen“ einerseits und „Gewerbliche Einheiten“ andererseits den Nutzungszweck des Sondereigentums mit Vereinbarungscharakter festgelegt (§ 10 Abs. 3, § 15 Abs. 1 WEG).

11 Die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum (und umgekehrt) bewirkt eine Inhaltsänderung des Sondereigentums im Sinne von §§ 873, 877 BGB bei allen Wohnungs- und Teileigentümern (BayObLGZ 1997, 233, 236; BayObLG, NJW-RR 2001, 1163). Als rechtliche Änderung des Bestimmungszwecks der nicht zu Wohnzwecken dienenden Räume in Wohnräume geht sie über eine sich im Rahmen der getroffenen Zweckbestimmung haltende Änderung des tatsächlichen Gebrauchs hinaus (vgl. BGH, ZfIR 2011, 757 Rdnr. 6; OLG Braunschweig, MDR 1976, 1023). Sie bedarf materiellrechtlich gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1, § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG einer Vereinbarung aller Wohnungs- und Teileigentümer und grundbuchrechtlich deren Bewilligung gemäß §§ 19, 29 GBO (BGHZ 73, 150, 152; BGH, NJW-RR 2012, 1036 Rdnr. 9; FGPrax 2015, 101 f.; Senat vom 4.2.2014, 34 Wx 434/13, MittBayNot 2014, 244; *Riecke/Schmid/Schneider*, § 1 Rdnr. 43, § 7 Rdnr. 279, 284). Davon kann nur abgesehen werden, wenn die Mitwirkungsbefugnis der übrigen Wohnungs- und Teileigentümer durch die im Grundbuch eingetragene Gemeinschaftsordnung mit Bindung für die Sondernachfolger (§ 10 Abs. 3 WEG) ausgeschlossen ist (Senat vom 11.11.2013, 34 Wx 335/13, NJW-RR 2014, 528; BayObLGZ 1989, 28, 30 f.; 1997, 233, 236; BayObLG, MittBayNot 1998, 101, 102; NJW-RR 2001, 1163; KG, Rpfleger 2011, 268; OLG Frankfurt, MittBayNot 2015, 474, 475; *Riecke/Schmid/Schneider*, § 1 Rdnr. 45, § 7 Rdnr. 281, 284; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., Anhang zu § 3 Rdnr. 95). Ob nach dem Inhalt des Grundbuchs ein Änderungsvorbehalt besteht, haben das Grundbuchamt und in der Beschwerdeinstanz der Senat eigenständig zu prüfen (BayObLGZ 1974, 217, 219).

12 b) Für die – ggf. auch ergänzende – Auslegung der als Inhalt des Sondereigentums eingetragenen Gemeinschaftsordnung ist auf den Wortlaut und Sinn abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen oder im Grundbuch in Bezug Genommenen ergibt (BGHZ 59, 205, 209; BGH, FGPrax 2015, 101; ZfIR 2016, 719, 721; BayObLGZ 1989, 28, 31).

13 Nach diesem Maßstab ist mit § 1 Abs. 4 GO die Mitwirkung der übrigen Eigentümer bei der Umwandlung von Teil- in

Wohnungseigentum nicht abbedungen. Die Bestimmung beschreibt lediglich das zulässige Maß der tatsächlichen Nutzung im Rahmen der getroffenen Zweckbestimmung; eine Änderung des vereinbarten rechtlichen Nutzungszwecks nimmt sie nicht in den Blick.

14 aa) Ausdrücklich angesprochen ist in § 1 Abs. 4 GO die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum durch Änderung der Zweckbestimmung nicht.

15 Auch ihrem Sinn nach beschränkt sich die Klausel auf die abstrakte Beschreibung der zulässigen gewerblichen oder sonstigen beruflichen Nutzung des Teileigentums. Zwar ist das Maß der zulässigen Nutzung nach dem Wortlaut der Umschreibung („jede Art und Form (...), soweit diese behördlich genehmigt ist“) denkbar weit gefasst, sodass auch eine baubehördlich genehmigte Wohnnutzung von dieser Wendung beinhaltet wäre. Allerdings ergibt sich aus der Klausel in ihrer Gesamtheit, dass der rechtliche Charakter der Einheiten als Teileigentum nicht zur Disposition gestellt ist, denn das zulässige Maß der Nutzung wird ausdrücklich für die „übrigen Teileigentumseinheiten“ definiert. Danach zeigt die im Präsens gehaltene Formulierung lediglich die Breite der zulässigen Nutzung innerhalb der getroffenen Zweckbestimmung als Teileigentum auf. Die Möglichkeit einer künftigen Änderung der rechtlichen Zweckbestimmung hingegen ist bei unbefangener Betrachtung nicht Gegenstand der Regelung.

16 Dass in § 1 Abs. 4 GO eine Befugnis zur einseitigen Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum zum Ausdruck käme, liegt auch unter Berücksichtigung des Gesamtzusammenhangs der in § 1 GO getroffenen Gebrauchsregelungen nicht nahe. In Bezug auf das Wohnungseigentum definiert § 1 Abs. 2 GO die Voraussetzungen für die (tatsächliche) Nutzung von Wohnungen zu gewerblichen oder freiberuflichen Zwecken abhängig von ihrer Lage im Erdgeschoss oder in den Obergeschossen. § 1 Abs. 4 GO stellt sich als spiegelbildliche Regelung der zulässigen tatsächlichen Nutzung für das Teileigentum dar, indem hierfür pauschal der durch behördliche Erlaubnis gezogene Rahmen bestimmt wird.

17 Für die Abgrenzung von Wohnungs- und Teileigentum ist zudem nicht auf die Art der tatsächlichen Nutzung, sondern auf die bauliche Eignung und die getroffene Zweckbestimmung abzustellen (*Riecke/Schmid/Schneider*, § 1 Rdnr. 38). Wenn schon in Bezug auf die Art der zulässigen tatsächlichen Nutzung ausdrückliche und differenzierte Regelungen getroffen werden, ist das Schweigen über eine Befugnis zur einseitigen Änderung der rechtlichen Zweckbestimmung nach nächstliegender Bedeutung ein beredtes Schweigen und eine Bestätigung dafür, dass eine künftige Zweckänderung in Wohnungseigentum von der Befugnis des § 1 Abs. 4 GO nicht umfasst ist. Nach dem Inhalt der getroffenen Gebrauchsregelung liegt es nicht nahe, eine – nicht zum Ausdruck gebrachte – Befugnis zur einseitigen Änderung der rechtlichen Zweckbestimmung von Teileigentum dem Umstand zu entnehmen, dass zur Bezeichnung der zulässigen tatsächlichen Teileigentumsnutzung auf die durch das Erfordernis behördlicher Genehmigung gesteckten Grenzen abgestellt wird.

18 Aus dem übrigen Inhalt der Gemeinschaftsordnung ergibt sich gleichfalls nichts, was als vertraglich vereinbarte

Abweichung von den gesetzlichen Bestimmungen über die Änderung der Teilungserklärung aufgefasst werden könnte. Weder werden etwaige Umbaumaßnahmen mit Blick auf die Ausstattungsanforderungen, die an Wohnungen im Sinne des WEG gestellt werden (vgl. Nr. 4 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 WEG vom 19.3.1974, BAnz 1974, Nr. 58), thematisiert (vgl. hierzu Senat vom 5.7.2013, 34 Wx 155/13, FGPrax 2013, 203; BayObLG ZMR 2000, 468, 470 m. w. N.), noch enthalten die Gemeinschaftsordnung und die vereinbarten Nachträge sonstige Bestimmungen mit Bezug zur Nutzungsthematik.

19 bb) Auch über eine im Grundbuchverfahren nicht gänzlich ausgeschlossene ergänzende Vertragsauslegung, die auf den hypothetischen Willen des Bewilligenden abstellt (vgl. BGH, NJW 2004, 3413; *Demharter*, § 19 Rdnr. 29, § 53 Rdnr. 4), wird kein anderes Ergebnis erzielt.

20 Eine ergänzende Auslegung erscheint schon deshalb unzulässig, weil eine Regelungslücke nicht zweifelsfrei festzustellen ist. Zwar dürfte bei einer größeren Wohnanlage mit einer Vielzahl von Eigentümern die Zustimmung der übrigen Eigentümer nur unter erheblichen praktischen Schwierigkeiten beizubringen sein, sodass eine Erleichterung für die Umwandlung von Teil- in Wohnungseigentum in der schwerpunktmäßig durch Wohnungseigentum geprägten Anlage sinnvoll erscheinen könnte. Auch ist die Bandbreite der zulässigen Nutzung von Teileigentum so weit gefasst, dass fraglich sein kann, ob eine Wohnnutzung bei typisierender, verallgemeinernder Betrachtungsweise geeignet wäre, eine das zulässige Maß überschreitende Beeinträchtigung der übrigen Eigentümer zu bewirken (hierzu BayObLG, NJW-RR 1991, 849, 850; NJW-RR 1996, 1358; OLG Köln vom 27.12.2002, 16 Wx 233/02, juris; *Riecke/Schmid/Schneider*, § 1 Rdnr. 42).

21 Es ist aber keineswegs auszuschließen, dass die übrigen Eigentümer ein rechtliches Interesse an der Beibehaltung der ursprünglichen Zweckbestimmung gerade auch im Hinblick auf die damit verbundene Möglichkeit einer diversifizierten Nutzung innerhalb der Wohnanlage haben. Sie müssten bei Änderung der Zweckbestimmung dauerhaft eine andere Art der Raumnutzung hinnehmen. Die Umwidmung stellt mithin nicht lediglich eine Beschränkung der Nutzungsmöglichkeiten des betroffenen Teileigentümers ohne Einfluss auf die übrigen Eigentümer dar. Die vergleichsweise großzügige Regelung über die zulässige tatsächliche Nutzung kann einen sachgerechten Ausgleich der Eigentümerinteressen bilden, was das Absehen von einer weitergehenden Öffnung der Gemeinschaftsordnung erklärt.

(...)

3. Reichweite einer unterschrifts- beglaubigten Vollmacht

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.8.2015, I-3 Wx 148/15

BGB §§ 167, 133

LEITSÄTZE:

- 1. Die vom Erblasser uneingeschränkt erteilte Vollmacht für die Verwaltung seines Vermögens und alle dafür erforderlichen Rechtshandlungen:** „Sie darf mein Vermögen verwalten und hierbei alle Rechtshandlungen und Rechtsgeschäfte ... vornehmen, Erklärungen aller Art abgeben und entgegennehmen, sowie Anträge stellen, abändern, zurücknehmen, namentlich über Vermögensgegenstände jeder Art verfügen, Zahlungen und Wertgegenstände annehmen, Verbindlichkeiten eingehen, Willenserklärungen bezüglich meiner Konten, ... abgeben. Sie darf mich im Geschäftsverkehr mit Kreditinstituten vertreten (bitte beachten Sie hierzu auch den nachfolgenden Hinweis).“ umfasst sowohl die Aufnahme eines Darlehens, als auch die Bestellung einer Grundschuld – nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung – sowie die Bewilligung von deren Eintragung.
- 2. Sie wird nicht durch den kleingedruckten Text:** „Für Immobiliengeschäfte, Aufnahme von Darlehen sowie für Handelsgewerbe ist eine notarielle Vollmacht erforderlich!“ eingeschränkt, der lediglich als rechtliche Erläuterung des Vollmachtsformulars durch dessen Verfasser und nicht als eine Willenserklärung des Vollmachtgebers zu verstehen ist.

SACHVERHALT:

Mithilfe der vorgenannten notariell beglaubigten Vollmacht beantragte der Beschwerdeführer die Eintragung einer Grundschuld auf einem Grundstück der Vollmachtgeberin. Nach dem Tod der Vollmachtgeberin verlangte der Beschwerdeführer als Alleinerbe der Vollmachtgeberin die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die Eintragung der Grundschuld wegen unwirksamer Vertretung der Vollmachtgeberin bei Grundschuldbestellung. (Sachverhaltszusammenfassung der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

11 II. (...) In der Sache hat die Beschwerde keinen Erfolg. Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs liegen nicht vor. Nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist von Amtswegen ein Widerspruch einzutragen, wenn das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist.

12 Es kann schon nicht festgestellt werden, dass das Grundbuchamt die Grundschuld unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eingetragen hat. Eine Grundbucheintragung setzt – verfahrensrechtlich – grundsätzlich einen Antrag (§ 13 GBO), die Voreintragung des Betroffenen (§ 39 GBO) und schließlich dessen Bewilligung (§ 19 GBO) voraus. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

13 Gemäß § 15 Abs. 2 GBO gilt der Notar zunächst als ermächtigt, im Namen der Erblasserin die Eintragung zu beantragen.

14 Darüber hinaus liegt auch die nach § 19 GBO erforderliche Eintragungsbewilligung der Erblasserin als derjenigen vor, deren Recht von der Eintragung der Grundschuld betroffen wird. Die Bewilligung muss grundsätzlich nicht persönlich abgegeben werden. Sie kann auch von einem Vertreter erklärt werden (KG, NJW-RR 2015, 202; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 19 Rdnr. 74 m. w. N.). Die hier von der Erblasserin erteilte und notariell beglaubigte Vollmacht umfasste sowohl die Aufnahme eines Darlehens als auch die Bestellung einer Grundschuld – nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung – und die Bewilligung von deren Eintragung.

15 Die Vollmacht ist uneingeschränkt erteilt worden für die Verwaltung des Vermögens der Erblasserin und alle dafür erforderlichen Rechtshandlungen. Aus dem Hinweis auf dem vordruckten Vollmachtenformular, für die dort näher bezeichneten Rechtsgeschäfte sei eine notarielle Vollmacht erforderlich, lässt sich nicht herleiten, dass die Erblasserin als Vollmachtgeberin die Vollmacht inhaltlich habe einschränken wollen. Vielmehr ist der kleingedruckte Text lediglich zu verstehen als rechtliche Erläuterung des Vollmachtenformulars durch dessen Verfasser und nicht als eine Willenserklärung des Vollmachtgebers.

16 Die Vollmacht als solche war formfrei, § 167 Abs. 2 BGB – lediglich für die Auflassung, § 925 Abs. 1 BGB oder für die Bindungswirkung des § 873 Abs. 2 BGB wäre eine notarielle Beurkundung der Einigung erforderlich gewesen. Der gemäß § 29 GBO erforderliche Nachweis der zur Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden lag vor.

17 Die Eintragungsbewilligung ist aufgrund ihrer verfahrensrechtlichen Natur eine abstrakte Erklärung. Ihre Wirksamkeit hängt daher nicht von der des (schuldrechtlichen oder dinglichen) Grundgeschäfts ab. Dessen Unwirksamkeit kann aber dazu führen, dass das Grundbuchamt durch die Eintragung unrichtig wird; daran darf das Grundbuchamt nicht mitwirken. Es braucht allerdings das Grundgeschäft grundsätzlich nicht zu prüfen. Es ist andererseits zur Prüfung berechtigt, darf den Eintragungsantrag aber nur dann zurückweisen, wenn es aufgrund der ihm vorliegenden Urkunden oder anderer ihm bekannter Umstände zu der sicheren Überzeugung gelangt, dass das Grundgeschäft nichtig ist und die Nichtigkeit auch das Erfüllungsgeschäft ergreift (*Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 19 f. m. w. N.).

18 Dass das Grundgeschäft hier nicht wirksam gewesen wäre, lässt sich anhand der vorliegenden Urkunden und der bekannten Umstände hingegen gerade nicht feststellen. Wie dargelegt umfasst die Vollmacht inhaltlich auch die Befugnis zu den hier vorgenommenen Rechtsgeschäften; sie bedurfte auch grundsätzlich keiner besonderen Form, § 167 Abs. 2 BGB. Soweit § 492 Abs. 4 BGB für die Vollmacht, die ein Darlehensnehmer zum Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags erteilt, Schriftform vorsieht, war sie hier gewahrt. Die widerrufliche Vollmacht zur Unterwerfung unter die sofor-

tige Zwangsvollstreckung ist ebenfalls nicht formbedürftig (*Palandt/Ellenberger*, § 166 Rdnr. 2; BGH, NJW 2004, 844).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Michael Volmer**, Starnberg

Vorstehender Beschluss des OLG Düsseldorf ist im Ergebnis richtig entschieden. Seine Begründung übergeht aber im entscheidenden Punkt den bisherigen Stand der rechtswissenschaftlichen Diskussion.

Zuletzt begehrte der Beschwerdeführer die Eintragung eines Amtswiderspruchs, gerichtet nicht gegen die Eintragung der Grundschuld insgesamt, sondern gerichtet nur gegen den Vermerk der sofortigen Vollstreckbarkeit.

1. Voraussetzungen des Amtswiderspruchs

Ein Amtswiderspruch ist nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO dann einzutragen, wenn aufgrund Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung in das Grundbuch unrichtig ist und, wie über den Normwortlaut hinaus ergänzt werden muss, dadurch die Gefahr eines gutgläubigen Erwerbs droht.¹ Es ist aber zu Recht anerkannter Meinungsstand, dass sich an die Eintragung der sofortigen Vollstreckbarkeit im Grundbuch (gemäß § 800 ZPO) kein gutgläubiger Erwerb anschließt.² Der Vermerk kann ja beispielsweise keine vollstreckbare Ausfertigung in die Welt setzen. Der Hinweis gemäß § 800 ZPO schafft kein dingliches Recht, sondern vermerkt eine prozessuale Berechtigung. Deswegen war der hier begehrte Amtswiderspruch schon gar nicht eintragungsfähig.

2. Reichweite der erteilten Vollmacht

Stattdessen stellt das OLG Düsseldorf positiv fest, die Bestellung der vollstreckbaren Grundschuld sei von der erteilten Vollmacht gedeckt gewesen. Damit setzt es sich aber in Widerspruch zu bisherigen Aussagen der Grundbuchverfahrenspraxis.

a) Bestand und Wirksamkeit eines abgesicherten Darlehens sind für den Bestand der nicht-akzessorischen Grundschuld ohne Belang. Deswegen ist ohne Bedeutung, ob eine ausgenutzte Belastungsvollmacht auch zur Kreditaufnahme ermächtigen würde. Entgegen der Vermutung des OLG Düsseldorf (Rdnr. 18) deckte hier die Vollmacht eine Kreditaufnahme voraussichtlich nämlich nicht: Sie war zwar beglaubigt-schriftlich erteilt, enthielt aber bei Abfassung gute zwei Jahre vor der Kreditaufnahme gewiss nicht die Pflichtangaben des § 492 Abs. 2, 4 Satz 1 BGB.

- 1 *Demharter*, GBO, 30. Aufl. 2016, § 53 Rdnr. 8; *Meikel/Schneider*, GBO, 11. Aufl. 2014, § 53 Rdnr. 44 und ausdrücklich Rdnr. 65 (Amtswiderspruch nur bei versehentlichem Löschen des § 800 ZPO-Vermerks); *KEHE/Schrandt*, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 53 GBO Rdnr. 11; *Bauer/von Oefele/Meincke*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 53 Rdnr. 28.
- 2 OLG München, Beschluss vom 9.4.1937, Wx 77/37, JFG 15, 259; *KEHE/Schrandt*, § 53 GBO Rdnr. 12; *Meikel/Schneider*, GBO, § 53 Rdnr. 44.

b) Unabhängig davon übersieht das OLG Düsseldorf aber, dass die Grundbuchverfahrenspraxis angesichts der angeblich drohenden erheblichen Benachteiligung des Eigentümers eine ausdrückliche Vollmacht zur Unterwerfung des Pfandbesitzes unter die sofortige Zwangsvollstreckung verlangt.³ Gemessen an diesen Vorgaben war es durchaus erstaunlich, dass das Grundbuchamt die Grundschuld mit Vollstreckbarkeitsvermerk offenbar anstandslos eingetragen hatte. Und diese Vorgaben bildeten auch den Rechtsrahmen für die Beschwerde des Erben. Damit setzt sich das OLG Düsseldorf nicht auseinander.

3. Zurückweisung der aktuellen Grundbuchverfahrenspraxis

Allerdings ist diese Grundbuchverfahrenspraxis inhaltlich zurückzuweisen. Die maßgebliche Belastung des Eigentümers besteht nämlich nicht in der Vollstreckungsunterwerfung als prozessualer Berechtigung, sondern im dinglichen Recht selbst. Zur Not wird (kostenträchtig) geklagt. Das mag eine Alternativüberlegung verdeutlichen: Angenommen, die Erblasserin wäre von der Bank noch zu ihren Lebzeiten auf Duldung der Zwangsvollstreckung verklagt worden. Nun gilt es, wegen Überschreitung der Streitwertgrenze des § 23 GVG einen Anwalt mit der Verteidigung gegen diese Klage zu beauftragen. Ist für die Mandatierung des Anwalts tatsächlich die vorherige Einleitung eines Betreuungsverfahrens erforderlich, weil die allgemeine Generalvollmacht angeblich nicht reicht? Wenn aber der Generalbevollmächtigte auch aufgrund allgemeiner Beschreibung seiner Befugnisse in der erteilten Generalvollmacht den Anwalt mandatieren darf, dann sicher auch mit Vorgaben zur Prozessführung, etwa auf Abgabe eines kostensparenden Anerkenntnisses. Und wenn der Bevollmächtigte den Anwalt auf diese Weise anweisen kann, warum sollte er dann nicht auch außerprozessual einen Titel nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO errichten können? Aus diesem Grund muss entgegen der Grundbuchpraxis keine zur Grundpfandrechtsbestellung ermächtigende Vollmacht die Befugnis zur Vollstreckungsunterwerfung zusätzlich ausdrücklich benennen. Und deswegen war die Beschwerde auch inhaltlich unbegründet.

Diese vertiefte Auseinandersetzung fehlt dem Beschluss leider.

³ OLG Hamm, Urteil vom 13.6.1994, 5 U 44/94, MittRhNotK 1995, 311; OLG Düsseldorf, Urteil vom 21.5.1993, 17 U 74/92, ZIP 1993, 1376; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.4.1988, 3 Wx 86/88, Rpfleger 1988, 357; *Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 28 a. E.; *Bauer/von Oefele/Mayer*, GBO, AT IV Rdnr. 88 (bei Fn. 214).

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

4. Anforderungen an ein Dienstsiegel im Rahmen des Grundbuchverfahrens

BGH, Beschluss vom 14.12.2016, V ZB 88/16 (Vorinstanz: OLG München, Beschluss vom 24.5.2016, 34 Wx 16/16, MittBayNot 2016, 408)

GBO § 29 Abs. 3

LEITSATZ:

Ein lediglich drucktechnisch erzeugtes Behördensiegel genügt den im Grundbuchverfahren geltenden Formanforderungen des § 29 Abs. 3 GBO für ein Behördenersuchen nicht. Erforderlich ist vielmehr eine individuelle Siegelung mit einem Prägesiegel oder einem Farbdrukstempel.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

10 2. Ohne Rechtsfehler geht das Beschwerdegericht davon aus, dass das von der Beteiligte zu 1 drucktechnisch erzeugte Behördensiegel den im Grundbuchverfahren geltenden Formanforderungen des § 29 Abs. 3 GBO für ein Behördenersuchen nicht genügt.

11 a) Ausweislich der Ausführungen des angegriffenen Beschlusses ist das von der Beteiligten zu 1 verwendete Dienstsiegel auf den Ersuchen „drucktechnisch angebracht“ worden. Weitere Feststellungen zu den konkreten Umständen des Siegeldrucks hat das Beschwerdegericht nicht getroffen. Für das Rechtsbeschwerdeverfahren ist deshalb in tatsächlicher Hinsicht von dem ergänzenden Vorbringen in der Rechtsbeschwerde auszugehen. Hiernach soll die Verwendung des Siegels mittels drucktechnischen Eindrucks erfolgt sein. Das Siegel sei zeitgleich mit der Erklärung auf dem Dokument angebracht worden. Die mit forumSTAR erzeugten Reinschriften stellten keine vorgedruckten Formulare dar, sondern Schriftstücke, die einzelfallbezogen erzeugt würden. Bei diesem Verfahren werde eine „elektronische Siegeldatei“, welche durch das Bayerische Hauptmünzamt hergestellt worden sei, in Reinschrift wiedergegeben und ausgedruckt. Aus dieser maschinellen Herstellung des Dienstsiegels folgt im Umkehrschluss, dass eine Siegelung der Ersuchen in Gestalt der „Beidrückung“ eines Prägesiegels (Trockensiegel oder Lack-siegel) oder eines Farbdrukstempels (vgl. hierzu, auch zur Terminologie, *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 29 Rdnr. 47; siehe auch BT-Drucks. 16/12319, S. 30) nicht erfolgt ist.

12 b) Nach § 29 Abs. 3 GBO sind Erklärungen oder Ersuchen einer Behörde, aufgrund deren eine Eintragung vorgenommen werden soll, zu unterschreiben und mit Siegel oder Stempel zu versehen. Dies setzt nach dem derzeit geltenden Recht eine individuelle Siegelung mit einem Prägesiegel oder einem Farbdrukstempel voraus, an der es hier fehlt.

13 aa) Die Voraussetzungen, die an das Anbringen des Siegels oder Stempels zu stellen sind, sind allerdings ausdrücklich weder in der GBO geregelt noch in der ZPO, deren Vorschriften im Insolvenzverfahren gemäß § 4 InsO ergänzend Anwendung finden. Da § 29 Abs. 3 GBO eine bundesrechtliche Vorschrift darstellt, die die formellen Anforderungen für eine Eintragung in das Grundbuch aufgrund eines Behördenersuchens enthält, ist sie anhand des Bundesrechts auszulegen. Ordnen landesrechtliche Vorschriften bei einem identischen Regelungsgehalt eine von dem Auslegungsergebnis abweichende Rechtsfolge an, genießt die bundesrechtliche Vorschrift gemäß Art. 31 GG den Vorrang (vgl. BVerfGE 36, 342, 363; BVerfGE 98, 145, 159). Deshalb kommt es für die zutreffende Auslegung des § 29 Abs. 3 GBO auf die für den Freistaat Bayern maßgeblichen landesrechtlichen Bestimmungen zu Art und Weise der Siegelung (Gesetz über das Wappen des Freistaats Bayern vom 5.6.1950, GVBl. S. 167 – Wap-penG – und die hierzu erlassene Ausführungsverordnung, GVBl. 1999 S. 29 – AWWpG) nicht an. Dass gemäß § 8 Abs. 4 AWWpG für die Siegelung von Schriftstücken, die mithilfe drucktechnischer oder elektronischer Einrichtungen erstellt werden, ein Abdruck des Dienstsiegels maschinell eingedruckt sein oder aufgedruckt werden kann, besagt als solches nichts zu der Frage, ob ein maschinell erzeugtes Siegel auch den Anforderungen des § 29 Abs. 3 GBO genügt. Die für die Behörde jeweils geltenden landesrechtlichen Bestimmungen sind nur insoweit maßgeblich, als es um die konkrete Gestaltung des Siegels oder Stempels und damit um die Frage geht, welches Dienstsiegel mit welcher Aufschrift zur Verwendung gelangt (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 7.2.2014, I-15 W 30/14, juris Rdnr. 15; *Hügel/Otto*, GBO, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 193).

14 bb) Nach bislang – soweit ersichtlich – einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur wird § 29 Abs. 3 GBO dahin ausgelegt, dass es sich bei dem in der Vorschrift genannten Siegel oder Stempel entweder um ein Prägesiegel oder um einen Farbdruckstempel handeln muss und die insoweit erforderliche Beidrückung des Siegels die Vermutung der Ordnungsgemäßheit der Erklärung begründet, d. h. auch der Vertretungsbefugnis des Unterzeichners, sofern die Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit gehandelt hat (vgl. KG, OLGZ 1974, 394, 396; *Meikel/Hertel*, GBO, § 29 Rdnr. 496; *Bauer/von Oefele/Knothe*, GBO, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 144; *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 29 GBO Rdnr. 100; *Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 47). Die Verwendung eines Vordrucks mit einem bereits aufgedruckten Dienstsiegel genüge nicht (vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 201; *Berroth*, BWNotZ 1979, 121). Diese Auslegung entspricht der Entstehungsgeschichte der Norm. Sie wurde aufgrund der Verordnung zur Änderung des Verfahrens in Grundbuchsachen vom 5.8.1935 (RGBl. 1935 I, 1065) eingefügt und damit zu einem Zeitpunkt, als die es die heutigen technischen Möglichkeiten der computergesteuerten Erstellung eines Siegels noch nicht gab.

15 cc) Anlass, abweichend hiervon lediglich drucktechnisch erzeugte Siegel, die – wie hier – beim Ausdruck des Ersuchens programmgesteuert angebracht werden, ausreichen zu lassen, besteht nicht.

16 (1) Mit dem Wortlaut des § 29 Abs. 3 GBO, wonach die Erklärungen oder Ersuchen der Behörde „mit Siegel oder Stempel zu versehen“ sind, wäre eine solche Auslegung allerdings vereinbar. So ist gemäß § 131 Abs. 1 GBO auch der amtliche Ausdruck aus dem in maschineller Form als automatische Datei geführten Grundbuch „mit einem Dienstsiegel oder -stempel zu versehen“. Insoweit reicht es nach allgemeiner Auffassung aus, dass das verwendete Formular bereits mit dem Siegel versehen ist (vgl. *Hügel/Wilsch*, GBO, § 131 Rdnr. 7; *Meikel/Dressler*, GBO, § 131 Rdnr. 14; *KEHE/Püls*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 131 GBO Rdnr. 7; *Demharter*, GBO, § 131 Rdnr. 4). Dementsprechend kann es bei der Herstellung des Ausdrucks durch den Drucker angebracht werden (vgl. § 78 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 GBV). Mit dem Wortlaut des § 29 Abs. 3 GBO übereinstimmende Formulierungen finden sich gleichfalls in anderen bundesrechtlichen Vorschriften (vgl. § 169 Abs. 3 Satz 2 ZPO, § 703b ZPO, § 258 Abs. 2 FamFG). Auch dort wird ein drucktechnisch erzeugter Ausdruck des Gerichtssiegels als ausreichend angesehen (vgl. *Zöller/Stöber*, ZPO, 31. Aufl., § 169 Rdnr. 15 und § 703b Rdnr. 1; *Münch-Komm-ZPO/Häublein*, 5. Aufl., § 169 Rdnr. 14; *PG/Sommer*, ZPO, 8. Aufl., § 703b Rdnr. 2; *Saenger/Kemper*, ZPO, 6. Aufl., § 258 FamFG Rdnr. 4).

17 (2) Eine Übertragung des in den genannten Vorschriften zugrunde gelegten (weiten) Begriffs der Siegelung auf die Vorschrift des § 29 Abs. 3 GBO scheidet jedoch aus. Es handelt sich sämtlich um durch den Gesetzgeber getroffene Sonderregelungen, die eine maschinelle Bearbeitung ermöglichen sollen. Der hiermit bezweckte Vereinfachungs- und Beschleunigungseffekt liefe leer, wenn nicht auch das Dienstsiegel in maschineller Form verwendet werden könnte (vgl. in diesem Sinne auch *Zimmer*, ZfIR 2016, 633). Konsequenterweise bedarf es bei der angeordneten maschinellen Bearbeitung auch keiner Unterschrift des Sachbearbeiters mehr. Diese wird vielmehr durch das vorweg eindruckbare Gerichtssiegel ersetzt (vgl. hierzu beispielsweise die Gesetzesbegründung zur Einführung der maschinellen Bearbeitung des Mahnverfahrens und damit einhergehend der Einfügung des § 703b ZPO, BT-Drucks. 7/2729, S. 47, und die Überlegungen im Gesetzgebungsverfahren im Zusammenhang mit der Einfügung des § 169 Abs. 3 Satz 2 ZPO, BT-Drucks. 17/13948, S. 33, und BT-Drucks. 17/12634, S. 53). Im Verfahren nach der GBO ist die maschinelle Bearbeitung bislang lediglich im Zusammenhang mit der Erteilung von amtlichen Ausdrucken aus dem elektronischen Grundbuch eingeführt worden (§ 131 Abs. 1 GBO). Diese bewusste Entscheidung des Gesetzgebers darf nicht durch eine erweiterte Auslegung des § 29 Abs. 3 GBO unterlaufen werden.

18 (3) Dass die bisherige Interpretation des § 29 Abs. 3 GBO zutreffend ist, ergibt sich – jedenfalls mittelbar – auch aus § 137 Abs. 2 GBO. Werden Erklärungen oder Ersuchen einer Behörde, aufgrund deren eine Eintragung vorgenommen werden soll, als elektronisches Dokument übermittelt, genügt hierfür die qualifizierte elektronische Signatur durch eine einzelne Person. Die Vorschrift überträgt die Regelung des § 29 Abs. 3 GBO auf das Gebiet des elektronischen Rechtsverkehrs. In der Gesetzesbegründung (vgl. BT-Drucks. 16/12319, S. 30) wird zur Rechtfertigung der Vorschrift ausgeführt, dass im Anwendungsbereich des § 29 Abs. 3 GBO für die Vermutung der

Ordnungsgemäßheit der Erklärung genüge, wenn die Urkunde unterschrieben und mit Siegel oder Stempel versehen werde. Das Grundbuchamt habe nicht zu prüfen, ob die Urkunde nach den für die Behörde geltenden Verfahrensvorschriften von mehr als einer Person zu unterzeichnen sei. Die „Beidrückung des Siegels oder Stempels“ begründe für das Grundbuchamt zudem die Vermutung der Vertretungsbefugnis des Unterzeichners, sofern die Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit gehandelt habe. Das Dienstsiegel bzw. der Stempel der Behörde werde durch das qualifizierte Zertifikat oder ein zugehöriges qualifiziertes Attributzertifikat ersetzt, aus dem sich die Zugehörigkeit der signierenden Person zu der Behörde ergebe.

19 Im Umkehrschluss ist daraus zu folgern, dass ein Siegel, das dem Ersuchen nicht „beigedrückt“, sondern nur zusammen mit dem Ersuchen drucktechnisch erzeugt worden ist, den Anforderungen des § 29 Abs. 3 GBO nicht genügt. Nach der Einschätzung des Gesetzgebers ist eine dieser Vorschrift entsprechende Vermutung der Vertretungsbefugnis des Unterzeichners vielmehr erst bei Vorliegen einer qualifizierten Signatur nach dem Signaturgesetz gerechtfertigt. Ein elektronisches Dokument im Sinne des § 137 Abs. 2 GBO hat die Beteiligte zu 1 vorliegend jedoch nicht errichtet.

20 (4) Dass es für ein formwirksames Ersuchen einer Behörde in Sinne des § 29 Abs. 3 GBO neben der Unterschrift der individuellen „Beidrückung“ eines Siegels oder Stempels bedarf, stimmt mit der Auslegung des eine vergleichbare Regelung enthaltenen § 725 ZPO überein.

21 (a) Nach dieser Bestimmung ist die Vollstreckungsklausel der Ausfertigung des Urteils am Schluss beizufügen, von dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen. Insoweit entspricht es nahezu allgemeiner Auffassung, dass die Verwendung eines Formulars mit einem bereits vorgedruckten bzw. nur eingedruckten Dienstsiegel diesen Formanforderungen nicht genügt (vgl. LG Aurich, Rpfleger 1988, 198, 199; LG Hildesheim, Beschluss vom 26.10.2004, 1 T 109/04, juris Rdnr. 3; AG Pankow-Weißensee, Rpfleger 2008, 586; *Zöller/Stöber*, ZPO, § 725 Rdnr. 3; MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner*, 5. Aufl., § 725 Rdnr. 3; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 725 Rdnr. 8; *Wieczorek/Schütze/Paulus*, ZPO, 4. Aufl., § 725 Rdnr. 31; *BeckOK-ZPO/Ulrici*, 21. Edition, § 725 Rdnr. 15; *PG/Kropfenberg*, ZPO, § 725 Rdnr. 1; *Baumbach/Hartmann*, ZPO, 74. Aufl., § 725 Rdnr. 4).

22 (b) Der Einwand, diese Rechtsprechung bzw. Literatur sei im Streitgegenständlichen Zusammenhang nicht einschlägig, weil es sich bei ihren Ersuchen nicht um „vorgedruckte Formulare“ handele, das Dienstsiegel sei vielmehr programmgesteuert zeitgleich mit der Erklärung auf dem Dokument angebracht worden, trägt nicht. Auch ein solches Siegel genügt den Anforderungen des § 725 ZPO nicht. In der Rechtsprechung (vgl. LG Aurich, Rpfleger 1988, 198, 199) wird zu Recht darauf verwiesen, dass die „Beidrückung“ des Dienststempels eine besondere Sicherungsmaßnahme darstellt und dem Vollstreckungsorgan die zuverlässige Gewissheit darüber verschafft, der zuständige, weil zur Führung des regelmäßig verschlossen zu haltenden Siegels berechnete Beamte habe die Bescheinigung erteilt. Verstärkt wird diese Authentizitätsfunktion des Siegels noch dadurch, dass die Dienstsiegel

üblicherweise fortlaufend zu nummerieren sind (vgl. zum Beispiel § 6 Abs. 2 AWWpG) und bei Abhandenkommen für kraftlos erklärt werden können. Einem bloß drucktechnisch erzeugten Behördensiegel kommt demgegenüber aufgrund der derzeitigen Einschätzung des Gesetzgebers kein vergleichbarer Beweiswert zu (vgl. LG Hildesheim, Beschluss vom 26.10.2004, 1 T 109/04, juris Rdnr. 3). Soll gleichwohl aufgrund einer weithin maschinellen Bearbeitung der Computer- oder Formulare Druck eines Siegels im Rahmen des § 725 ZPO ausreichen, bedarf es einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, wie dies etwa in § 703b ZPO erfolgt ist, nicht jedoch für den Regelungsbereich des § 725 ZPO (vgl. LG Hildesheim, Beschluss vom 26.10.2004, 1 T 109/04, juris Rdnr. 3; siehe auch MünchKomm-ZPO/*Wolfsteiner*, § 725 Rdnr. 3).

23 (c) Eine unterschiedliche Interpretation des „Versehens mit einem Dienstsiegel“ im Sinne des § 725 ZPO einerseits und im Sinne des § 29 Abs. 3 GBO andererseits ist nicht gerechtfertigt. In beiden Fällen soll die Siegelung – zusammen mit der Unterschrift – eine gesteigerte Gewähr für die Echtheit des Dokuments bieten, weil der Gesetzgeber den von den Normen geschützten Rechtsgütern eine besondere Bedeutung beimisst. Ohne eine gemäß §§ 724, 725 ZPO erteilte vollstreckbare Ausfertigung darf ein Vollstreckungsorgan grundsätzlich keine Vollstreckungsmaßnahme durchführen. Die Einhaltung der Formerfordernisse des § 29 Abs. 3 GBO trägt dazu bei, die Richtigkeit des Grundbuchs und damit die Sicherheit des grundbuchbezogenen Rechtsverkehrs zu gewährleisten.

24 (5) Diese Auslegung wird bestätigt durch die Regelung in § 317 Abs. 4 ZPO. Hiernach ist die Ausfertigung eines Urteils von dem Urkundsbeamten der Geschäftsstelle zu unterschreiben und mit dem Gerichtssiegel zu versehen. Eine Ausfertigung ist eine in gesetzlich bestimmter Form gefertigte Abschrift, die dem Zweck dient, die bei den Akten verbleibende Urschrift nach außen zu vertreten. Durch die Ausfertigung soll dem Zustellungsempfänger die Gewähr der Übereinstimmung mit der bei den Akten verbleibenden Urteilsurschrift geboten werden. Der Ausfertigungsvermerk bezeugt als eine besondere Art der Beurkundung, dass die Ausfertigung mit der Urschrift des Urteils übereinstimmt. Daher verlangt das Gesetz in § 317 Abs. 4 ZPO die Einhaltung einer besonderen Form (vgl. BGH, Beschluss vom 9.6.2010, XII ZB 132/09, NJW 2010, 2519 Rdnr. 7; siehe auch BT-Drucks. 17/12634, S. 30). Dass auch diese Form ebenso wie diejenige des § 29 Abs. 3 GBO durch ein maschinell angebrachtes Siegel nicht gewahrt wird, ergibt sich mittelbar aus der mit dem Gesetz zur Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten vom 10.10.2013 (BGBl. 3736 I) neu eingefügten Vorschrift des § 169 Abs. 3 Satz 1 und 2 ZPO. Eine Abschrift kann hier auch durch maschinelle Bearbeitung beglaubigt werden, wobei anstelle der handschriftlichen Unterschrift die Abschrift mit dem Gerichtssiegel zu versehen ist. Ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien sollte durch diese Bestimmung nach dem Vorbild des § 703b Abs. 1 ZPO das vorweg eindruckbare Gerichtssiegel als Authentizitätsnachweis ausreichen.

Das Verfahren zur Erteilung von (Papier-)Ausfertigungen soll hiervon allerdings unberührt bleiben (vgl. Gegenäußerung der Bundesregierung zu der Stellungnahme des Bundesrates

BT-Drucks. 17/12634, S. 53; Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 12.6.2013, BT-Drucks. 17/13948, S. 33 f.). Da sich die durch § 169 Abs. 3 Satz 2 ZPO ermöglichte Erleichterung auf Abschriften beschränkt, genügt ein nur programmgesteuertes Eindringen des Dienstsiegels für die Erteilung von Ausfertigungen nicht. Es stellte einen Wertungswiderspruch dar, die formalen Anforderungen an das Versehen mit einem Dienstsiegel oder Stempel im Rahmen des § 29 Abs. 3 GBO abweichend von denjenigen des § 317 Abs. 4 ZPO zu definieren.

25 (6) Schließlich rechtfertigt der Hinweis der Rechtsbeschwerde, die von § 29 Abs. 3 GBO bezweckte Authentizitätsfunktion des Siegels werde auch durch ein elektronisch erzeugtes Siegel gewahrt, jedenfalls sei die Siegelung mittels eines herkömmlichen Siegels nicht fälschungssicherer als das drucktechnisch bereits angebrachte Siegel (vgl. in diesem Sinne auch *Zimmer*, ZfIR 2016, 633, 634), keine abweichende Beurteilung.

26 (a) Zweck des § 29 Abs. 3 GBO ist, dem Grundbuchamt die oft schwierige Prüfung zu ersparen, ob die für die ersuchende Behörde geltenden Verfahrens- und Formerfordernisse eingehalten und die für die Behörde handelnden Bediensteten zum Handeln befugt sind. Ist danach die Urkunde der öffentlichen Behörde unterschrieben und mit Siegel oder Stempel der Behörde versehen, begründet dies für das Grundbuchamt die Vermutung der Ordnungsgemäßheit der Erklärung, sofern die Behörde im Rahmen ihrer Zuständigkeit gehandelt hat (vgl. BayObLG, Rpfleger 1978, 141; OLG Dresden, NJW-RR 2016, 140 Rdnr. 10; OLG Frankfurt, NVwZ-RR 2010, 651, 652; OLG Düsseldorf, MittBayNot 2004, 261; OLG Zweibrücken, FGPrax 2001, 10 f.; KG, OLGZ 1974, 394, 396; *Hügel/Otto*, GBO, § 29 Rdnr. 193; *Meikel/Hertel*, GBO, § 29 Rdnr. 489; *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, § 29 GBO Rdnr. 100; *Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 45). Die Vorschrift dient damit dem Schutz des Grundbuchamts und der Erleichterung seiner Arbeit. Insbesondere die Prüfung der für die jeweilige Behörde geltenden Formvorschriften soll entfallen.

27 (b) Wie die obigen Ausführungen zeigen, differenziert der (Bundes-)Gesetzgeber. Ist der elektronische Rechtsverkehr eingeführt, tritt an die Stelle der Formerfordernisse des § 29 Abs. 3 GBO das Erfordernis einer qualifizierten elektronischen Signatur (vgl. § 137 Abs. 2 GBO). Verlangt eine Vorschrift außerhalb des elektronischen Rechtsverkehrs, dass ein Dokument mit einem Siegel oder Stempel zu versehen ist, bedarf es einer individuellen Siegelung mit einem Prägesiegel oder einem Farbdruckstempel. Eine Ausnahme hiervon gilt nur dann, wenn der Gesetzgeber ein elektronisch oder drucktechnisch erzeugtes Siegel als ausreichend erachtet, die mit der Anbringung eines Siegels bezweckte Authentizitätsfunktion zu gewährleisten. Eine solche Regelung ist im Zusammenhang mit den formalen Anforderungen eines Behördensuchens im Sinne des § 29 Abs. 3 GBO nicht getroffen worden.

28 An diese typisierende Betrachtungsweise des Gesetzgebers kann und muss sich der Rechtspfleger bei der Prüfung, ob das Eintragungsersuchen formgerecht gestellt ist, halten. Deshalb ist der Hinweis der Beteiligten zu 1, die Authentizität sei bei den hier gestellten Ersuchen sichergestellt, weil Voraussetzung für den Zugriff sei, dass sich der Anwender

über die Zugangsbeschränkungen des EDV-Systems forum-STAR anmelde, also nur befugte Personen einen solchen Siegel ausdruck erstellen könnten, rechtlich unerheblich. Entsprechendes gilt für die Überlegung, nach dem aktuellen Stand der Technik könne auch ein herkömmliches Siegel gefälscht werden. Die von der Beteiligten zu 1 gewünschte Gleichstellung eines drucktechnisch erzeugten Siegels mit einem Prägesiegel oder einem Farbdruckstempel könnte nur der Bundesgesetzgeber durch eine Änderung des § 29 Abs. 3 GBO herbeiführen.

(...)

5. Vormerkung unter auflösender Bedingung einer notariellen Eigenurkunde

KG, Beschluss vom 11.10.2016, 1 W 337/16, mitgeteilt von **Renate Noack**, Richterin am KG

BGB § 158 Abs. 2, § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2

LEITSATZ:

Es ist rechtlich möglich, eine Vormerkung unter die auflösende Bedingung zu stellen, dass beim Grundbuchamt eine Erklärung des Urkundsnotars eingereicht wird, der gesicherte Anspruch bestehe nicht.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Die Zwischenverfügung ist nicht gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO veranlasst. Das Grundbuchamt darf eine gemäß § 19 GBO, § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB bewilligte Vormerkung nur beanstanden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass das Grundbuch durch die Eintragung im Sinne von § 894 BGB unrichtig würde, oder wenn die Eintragung im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO nach ihrem Inhalt unzulässig wäre. Das ist nicht der Fall. Es ist rechtlich möglich, eine Vormerkung unter die auflösende Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB) zu stellen, dass beim Grundbuchamt eine Erklärung des beurkundenden Notars eingereicht wird, der gesicherte Anspruch bestehe nicht.

2 Die vom Grundbuchamt herangezogenen Ausführungen von *Jurksch* (Rpfleger 2016, 131 f.) sind teilweise nicht einschlägig – auflösende Bedingung ist hier nicht der Lösungsantrag selbst – und im Übrigen nicht zutreffend. Es bedarf keiner Erörterung, ob das Fortbestehen einer Vormerkung nach § 883 Abs. 1 BGB von einer sog. Wollensbedingung abhängig gemacht werden kann (vgl. *Staudinger/Gursky*, Neubearb. 2012, § 873 Rdnr. 123 zu dinglichen Rechten, und Neubearb. 2013, § 883 Rdnr. 201 zum Inhalt des gesicherten Anspruchs). Eine Wollensbedingung liegt vor, wenn die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts (hier des Sicherungsmittels eigener Art) an die Erklärung einer der beiden Vertragsparteien geknüpft wird, die in ihrem freien Belieben steht (*Staudinger/Gursky*, § 873 Rdnr. 122). Vorliegend steht das Erlöschen der Vormerkung aber nicht nur im bloßen Willen des Verpflichteten. Erforderlich ist eine Erklärung des Urkundsnotars, also die Handlung

eines Dritten. In der Erklärung des Notars ist auch nicht deshalb eine Wollensbedingung zu sehen, weil der Verkäufer ihn nach seinem Belieben zur Abgabe anweisen könnte. Vielmehr haben die Parteien des Kaufvertrags dem Notar übereinstimmend die einseitig nicht widerrufbare Weisung erteilt, die Erklärung nur unter bestimmten Voraussetzungen abzugeben.

3 Die Anweisung, die dem Formulierungsvorschlag von *Krauß* (Immobilienverträge in der Praxis, 7. Aufl., Rdnr. 1068) entspricht und nach ihrem Wortlaut nur den Löschantrag erfasst, gilt nach dem Gesamtzusammenhang auch für die Abgabe der Erklärung, dass der gesicherte Anspruch nicht bestehe. Danach bedarf es neben der Rücktrittserklärung und dem Löschantrag des Verkäufers auch eines Verhaltens des Käufers: Der Notar darf die Erklärung nur abgeben, wenn der Käufer den Nachweis der Kaufpreiszahlung oder Klageeinreichung unterlässt. Eine solche Potestativbedingung ist zulässig (vgl. BGH, NJW 2002, 2461, 2462 f. zum gesicherten Anspruch).

4 Aus den gleichen Gründen widerspricht die bewilligte Eintragung auch nicht dem Sicherungszweck einer Vormerkung. Ob die Regelungen des Kaufvertrags ausgewogen oder sinnvoll erscheinen, ist vom Grundbuchamt nicht zu prüfen. Weiter ist es unerheblich, dass die Löschung der Vormerkung ggf. ohne verfahrensrechtliche Erklärung des Käufers erfolgen kann. Die Vormerkung wird aufgrund einseitiger Bewilligung des Verkäufers eingetragen, der befugt ist, das Sicherungsmittel zu befristen oder unter eine auflösende Bedingung zu stellen. Ist – wie hier – nur die Vormerkung, nicht auch der gesicherte Anspruch auflösend bedingt, erlischt (nur) die Vormerkung mit dem Eintritt der Bedingung entsprechend § 158 Abs. 2 BGB; die Löschung kann gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO erfolgen (vgl. BGH, NJW 1992, 1683, 1684), wenn der Unrichtigkeitsnachweis in der Form des § 29 Abs. 1 GBO möglich ist. Das ist hier der Fall, da die auflösende Bedingung nicht in dem Erlöschen des gesicherten Anspruchs, sondern in der Vorlage einer bloßen Erklärung des Notars besteht. Für diese ist § 29 Abs. 1 GBO durch eine notarielle Beurkundung oder (im Rahmen des § 24 Abs. 1 BNotO) durch eine unterschriebene und gesiegelte Eigenurkunde des Notars gewahrt.

5 Ergänzend wird auf die zutreffende Argumentation des DNotI (DNotI-Report 2016, 61 ff.) und von *Weber* (Rpfleger 2016, 460 ff.) verwiesen.

ANMERKUNG:

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

1. Klauseln zur Löschung von Auflassungsvormerkungen

Klauseln zur Löschung von Auflassungsvormerkungen gehören zum Standardrepertoire der Vertragsgestaltung beim Immobilienkauf. Gängig sind vor allem die Schubladenlöschungsbewilligung¹ und die Löschungsvollmacht². Wäh-

1 Vgl. *Kersten/Bühling/Basty*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 32 Rdnr. 119 M.

2 Vgl. Beck'sches Notarhandbuch/*Everts*, 6. Aufl. 2015, A I Rdnr. 426.

rend der Erwerber im ersten Fall eine Bewilligung zur Löschung der Vormerkung in der Erwerbssurkunde erklärt und diese mit einer Vorlage- und Ausfertigungssperre verknüpft, bevollmächtigt der Erwerber im zweiten Fall den Notar, die Löschung der Auflassungsvormerkung in seinem Namen zu bewilligen. In einer Anweisung legen die Beteiligten im Innenverhältnis die Voraussetzungen fest, unter denen der Notar die Vormerkung zur Löschung bringen soll. Klauseln zur Löschung der Auflassungsvormerkung sind dem Grunde nach zulässig und halten innerhalb gewisser Grenzen auch einer AGB-Kontrolle stand.³

In jüngerer Zeit hat sich mit der auflösend bedingten Auflassungsvormerkung eine weitere Gestaltungsvariante etabliert. Die auflösende Bedingung liegt darin, dass der beurkundende Notar die Löschung der Vormerkung in einer Eigenurkunde beantragt⁴ bzw. in einer Eigenurkunde erklärt, dass der gesicherte Anspruch nicht mehr besteht.⁵

Die auflösend bedingte Auflassungsvormerkung führt auch in den Fällen zum Ziel, in denen Schubladenlöschungsbewilligung und Löschungsvollmacht versagen: Dies gilt etwa in der Käuferinsolvenz. Die auflösend bedingte Vormerkung ist im Gegensatz zu den anderen Gestaltungsvarianten (vgl. §§ 80 f., 117 InsO) insolvenzfest.

Lässt sich dem Grundbuchamt nicht in der Form des § 29 GBO nachweisen, dass der Vormerkungsberechtigte existiert und ordnungsgemäß vertreten wurde, helfen Löschungsvollmacht und Löschungsbewilligung nicht weiter.⁶ Bei der auflösend bedingten Vormerkung ist ein solcher Nachweis nicht erforderlich. Es genügt die notarielle Eigenurkunde in öffentlicher Form.

Die auflösend bedingte Vormerkung ist außerdem das Mittel der Wahl, wenn der Vormerkungsberechtigte an der Urkunde nicht mitwirkt und gar keine Löschungsbewilligung oder Vollmacht erklären kann, etwa im Falle eines vormerkungsgesicherten Angebots.⁷

2. Zulässigkeit der auflösend bedingten Auflassungsvormerkung

Gegenstand der Entscheidung des KG ist die Frage, ob eine auflösend bedingte Auflassungsvormerkung zulässig und eintragungsfähig ist. In dem zugrundeliegenden Fall stand die Vormerkung unter der auflösenden Bedingung, dass beim Grundbuchamt eine Erklärung des Urkundsnotars eingereicht wird, der gesicherte Anspruch bestehe nicht. Das KG hält eine solche Vormerkung für zulässig. Damit liegt das

3 Vgl. BGH, Beschluss vom 1.10.2015, V ZB 171/14, DNotZ 2016, 151; hierzu *Heinemann*, ZfR 2016, 108 f.; *Szalai*, NotBZ 2016, 106 f.; *Weber*, DNotZ 2016, 85 ff.

4 *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2015, Rdnr. 1065.

5 *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1068.

6 *Kessler*, MittBayNot 2015, 505, 506; KG, Beschluss vom 4.11.2014, 1 W 247-248/14, MittBayNot 2015, 331, 332; *Heckschen/Heidinger/Heckschen*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 3. Aufl. 2013, § 3 Rdnr. 17.

7 Münchener Vertragshandbuch/*Langenfeld/Hertler*, Band 5, 7. Aufl. 2013, Muster I. 15a Anm. 10.

Gericht auf der Linie der ganz herrschenden Meinung in der Literatur.⁸ Auch das OLG Schleswig hat die auflösend bedingte Auflassungsvormerkung in einer kürzlich ergangenen Entscheidung anerkannt.⁹ Damit liegen nunmehr zwei obergerichtliche Entscheidungen vor, auf die sich die Gestaltungspraxis stützen kann. Im Fall des OLG Schleswig lag die auflösende Bedingung nicht in einer Erklärung des Notars über das Erlöschen des Anspruchs, sondern in einem gesiegelten Löschantrag des beurkundenden Notars.

Die Argumentationslinien verlaufen in beiden Gestaltungsvarianten parallel: Die Bedingung ist keine unzulässige Wollensbedingung. Die Anweisung an den Notar ist im Innenverhältnis nach allen gängigen Mustern so ausgestaltet, dass der Erwerber die Löschung der Vormerkung noch verhindern kann (zum Beispiel durch die Erklärung eines Widerspruchs, durch die Darlegung von Gründen, dass der vormerkungsgesicherte Anspruch weiterhin besteht oder zumindest durch die Erhebung einer Klage).¹⁰ Es liegt nicht in der alleinigen Macht des Veräußerers, die Vormerkung zur Löschung zu bringen. Aus diesem Grund ist die auflösende Bedingung auch mit dem Sicherungsscharakter der Vormerkung vereinbar.

Die auflösende Bedingung führt auch nicht zu einer Umgehung der Nachweisanforderungen des § 29 Abs. 1 GBO. Die Beteiligten können zwar § 29 Abs. 1 GBO nicht abbedingen. Es ist ihnen jedoch unbenommen, materiellrechtlich die Erklärung eines Dritten zur auflösenden Bedingung eines Rechts zu machen.¹¹ Liegt diese Erklärung dem Grundbuchamt in öffentlicher Form vor, ist den Nachweisanforderungen des § 29 Abs. 1 GBO Genüge getan.

Die obergerichtliche Rechtsprechung gibt grünes Licht für die auflösend bedingte Auflassungsvormerkung und folgt damit der ganz herrschenden Meinung in der Literatur.¹²

3. Formulierungsvorschlag

Wer seine Formulareammlung um diesen Gestaltungsvorschlag ergänzen möchte, kann sich an folgendem Muster orientieren:

Zur Sicherung des Anspruchs auf Übereignung bewilligen und beantragen die Vertragsparteien die Eintragung einer Auflassungsvormerkung für den Erwerber im angegebenen Erwerbsverhältnis. Die Auflassungsvormerkung ist auflösend bedingt. Die Bedingung tritt ein, wenn der Notar

durch notarielle Eigenurkunde beim Grundbuchamt die Löschung der Vormerkung beantragt, es sei denn, dass er zugleich den Antrag auf Eigentumsumschreibung stellt. Unwiderruflich weisen Veräußerer und Erwerber den Notar hierzu an, wenn

- der Veräußerer den Notar schriftlich zur Löschung aufgefordert und ihm mitgeteilt hat, dass er wirksam vom Vertrag zurückgetreten ist oder der Anspruch auf Eigentumsverschaffung aus sonstigen Gründen nicht mehr besteht;
- der Notar durch Einwurf-Einschreiben dem Erwerber diese Mitteilung an dessen zuletzt genannte Adresse übersandt, ihn auf seine Widerspruchsmöglichkeiten hingewiesen sowie einen zweiten Zustellungsversuch unternommen hat, falls das Einwurf-Einschreiben als unzustellbar zurückgeschickt worden sein sollte;
- nicht innerhalb von sechs Wochen nach dem Datum der letzten Mitteilung dem Notar ein Schreiben des Erwerbers zugeht, in dem dieser der Löschung der Vormerkung widersprochen hat.

Die Auflassungsvormerkung ist Zug-um-Zug gegen Rückzahlung von Kaufpreiszahlungen zu löschen, die der Erwerber dem Notar innerhalb der vorgenannten Frist von sechs Wochen nachweist.¹³

Der Notar hat dem Erwerber eingehend erläutert, welche Gefahren mit der Löschung der Vormerkung verbunden sind. Der Erwerber sollte dem Notar unbedingt eine Änderung seiner Adresse mitteilen. Den Notar treffen insoweit keine Nachforschungspflichten.

Der Erwerber bewilligt die Löschung der Auflassungsvormerkung zugleich mit dem Antrag auf Eigentumsumschreibung [...].

4. Sonstige Anwendungsmöglichkeiten der notariellen Eigenurkunde

Die notarielle Eigenurkunde kann auch bei sonstigen beschränkten dinglichen Rechten als auflösende Bedingung eingesetzt werden, um den Beteiligten Nachweisprobleme zu ersparen. Denkbar ist dies etwa im Zusammenhang mit Wohnungsrechten (§ 1093 BGB), wenn das Wohnungsrecht nach dem dauerhaften Auszug des Berechtigten zu löschen ist. Das Wohnungsrecht kann unter der auflösenden Bedingung bestellt werden, dass eine Eigenurkunde des beurkundenden Notars oder dessen Amtsnachfolgers beim Grundbuch mit dem Inhalt eingeht, dass das Wohnungsrecht zu löschen ist.¹⁴ Zur Errichtung und Einreichung der Eigenurkunde beim Grundbuchamt kann der Notar im Innenverhältnis vom Eigentümer und dem Berechtigten angewiesen werden, wenn bestimmte Voraussetzungen vor-

⁸ Meikel/Hertel, GBO, 11. Aufl. 2015, § 29 Rdnr. 143; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1065; DNotI-Report 2016, 61, 62 m. w. N.; a. A. nur Jurksch, Rpfleger 2016, 131; ders., Rpfleger 2016, 464.

⁹ OLG Schleswig, Beschluss vom 27.7.2016, 2 Wx 55/16, DNotI-Report 2016, 121; zust. BeckOK-GBO/Otto, Stand: 1.11.2016, § 29 Rdnr. 129.

¹⁰ Vgl. zu den Gestaltungsvarianten im Einzelnen Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1059 ff.; Weber, RNotZ 2015, 195, 198 f.

¹¹ OLG Schleswig, Beschluss vom 27.7.2016, 2 Wx 55/16, DNotI-Report 2016, 121, 122; OLG München, Beschluss vom 18.12.2012, 34 Wx 452/12, DNotZ 2013, 444 f.; DNotI-Report 2016, 61, 62.

¹² Vgl. Fn. 8.

¹³ Zur näheren Ausgestaltung der Abwicklung Zug-um-Zug kann man eine ergänzende Regelung treffen, vgl. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 1060 (Anderkontenlösung); Weber, RNotZ 2015, 195, 212 (Direktzahlung).

¹⁴ Vgl. Schulze/Grziwotz/Lauda/Kroier, BGB, § 1093 Rdnr. 14; Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Aufl. 2015, Rdnr. 1067, 3659, 1958; Harryers, RNotZ 2013, 1, 23.

liegen. Man könnte hier etwa an die Vorlage eines ärztlichen Attests denken, wonach dem Berechtigten aus gesundheitlichen Gründen die Nutzung der Wohnung auf Dauer mit großer Wahrscheinlichkeit nicht möglich sein wird.¹⁵ Der Vorzug der Variante der auflösenden Bedingung liegt darin, dass eine Löschung des Wohnungsrechts bei einem geschäftsunfähigen Berechtigten auch ohne dessen Mitwirkung möglich bleibt. Als gleichermaßen sinnvolle Alternative können sich Vollmachten für Dritte oder den Eigentümer mit entsprechenden Beschränkungen im Innenverhältnis anbieten.¹⁶

Die auflösende Bedingung muss aber nicht in der notariellen Eigenurkunde liegen, sondern kann auch eine sonstige öffentliche Urkunde betreffen. Soll ein Wegerecht (§ 1018 BGB) unter der Bedingung erlöschen, dass das herrschende Grundstück durch eine öffentliche Zufahrt anderweitig erschlossen ist, so lässt sich der Eintritt der Bedingung grundbuchtauglich nicht nachweisen.¹⁷ Grundbuchtauglich ist demgegenüber eine auflösende Bedingung mit dem Inhalt, dass dem Grundbuchamt eine Bestätigung des Trägers der Straßenbaulast in der Form des § 29 Abs. 3 GBO vorliegt, wonach das Grundstück durch eine öffentliche Zufahrt erschlossen ist.

15 Vgl. *Krauß*, Vermögensnachfolge in der Praxis, Rdnr. 1067.

16 Vgl. hierzu ausführlich *Spernath*, MittBayNot 2012, 449, 452 ff.

17 OLG München, Beschluss vom 7.10.2016, 34 Wx 256/16, MittBayNot 2017, 248 (in diesem Heft).

6. Nachweis des Bedingungseintritts für die Löschung eines bedingten Geh- und Fahrrechts

OLG München, Beschluss vom 7.10.2016, 34 Wx 256/16, mitgeteilt von **Edith Paintner**, Richterin am OLG München

BGB § 158

GBO § 22 Abs. 1 Satz 1, § 29

LEITSÄTZE:

1. **Die nur unter Bezugnahme auf die Bewilligung vorgenommene Eintragung eines auflösend bedingt vereinbarten Rechts führt materiellrechtlich nicht zum Wegfall der Bedingung, sondern zur Unrichtigkeit des Grundbuchs insoweit, als dieses im Widerspruch zur materiellrechtlichen Einigung ein unbedingtes Recht verlaubar.**
2. **Bezeugende Urkunden einer Gemeinde können zum Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit (nur) herangezogen werden, wenn die Darlegung der in ihr bezeugten Umstände in der amtlichen Zuständigkeit der Gemeinde liegt. Eine beurkundete Sachverhaltsfeststellung kann daher nichts zu der Frage bezeugen, ob ein Grundstück durch eine Straße tatsächlich eine Zufahrt erhalten hat.**

SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte, eine bayerische Gemeinde, ist als Eigentümerin von Grundbesitz im Grundbuch eingetragen. Mit Urkunde von 1998 hatte ein Voreigentümer ein Geh- und Fahrrecht bewilligt, das erlöschen sollte, wenn das herrschende Grundstück eine Zufahrt über eine öffentliche Verkehrsfläche erhält. Dieses Recht ist in Abteilung II unter Ifd. Nr. 9 wie folgt eingetragen: „Grunddienstbarkeit (Geh- und Fahrrecht) für den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks FINr. X; gemäß Bewilligung vom (...)“.

2 Mit gesiegelter und von der 1. Bürgermeisterin unterschriebener Erklärung versicherte die Beteiligte 2015, dass „die öffentliche Verkehrsfläche, über die eine Zufahrt zum herrschenden Grundstück möglich ist, hergestellt“ sei. Unter Verweis auf diese Erklärung beantragte sie die Löschung der Grunddienstbarkeit mit der Begründung, dass die auflösende Bedingung eingetreten sei. Zum weiteren Nachweis des Bedingungseintritts legte sie einen Lageplan aus dem Liegenschaftskataster vor, aus dem ein am herrschenden Grundstück in der Art einer Straße entlangführendes und dessen Grenze berührendes Grundstück zu ersehen ist. Die vom Grundbuchamt zum Antrag angehörte Eigentümerin des herrschenden Grundstücks gab keine Erklärung ab. Daraufhin erließ das Grundbuchamt fristsetzende Zwischenverfügung, mit der es das Fehlen einer Löschungsbewilligung der Berechtigten monierte. Die Vorlage einer Unrichtigkeitsbescheinigung genüge für die Löschung nicht, da es sich nicht um ein bedingtes Recht handle.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

(...)

7 2. Die Beschwerde ist zurückzuweisen, da die Voraussetzungen für eine Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO nicht gegeben sind.

8 a) Von einer Unrichtigkeit des Grundbuchs ist auszugehen, wenn die formelle und die materielle Rechtslage divergieren (§ 894 BGB; *Hügel/Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 25). Unrichtig ist das Grundbuch im Hinblick auf das eingetragene Geh- und Fahrrecht daher dann, wenn das Recht unter einer Bedingung eingeräumt und es in Folge Bedingungseintritts erloschen ist. In diesem Fall kommt eine Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO entweder bei Vorlage einer Berichtigungsbewilligung (§ 19 GBO) oder beim Nachweis der Unrichtigkeit (§ 29 GBO) in Betracht.

9 b) Da eine Berichtigungsbewilligung für das Recht nicht abgegeben wurde, kann die Eintragung nur erfolgen, wenn der Nachweis für das Vorliegen eines auflösend bedingten Rechts und für den Eintritt der Bedingung erbracht wäre.

10 Die Führung des Nachweises obliegt dem Eigentümer des belasteten Grundstücks (BayObLGZ 1985, 225, 228; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 22 Rdnr. 36; *Hügel/Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 58) und damit der Beteiligten als Antragstellerin. Es gilt der grundbuchrechtliche „Beibringungsgrundsatz“; eine Sachaufklärung von Amts wegen durch das Grundbuchamt findet nicht statt (BayObLG, Rpfleger 1982, 467; *Böttcher*, ZfIR 2008, 507, 509; *Kohler* in *Bauer/von Oefele*, GBO, 3. Aufl., § 22 Rdnr. 171 und 174).

11 An den Nachweis sind strenge Anforderungen zu stellen (BayObLGZ 1986, 317, 320; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 37).

Als ausreichende Grundlage für eine Berichtigung ohne Bewilligung der Betroffenen genügt nicht einmal eine gewisse Wahrscheinlichkeit der vorgetragene Umstände (BayObLGZ 1985, 225, 228; *Hügel/Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 59 m. w. N.). Es ist in der Form des § 29 GBO, somit durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, lückenlos jede Möglichkeit auszuräumen, die der Richtigkeit der vorhandenen Eintragung entgegenstehen könnte (Senat vom 12.12.2007, 34 Wx 118/07, FGPrax 2008, 52, 53). Zum Nachweis durch Urkunden sind diese im Original, in Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift vorzulegen (*Hügel/Otto*, GBO, § 29 Rdnr. 137). Nur ganz entfernt liegende, theoretische Möglichkeiten müssen nicht ausgeräumt werden. Einer Nachweisführung bedarf es zudem dann nicht, wenn sich die materielle Unrichtigkeit aus der Eintragung im Grundbuch einschließlich ihrer zulässigen Bezugnahmen (§ 874 BGB) ergibt. Auch was offenkundig ist, braucht nicht bewiesen zu werden (vgl. *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 37; *Kohler in Bauer/von Oefele*, GBO, § 22 Rdnr. 171 f.).

12 c) Nach diesen Grundsätzen ist der Unrichtigkeitsnachweis nicht erbracht.

13 aa) Nach Auslegung der Bewilligung ist von der Vereinbarung einer auflösenden Bedingung bzw. Befristung für das Geh- und Fahrrecht auszugehen. Bei Grunddienstbarkeiten müssen zwar eine Bedingung oder Befristung in das Grundbuch selbst eingetragen werden; Bezugnahmen nach § 874 BGB sind insoweit nicht zulässig (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1149 und 266). Die nur unter Bezugnahme auf die Bewilligung vorgenommene Eintragung des Rechts führt jedoch materiellrechtlich nicht zum Wegfall der Bedingung oder Befristung, sondern zur Unrichtigkeit des Grundbuchs insoweit, als dieses im Widerspruch zur materiellrechtlichen Einigung ein unbedingtes bzw. unbefristetes Recht verlaubar. Entstanden ist die Grunddienstbarkeit nämlich infolge der Vereinbarung über ihr Erlöschen unter der Voraussetzung, dass für das herrschende Grundstück eine Zufahrt über eine öffentliche Verkehrsfläche hergestellt ist, trotz des darüber hinausgehenden Eintragungsvermerks nur als auflösend bedingtes Recht (§ 158 BGB; vgl. BGH, MittBayNot 2012, 63, 64; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 276 und 266).

14 bb) Nach den oben genannten Maßstäben ist aber der Nachweis des Bedingungseintritts nicht geführt, denn erforderlich hierfür wären zwei Feststellungen, nämlich zum einen die, dass eine öffentliche Verkehrsfläche besteht, und zum zweiten, dass über diese das herrschende Grundstück eine Zufahrt – und nicht nur die Möglichkeit, sich eine solche zu schaffen – erhalten hat.

15 (1) Der vorgelegte Lageplan bezeichnet zwar ein Flurstück als Straße bzw. Platz; damit ist aber weder die Widmung als öffentliche Straße belegt noch die Feststellung möglich, dass das herrschende Grundstück eine Zufahrt über eine öffentliche Verkehrsfläche erhalten habe.

16 (2) Auch die vorgelegte Bescheinigung der Bürgermeisterin der Beteiligten genügt nicht.

17 Es handelt sich bei der gesiegelten und unterschriebenen Bestätigung nicht um eine nachweisgeeignete „bewirkende“ Urkunde im Sinne von § 29 Abs. 3 GBO, denn sie beinhaltet keinen die Rechtslage abschließend regelnden Verwal-

tungsakt bzw. eine Allgemeinverfügung im Sinne von Art. 6 BayStrWG.

18 „Bezeugende“ Urkunden, also Sachverhaltsdarstellungen, können zum Nachweis über die Grundbuchunrichtigkeit (nur) herangezogen werden, wenn die Darlegung der in ihr bezeugten Umstände in der amtlichen Zuständigkeit des Erklärenden liegen. Dazu müsste die Urkunde allerdings Ausführungen dazu enthalten, dass die Widmung der errichteten Straße durch die Straßenbaubehörde als Gemeindestraße erfolgte. Ob trotz fehlender Ausführungen zur Straßenart mit hinreichender Sicherheit allein aus der Tatsache der getroffenen Feststellung auf die Zuständigkeit der Gemeinde geschlossen werden könnte, kann dahingestellt bleiben. Das Vorliegen der zweiten Voraussetzung des Bedingungseintritts, nämlich der Umstand, dass das herrschende Grundstück eine Zufahrt über eine öffentliche Verkehrsfläche erhalten habe, kann jedenfalls nicht in einer bezeugenden Urkunde festgestellt werden.

19 Für Sachverhaltsdarstellungen über außerhalb der Urkunde liegende Umstände hat die Formvorschrift des § 29 Abs. 3 GBO keine Bedeutung (allg. M.; vgl. KGJ 5, 119; *Meikel/Hertel*, GBO, 10. Aufl., § 29 Rdnr. 343; *Hügel/Otto*, GBO, 2. Aufl., § 29 Rdnr. 173 und 174). Insofern haben solche „bezeugenden“ Urkunden im Grundbuchverfahren regelmäßig keinen Beweiswert und vermitteln auch nicht die Offenkundigkeit (vgl. BayObLG, OLGZ 1930, 412; *Knothe in Bauer/von Oefele*, GBO, 2. Aufl., § 29 Rdnr. 162). So kann die Feststellung der 1. Bürgermeisterin jedenfalls nichts zu der Frage bezeugen, ob das herrschende Grundstück durch die errichtete Straße tatsächlich eine Zufahrt „erhalten“ hat. Im Übrigen erscheint die Erklärung zumindest widersprüchlich, wenn einerseits angegeben wird, die Bedingung sei eingetreten, d. h., das herrschende Grundstück habe eine Zufahrt erhalten, andererseits aber nur versichert wird, die Möglichkeit einer Zufahrt sei vorhanden.

(...)

7. Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentvollstreckers

OLG Hamm, Beschluss vom 27.5.2016, 15 W 209/16, mitgeteilt von **Stefan Tegenthoff**, Richter am OLG Hamm

BGB § 878

GBO § 15 Abs. 2, § 29 Abs. 1, § 35 Abs. 2

LEITSÄTZE:

Der Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentvollstreckers kann gegenüber dem Grundbuchamt nur durch ein in Urschrift oder Ausfertigung vorgelegtes Testamentvollstreckerzeugnis geführt werden.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die vom Urkundsnotar namens der Beteiligten, § 15 Abs. 2 GBO, eingelegte Beschwerde ist gemäß § 71 Abs. 1, § 73 GBO statthaft und zulässig.

2 Sie bleibt aber in der Sache ohne Erfolg. Das Grundbuchamt hat mit der angegriffenen Zwischenverfügung zu Recht die Vorlage einer Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses für erforderlich erachtet. Die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers muss im Grundbucheintragungsverfahren bezogen auf den Zeitpunkt der Eintragung des Eigentümerwechsels (siehe dazu näher die nachstehenden Ausführungen) nachgewiesen werden. Ist – wie hier – ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, kann dieser Nachweis nach § 35 Abs. 2 Satz 1 GBO nur durch Vorlage dieses Zeugnisses geführt werden (BayObLGZ 1990, 87 = NJW-RR 1990, 844). Für die Form, in der dieser Nachweis geführt werden muss, gilt § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO: Da es sich nicht um eine zu der Eintragung erforderliche Erklärung handelt – nur insoweit lässt § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO eine Nachweisführung alternativ auch durch eine öffentlich-beglaubigte Urkunde zu –, ist die Form der Nachweisführung auf die Vorlage einer öffentlichen Urkunde beschränkt. Folglich muss die öffentliche Urkunde in Urschrift oder in der Form einer an die Stelle der Urschrift tretenden Ausfertigung vorgelegt werden. Dementsprechend ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass der nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO durch einen Erbschein zu führende Nachweis der Erbfolge ausschließlich durch die Vorlage der Urschrift oder einer Ausfertigung geführt werden kann (BGH, NJW 1982, 170). Für das Testamentsvollstreckerzeugnis, das in § 35 Abs. 2 GBO als grundbuchverfahrensrechtlicher Nachweis dem Erbschein in Abs. 1 der Vorschrift gleichgestellt wird, kann deshalb nicht anderes gelten.

3 Dementsprechend geht die weitaus überwiegende Auffassung zu Recht dahin, dass der Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nur durch ein in Urschrift oder Ausfertigung vorgelegtes Testamentsvollstreckerzeugnis geführt werden kann (vgl. etwa BayObLG, Rpfleger 1995, 452; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3462; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 35 Rdnr. 60; *Meikel/Krause*, GBO, 11. Aufl., § 35 Rdnr. 176; *BeckOK-GBO/Hügel*, § 52 Rdnr. 62). Der gegenteiligen Auffassung, die die hier von dem Urkundsnotar praktizierte Verfahrensweise genügen lassen will, bei der die Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses bei der notariellen Beurkundung vorgelegt und sodann in der Form einer beglaubigten Abschrift der Ausfertigung beigefügt wird (LG Köln, Rpfleger 1077, 29; *Bauer/von Oefele/Schaub*, GBO, 3. Aufl., § 52 Rdnr. 14; *Walloscheck*, ZEV 2011, 167, 168), vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Denn diese Auffassung berücksichtigt nicht hinreichend, dass es in dem vorliegenden Zusammenhang nicht um den Nachweis einer gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht geht, für deren Beurteilung es maßgeblich auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts ankommt (BayObLG, DNotZ 1983, 752). Vielmehr ist hier der Nachweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers zu führen, für den maßgeblich auf den Zeitpunkt der Eintragung des Eigentumswechsels abzustellen ist (BGH, NJW 1963, 36). Dementsprechend muss die Möglichkeit berücksichtigt werden, dass die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers auch nach der notariellen Beurkundung des Rechtsgeschäfts durch eine Einziehung des Testamentsvollstreckerzeugnisses (§ 2361 BGB) weggefallen sein kann. Folglich ist in diesem Zusammenhang auch für eine Notarbescheinigung in

Anlehnung an § 21 BNotO (so *Walloscheck*, a. a. O.) kein Raum.

4 Die Vorschrift des § 878 BGB führt nicht zu einem anderen Ergebnis, ohne dass es einer Entscheidung des Senats bedarf, ob die Stellung des Testamentsvollstreckers in den Anwendungsbereich der Vorschrift fällt oder nicht.

5 § 878 BGB befreit nicht von der Notwendigkeit der Vorlage der Eintragungsnachweise in der grundbuchverfahrensrechtlich vorgeschriebenen Form. Der Regelungsgehalt des § 878 BGB betrifft nicht die Form der vorzulegenden Nachweise. Vielmehr verlegt § 878 BGB für einige Fälle den Zeitpunkt vor, ab dem ein etwaiger Wegfall der Verfügungsbefugnis nicht mehr zur Unwirksamkeit eines Verfügungsgeschäfts führt. Grundsätzlich muss die unbeschränkte Verfügungsbefugnis in dem Augenblick vorhanden sein, in dem das Rechtsgeschäft wirksam werden soll, weil der Zeitpunkt des Wirkungseintritts und nicht der der Verfügungserklärung entscheidend ist. Im Falle einer Eintragung einer Rechtsänderung im Grundbuch ist dies die Vornahme der Eintragung durch das Grundbuchamt, vgl. § 873 Abs. 1, § 875 Abs. 1 BGB. Im Zeitpunkt der Eintragung müssen daher grundsätzlich die Eintragungsvoraussetzungen vorliegen und in der grundbuchverfahrensrechtlich notwendigen Form nachgewiesen sein. Nach § 878 BGB wird eine von dem Berechtigten in Gemäßheit des § 873 BGB abgegebene Erklärung ungeachtet der noch nicht erfolgten Eintragung nicht dadurch unwirksam, dass der Berechtigte in seiner Verfügung beschränkt wird, nachdem die Erklärung für ihn bindend geworden ist und der Antrag auf Eintragung bei dem Grundbuchamt gestellt worden ist.

6 Die Vorschrift des § 878 BGB hat daher im Rahmen ihres Anwendungsbereichs lediglich Auswirkungen auf den Zeitpunkt, für den der – unverändert nach Maßgabe der Bestimmungen der GBO zu erbringende – Nachweis der Verfügungsbefugnis vorzulegen ist. Im Rahmen des Anwendungsbereichs des § 878 BGB muss zumindest im Zeitpunkt des Eingangs des Eintragungsantrages die erforderliche Verfügungsbefugnis vorgelegen haben und ist, bezogen auf diesen Zeitpunkt, gegenüber dem Grundbuchamt in der grundbuchverfahrensrechtlich notwendigen Form nachzuweisen. Gegenüber dem Grundbuchamt ist aber zu keinem Zeitpunkt eine Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses vorgelegt worden.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Florian Berger**, Eltmann

Verfügungen durch den Testamentsvollstrecker sind ein Beispiel für die gar nicht so seltenen Fälle im notariellen Alltag, in welchen eine völlig eindeutige materiellrechtliche Sachlage zu in der Praxis kaum befriedigend zu lösenden Nachweis- und Formproblemen führt, die darüber hinaus einem juristischen Laien schwer zu erklären sind.¹ Der vorliegende

1 Andere, willkürlich herausgegriffene Beispiele sind die praxisuntaugliche Beschränkung einer Vorsorgevollmacht auf den Fall der Geschäftsunfähigkeit oder der Nachweis verschiedener Tatsachen (Kaufpreiszahlung, Geschäftsunfähigkeit, dauerhafter Auszug des Wohnungsberechtigten und Ähnliches) gegenüber dem Grundbuchamt.

Beschluss des OLG Hamm ist die erste (und derzeit einzige) obergerichtliche Entscheidung der streitgegenständlichen Frage in jüngerer Zeit und schließt sich der herrschenden Meinung an. Da das OLG den Beschluss aber zumindest missverständlich begründet, lohnen ein genauerer Blick und eine Rekapitulation der sich in diesem Zusammenhang ergebenden Probleme.

1. Einreichung des Testamentsvollstreckerzeugnisses beim Grundbuchamt

Bei der Verfügung eines Testamentsvollstreckers stellt sich für den beurkundenden Notar die vorliegend entschiedene Frage, wie das Testamentsvollstreckerzeugnis beim Grundbuchamt eingereicht werden muss. Unstreitig ist insoweit, dass nur das in Urschrift oder Ausfertigung vorliegende Testamentsvollstreckerzeugnis die Gutgläubenswirkung der § 2368 Satz 2 Hs. 1, § 2366 BGB entfaltet, sodass das Zeugnis bei Beurkundung stets in dieser Form vorliegen wird. Nach herrschender Meinung, der sich das OLG Hamm anschließt, muss das Zeugnis darüber hinaus auch dem Grundbuchamt in Urschrift oder Ausfertigung vorliegen.² Nach anderer Meinung ist es, wie bei Vollmachten, ausreichend, wenn das Zeugnis bei Beurkundung in Original/Ausfertigung vorliegt, der Notar dies bestätigt und das Zeugnis als beglaubigte Abschrift eingereicht wird.³ Richtig dürfte das Argument der herrschenden Meinung und des OLG Hamm sein, dass § 35 Abs. 2 Satz 1 GBO ausdrücklich den Nachweis durch das Zeugnis selbst vorsieht, welches also (auch) beim Grundbuchamt in Urschrift oder Ausfertigung vorliegen muss.⁴ In der praktischen Handhabung ist dies aber nicht unproblematisch. Als Folge dessen muss der beurkundende Notar die (meist einzige) Ausfertigung des Zeugnisses ab Vertragsschluss bis zum Endvollzug (monatelang) in seinen Akten verwahren, was nicht im Sinne des Notars und erst recht nicht im Sinne des Testamentsvollstreckers ist.

- 2 Die vom OLG jedoch als Vertreter der h. M. an erster Stelle genannte und gewichtige Literaturstelle *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3462, besagt genau das Gegenteil. Zwar wird dort die vom OLG vertretene Meinung als herrschend rezipiert. Wenige Sätze später schließen sich *Schöner/Stöber* jedoch ausdrücklich der anderen Meinung an! Zur h. M. vgl. die übrigen, vom OLG zitierten Nachweise sowie z. B. BayObLG, Beschluss vom 22.3.1990, BReg. 2 Z 112/89, MittBayNot 1990, 253.
- 3 Zur Mindermeinung vgl. die vom OLG zitierten Nachweise LG Köln, Beschluss vom 13.5.1976, 11 T 38/76, Rpfleger 1977, 29; *Bauer/von Oefele/Schaub*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 52 Rdnr. 14; *Walloscheck*, ZEV 2011, 167, sowie die vom OLG fälschlich als Vertreter der h. M. aufgeführten *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3462 (vgl. hierzu die vorstehende Fußnote).
- 4 Aus § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO allein dürfte sich dies allerdings, entgegen der Ansicht des OLG Hamm, nicht ergeben, da auch bei öffentlichen Urkunden in der Regel eine beglaubigte Abschrift ausreichend ist, vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 166 ff., BeckOK-GBO/Otto, Stand 1.11.2016, § 29 Rdnr. 137, *Lemke/Krause*, Immobilienrecht, 2. Aufl. 2016, § 29 GBO Rdnr. 28.

2. Unterschiede zum Erbschein

Umso beachtlicher ist es deswegen, dass die weiteren Argumente des OLG einen wichtigen Unterschied des Testamentsvollstreckerzeugnisses zum Erbschein außer Acht lassen. Die Gutgläubenswirkung des Erbscheins endet erst mit dessen Einziehung oder zeitaufwendiger Kraftloserklärung gemäß § 353 FamFG. Hier liegt tatsächlich der entscheidende Unterschied des Erbscheins zur Vorlage einer Vollmachtsurkunde einerseits und zum Testamentsvollstreckerzeugnis andererseits. Solange sich der Erbschein in der Hand der Beteiligten (oder eben aufgrund deren Vorlage bei Notar und Grundbuchamt) befindet, entfaltet dieser vom Grundsatz her seine Gutgläubenswirkung. Da die Verfügungsbefugnis des (angeblichen) Erben auch beim Grundbuchamt nachgewiesen sein muss, muss auch zu diesem Zeitpunkt Urschrift oder Ausfertigung des Erbscheins vorliegen.

Im Gegensatz hierzu ist die Gutgläubenswirkung des Testamentsvollstreckerzeugnisses, trotz des auf den ersten Blick umfassenden Verweises auf die Vorschriften des Erbscheins in § 2368 BGB, in zweifacher Hinsicht *erheblich eingeschränkt*.

- a) Nach § 2368 Satz 2 Hs. 2 BGB wird das Zeugnis bereits dann kraftlos, wenn das Amt des Testamentsvollstreckers beendet ist. Eine Einziehung durch das Nachlassgericht, die das OLG Hamm wohl für notwendig hält, ist hierzu eben gerade nicht nötig. Das Testamentsvollstreckerzeugnis bezeugt somit nicht den Fortbestand der Testamentsvollstreckung.⁵ Vergleichbar mit einer bei Beurkundung vorgelegten Vollmacht kann einem Testamentsvollstreckerzeugnis nur entnommen werden, dass die Testamentsvollstreckung einmal bestanden hat, nicht aber, dass sie noch besteht. Nachdem der Fortbestand der Testamentsvollstreckung also sogar im Zeitpunkt der Beurkundung nicht durch das Zeugnis nachgewiesen wird, ist nicht ersichtlich, welchen Mehrwert die Ausfertigung des Zeugnisses beim Grundbuchamt haben soll.
- b) Darüber hinaus ist dem Testamentsvollstreckerzeugnis nicht zu entnehmen, welche konkreten Gegenstände der Testamentsvollstreckung unterliegen.⁶ Der Testamentsvollstrecker kann vielmehr Gegenstände jederzeit aus seiner Verwaltungsbefugnis freigeben⁷ und muss dies in den Fällen des § 2217 BGB sogar. Ob der Gegenstand des konkreten Notarvertrags also der Testamentsvollstreckung unterliegt, kann, völlig unabhängig vom Vorliegen des Testamentsvollstreckungszeugnisses und dem Bestand der Testamentsvollstreckung als solcher, nie mit Sicherheit nachgewiesen

5 Vgl. statt aller MünchKomm-BGB/J. Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2368 Rdnr. 41 m. w. N. sowie RG, Urteil vom 10.12.1913, V 303/13, RGZ 83, 348, 352.

6 *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl. 2016, § 2368 Rdnr. 8; MünchKomm-BGB/J. Mayer, § 2368 Rdnr. 41; jeweils m. w. N.

7 H. M., vgl. MünchKomm-BGB/Zimmermann, § 2217 Rdnr. 11; BeckOK-BGB/Lange, Stand: 1.11.2016, § 2217 Rdnr. 11; jeweils m. w. N.

werden, wenn der Testamentsvollstrecker selbst die Unwahrheit angibt.⁸

3. Anwendbarkeit von § 878 BGB

Durch das OLG Hamm erstaunlich ausführlich erörtert, im Ergebnis ausdrücklich offen gelassen und für die Streitgegenständliche Frage zu Recht für unerheblich befunden wird § 878 BGB. Bekanntermaßen ist die (analoge) Anwendung von § 878 BGB auf den Wegfall der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers umstritten und noch nicht höchst-richterlich geklärt.⁹ Die Bedeutung dieser Frage wird jedoch überschätzt. Freilich spricht insbesondere der Rechtsge- danke des § 878 BGB für eine analoge Anwendung bei der Testamentsvollstreckung. Je eher der Zeitpunkt liegt, zu dem die Verfügungsbefugnis bestehen muss, desto besser ist dies aus Sicht des Rechtsverkehrs. Das Hauptproblem ist aber, wie vorstehend rekapituliert, die Verfügungsbefug- nis des Testamentsvollstreckers überhaupt rechtssicher nachzuweisen. Zu welchem Zeitpunkt dies zu geschehen hat, ist dagegen eher zweitrangig.

4. Folgerungen für die Praxis

Für die Notarpraxis bleibt somit festzuhalten, dass die schon bisher herrschende Meinung durch die vorliegende Ent- scheidung gestärkt wurde und es sich daher, auch wenn die Mindermeinung gute Argumente auf ihrer Seite hat, emp- fiehlt, das Testamentsvollstreckerzeugnis in Ausfertigung zu den Akten zu nehmen und dem Grundbuchamt vorzulegen. Erspart bleibt dies dem Notar und den Beteiligten im immer- hin durchaus häufigen Fall, dass die Nachlassakten beim Gericht des Grundbuchamts geführt werden, sodass auf die Nachlassakten verwiesen werden kann.¹⁰ Wer im Hin- blick auf § 2368 Satz 2 Hs. 2 BGB noch weiter gehen möchte, wird sich die Tatsache, dass der Testamentsvoll- strecker noch lebt und im Amt ist, nach Eintragung der Ei- gentumsvormerkung und vor Mitteilung der Fälligkeitsvor- aussetzungen vom Nachlassgericht und Testamentsvoll- strecker bestätigen lassen und erneut diese Bestätigung einholen, nachdem das Eigentum umgeschrieben ist, um erst dann die Löschung der Eigentumsvormerkung zu be-

antragen.¹¹ Auch dies schützt jedoch nicht vor einem betrü- gerischen Testamentsvollstrecker. Jedenfalls im Hinterkopf behalten sollte man stets die, im Gegensatz zum Erbschein, äußerst begrenzte Gutgläubenswirkung des Testamentsvoll- streckerzeugnisses.

¹¹ Vgl. hierzu die Nachweise in Fn. 8.

8. Gestreckte Begründung von Sonder- nutzungsrechten durch Verwalter mittels Vollmacht

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.3.2016, 20 W 70/15
BGB §§ 133, 158 Abs. 1, §§ 181, 242, 315, 883 Abs. 2, § 894
WEG § 5 Abs. 4, § 8 Abs. 2 Satz 1, § 10 Abs. 2 Satz 1, § 24 Abs. 6, § 26 Abs. 3, § 27

LEITSÄTZE:

1. Die sog. gestreckte Begründung von Sondernut- zungsrechten kann auch in der Form erfolgen, dass von dem teilenden Eigentümer in der Teilungserklä- rung zur Zuordnung von Sondernutzungsrechten an bestimmten Gemeinschaftsflächen dem Verwalter Vollmacht erteilt wird. Der aufschiebend bedingte Ausschluss der übrigen Miteigentümer an der Nut- zung von Gemeinschaftseigentum erlangt mit der Eintragung der Bezugnahme auf die entsprechende Bewilligung der Eintragung der Teilung im Grund- buch dingliche Wirkung ohne die Mitwirkung von Erwerbenden und deren dinglicher Gläubiger (auch bei eingetragenen Auflassungsvormerkungen).
2. Auch bei späterer Eintragung der Zuordnung durch den bevollmächtigten Verwalter bedarf es nicht der Zustimmung von Miteigentümern und deren Gläubi- gern.

SACHVERHALT:

1 I. Das Wohnungseigentum u. a. an der in dem betroffenen Grund- buch gebuchten Eigentumswohnung Nr. 1 wurde gemäß § 8 WEG durch Teilungserklärung des damaligen Grundstückseigentümers X1 1985 begründet. Unter Teil A I 1 dieser Urkunde, der das Grundstück und dessen Nutzung beschreibt, heißt es, soweit hier streitgegen- ständlich:

„Kraftfahrzeugabstellplätze im Hof können nicht Gegenstand des Sondereigentums sein. Für sie ist eine besondere Nutzungs- regelung in der Miteigentumsordnung (MEO) enthalten (§ 10).

Der Grundstückseigentümer wird auf drei genehmigten Pkw- Abstellplätzen im Hof Sondernutzungsrechte einräumen. Er wird auch auf die südwestlich und östlich (Vorgarten) des Bauwerks befindliche Grünfläche Sondernutzungsrechte an von ihm zu be- stimmende Miteigentümer einräumen.“

2 In dem in Bezug genommenen § 10 der Urkunde ist u. a. bestimmt: „2. a) An allen im Hof genehmigten (laut vorliegender Baugeneh- migung: drei) und etwa noch zu genehmigenden Pkw-Abstell-

⁸ Zu denkbaren Lösungen in der Praxis, die jedoch bei einem betrügerischen Testamentsvollstrecker versagen, vgl. *Krauß*, Im- mobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rdnr. 595; Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 4. Aufl. 2015, Teil 2 Rdnr. 625. Selbst die Lösung über ein notarielles Anderkonto versagt, wenn das Vertragsobjekt vor der nur vermeintlich wirk- samen Eintragung des Käufers im Grundbuch bzw. Eingang des entsprechenden Antrags beim Grundbuchamt durch den (betrügerischen) Testamentsvollstrecker freigegeben wurde. Mehr Sicherheit gibt nur die praktisch oft schwierige Mitwirkung aller Erben. Sogar diese kann versagen, wenn ein Ersatztesta- mentsvollstrecker benannt (und unerkant bereits im Amt) ist.

⁹ Für eine analoge Anwendung: *Schöner/Stöber*, Grundbuch- recht, Rdnr. 126; MünchKomm-BGB/*Kohler*, § 878 Rdnr. 11; *Palandt/Bassenge*, § 878 Rdnr. 11; gegen eine analoge An- wendung OLG Köln, Beschluss vom 27.8.1980, 2 Wx 26/80, MittRhNotK 1981, 139; unentschieden BayObLG, Beschluss vom 20.8.1998, 2 Z BR 45/98, MittBayNot 1999, 82.

¹⁰ BeckOK-GBO/*Otto*, § 29 Rdnr. 137; *Krauß*, Immobilienkauf- verträge in der Praxis, Rdnr. 597.

plätzen räumt der bisherige Alleineigentümer Sondernutzungsrecht ein, die verdinglicht werden können (siehe Vollmacht).

b) Verbunden damit ist jeweils das ausschließliche Nutzungsrecht an einem sowohl im Kaufvertrag als auch in der genehmigten Bauzeichnung eindeutig mit einer Nummer bestimmten PKW-Abstellplatz. Andere Miteigentümer dürfen diesen Platz nicht benutzen.“

3 Auf Seite V der Urkunde heißt es unter der Überschrift „Vollmacht für den Verwalter“:

„Der Verwalter wird wie folgt besonders bevollmächtigt:

a) Der Verwalter wird bevollmächtigt, Sondernutzungsrechte an den drei Pkw-Abstellplätzen (im Freiflächenplan ausgewiesen) einzuräumen und im Grundbuch eintragen zu lassen, soweit vom Eigentümer noch nicht geschehen.

b) Auf die Grünflächen um den Gebäudekörper, soweit sie nicht für Gemeinschaftszwecke beansprucht werden müssen, bestimmten Miteigentümern Sondernutzungsrechte einzuräumen, die sich auf die jeweils alleinige Nutzung der eindeutig zu beschreibenden Fläche beziehen.

c) Der Verwalter ist ebenso bevollmächtigt, im Trockenraum und Abstellraum für Fahrräder und Kinderwagen (Garagenkeller) eine Abtrennung mit Tür so anzubringen, dass ein Durchgang zum Garten und ein oder zwei Abstellräume geschaffen werden. An diesen abzutrennenden Abstellräumen von je ca. 5 m² kann der Verwalter Sondernutzungsrechte einräumen und auch im Grundbuch eintragen lassen oder den hinteren mit ebenerdigen Zugang für die ausschließliche Verwendung als abschließbaren Fahrrad- und Kinderwagenabstellraum bestimmen.

Der Verwalter wird dabei befreit von den Vorschriften des § 181 BGB.

Eine beglaubigte Abschrift dieser Teilungserklärung soll als Nachweis der Bevollmächtigung bei der Bestellung der Sondernutzungsrechte genügen.“

4 Unter Teil B § 19 der Urkunde wurden X2 und X1 als alleinvertretungsberechtigte Verwalter bestellt (...).

5 Auf Zwischenverfügung hin haben die Eheleute X in notarieller Urkunde unter Bezugnahme auf die Teilungserklärung und die dort in § 19 enthaltene Verwalterbestellung die ihnen in Abschnitt III erteilte Vollmacht hinsichtlich der Sondernutzungsrechte dahingehend definiert, dass Abs. a der Teilungserklärung die im beigelegten Lageplan blau gekennzeichneten Nutzungsrechte a.1, a.2 und a.3, Abs. b der Teilungserklärung die im beigelegten Lageplan grün gekennzeichneten Flächen b.1 und b.2 und Abs. c der Teilungserklärung die im beigelegten Lageplan gekennzeichneten Räume c.1 und c.2 betreffen (1. Nachtrag). Weiter haben die Eheleute die Eintragung der Sondernutzungsregelung als Inhalt der Teilungserklärung bewilligt und beantragt. Dieser Urkunde waren ein Plan des Untergeschosses mit roter Einzeichnung von Räumen c.1 und c.2, ein Außengestaltungsplan mit blau eingezeichneten PKW-Stellplätzen a.1, a.2 und a.3 sowie grün eingezeichneten Flächen b.1 und b.2 beigesiegelt. (...)

6 Unter Bezugnahme auf die Bewilligung zur Teilungserklärung und Nachtragsurkunde erfolgte die Anlegung des hier betroffenen Wohnunggrundbuchs betreffend die Wohnung Nr. 1 mit der Eintragung von X1 als Eigentümer. Im Bestandsverzeichnis ist lediglich vermerkt, dass eine Sondernutzungsregelung besteht. Entsprechendes gilt für den Inhalt des Bestandsverzeichnisses und Abt. I in Blatt 2 (Wohnung Nr. 2), in Blatt 3 (Wohnung Nr. 3) und Blatt 4 (Doppelgarage) sowie Blatt 5 (Teileigentum Nutzraum im Dachgeschoss).

(...)

8 Durch Kaufvertrag mit Auflassung 1985 hat der Eigentümer X1 das Wohnungseigentum an der Wohnung Nr. 1 an die Eheleute Y1 und Y2 veräußert. (...) Nach dem Inhalt der Urkunde lag den Erwerbern das Original der Teilungserklärung vor. Die Erwerber bestätigten ausdrücklich die auf Seite V der Teilungserklärung erteilte Vollmacht für den bisherigen Eigentümer und Verwalter, wonach dieser Sondernut-

zungsrechte an den Pkw-Abstellplätzen sowie den Grundstücksfreiflächen und der Garagenunterkellerung einräumen kann. Für die Eheleute Y wurde am 9.12.1985 eine Auflassungsvormerkung eingetragen und bei Eigentumsumschreibung auf die Erwerber am 22.1.1986 wieder gelöscht.

9 Die Eheleute Y haben 2010 einen Kaufvertrag mit Auflassung mit dem Antragsteller und F über das in Blatt 1 eingetragene Wohnungseigentum geschlossen. In der Urkunde hat der Notar nach Grundbucheinsicht darauf hingewiesen, dass bei keinem Sondereigentum die in der Teilungserklärung und den Nachträgen dazu genannten Sondernutzungsrechte zugeordnet eingetragen seien. Demnach seien diese Sondernutzungsrechte zwar teilweise im Grundbuch gebildet, jedoch nicht dem einzelnen Sondereigentum zugeordnet. Die Zuordnung könne künftig nur durch Beteiligung aller Eigentümer einvernehmlich und nach Zustimmung aller Grundpfandrechtsgläubiger in das jeweilige Grundbuch eingetragen werden. Demgemäß beziehe sich der Kaufvertrag nur auf das im Grundbuch eingetragene in Ziffer 1 näher bezeichnete Sondereigentum. Dort ist kein der Wohnung Nr. 1 zugeordnetes Sondernutzungsrecht aufgeführt. Der Antragsteller und F sind aufgrund der Auflassung in Blatt 1 in Abt. I unter 3.1 und 3.2 als Miteigentümer zu je 1/2 eingetragen worden. (...)

10 Zu notarieller Urkunde 2014 haben der Antragsteller und F einen Tauschvertrag über ideelle Wohnungseigentumsanteile mit Auflassung geschlossen, durch den letztere ihre ideelle Hälfte des in Blatt 1 gebuchten Wohnungseigentums auf den Antragsteller übereignet hat. Für den Antragsteller ist eine entsprechende Auflassungsvormerkung eingetragen worden. Die Eigentumsumschreibung auf den Antragsteller ist im Grundbuch eingetragen worden.

11 2010 hat X1 zu notarieller Urkunde unter Bezugnahme auf die Teilungserklärung mit 1. Nachtrag Sondernutzungsrechte dem in Blatt 5 eingetragenen Teileigentum sowie dem in Blatt 2 eingetragenen Wohnungseigentum zugeordnet und die Eintragung als Inhalt der Teilungserklärung im Grundbuch beantragt. Nachdem auf den Vollzugsantrag durch Zwischenverfügung der Nachweis der Verwaltereigenschaft verlangt worden war, ist eine notarielle Urkunde vorgelegt worden. Darin hat der Beteiligte zu 3 als in der Wohnungseigentümersammlung 2010 für den Zeitraum 2010-2013 bestellter Verwalter die zur Urkunde durch X1 erklärte Zuordnung von Sondernutzungsrechten wiederholt und die Eintragung der Zuordnung der Sondernutzungsrechte als Inhalt der Teilungserklärung in den Grundbüchern bewilligt und beantragt. Die entsprechende Eintragung in den Grundbüchern ist erfolgt.

12 Nach vorangegangenem Schriftwechsel mit dem Grundbuchamt seit 2011 hat der Antragsteller Widerspruch eingelegt gegen die Eintragung der Änderungen der Sondernutzungsregelung.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

22 II. (...)

23 Die Beschwerde hat in der Sache jedoch keinen Erfolg, da die Voraussetzungen zur Eintragung eines Widerspruchs gemäß § 53 GBO weder im Hinblick auf die Eintragung der Sondernutzungsregelung 1985 noch der Eintragungen 2011 betreffend die Zuordnung von Sondernutzungsrechten bzw. der Änderung der Teilungserklärung hinsichtlich der Sondernutzungsrechte vorliegen.

(...)

25 Bei den beanstandeten Eintragungen der Änderung einer Sondernutzungsregelung und der Zuweisung von Sondernutzungsrechten handelt es sich nicht um inhaltlich unzulässige Eintragungen im Sinn des § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO, die zu löschen wären (vgl. hierzu *Demharter*, GBO, 29. Aufl.,

§ 53 Rdnr. 42-47, 49). Weder die Unwirksamkeit des der Eintragung zugrundeliegenden materiellen Grundgeschäfts noch die Verletzung von Rechtsvorschriften durch das Grundbuchamt, wie sie der Antragsteller rügt, führen zur inhaltlichen Unzulässigkeit einer Eintragung (*Demharter*, a. a. O., § 53 Rdnr. 48).

26 Für die Eintragung eines Widerspruchs ist gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO Voraussetzung, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Dies ist jedoch bei den verfahrensgegenständlichen Eintragungen nicht der Fall.

27 Dabei ist zunächst festzustellen, dass die Teilungserklärung hier eine sog. „gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten durch Zuordnungsvorbehalt“ regelt. Bei einer derartigen – zulässigen – Gestaltungsmöglichkeit kann der teilende Eigentümer bereits in der Teilungserklärung alle künftigen Erwerber von dem gemeinschaftlichen Gebrauch von Sondernutzungsflächen ausschließen mit der Folge, dass das Sondernutzungsrecht zunächst keiner Wohnung zugeordnet wird und er allein im Rahmen eines sog. persönlichen Sondernutzungsrechts zur Nutzung dieser Flächen berechtigt bleibt. Sind die späteren Erwerber durch eine derartige Verdinglichung – negativ – bereits von bestimmten Nutzungsmöglichkeiten hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen, berührt eine nachfolgende – positive – Zuweisung von Sondernutzungsrechten den Inhalt ihrer Sondereigentumsrechte nicht mehr. Es bedarf mithin grundsätzlich nach erfolgter Zuweisung durch den dazu Berechtigten für die Buchung im Grundbuch bei einem bestimmten Wohnungseigentum nur der Bewilligung des teilenden Eigentümers und nicht zusätzlich der Bewilligung der Eigentümer der übrigen Wohnungseigentumseinheiten. Da das Gebrauchsrecht Ausfluss des Eigentumsrechts ist und sich nicht alle Wohnungseigentümer gleichzeitig mit dinglicher Wirkung dieser Befugnis begeben können, bleibt dabei dem teilenden Eigentümer zunächst die alleinige Nutzung vorbehalten; mit der Zuweisung verliert er dann das ihm bisher zustehende Nutzungsrecht. Da die Zuweisungsmöglichkeit einschließlich der Bewilligungsberechtigung des teilenden Eigentümers gerade auf dessen persönlicher Sondernutzungsberechtigung beruht, besteht diese jedoch auch nur bis zu dessen Ausscheiden aus der Gemeinschaft. Nach ganz überwiegender Auffassung, der sich auch der Senat bereits angeschlossen hat, kann der aus der Wohnungseigentümergeinschaft ausscheidende teilende Eigentümer die Restnutzungsbefugnis als Grundlage des Zuweisungsrechts also nicht „mitnehmen“ (h. M., vgl. etwa BGH, 2.12.2011, V ZR 74/11, NJW 2012, 676, und BGH, 20.1.2012, V ZR 125/11, NJW-RR 2012, 711; Senat, Beschluss vom 6.5.2014, 20 W 86/14, n. v.; BeckOK-GBO/*Kral*, Stand: 1.4.2015, Sonderbereich WEG Rdnr. 57; *Bärmann/Seuß/Schneider*, Praxis des Wohnungseigentums, 6. Aufl., C Rdnr. 322; *Schneider*, ZWE 2012, 171, und Rpfleger 1998, 53, 61; *Häublein*, MittBayNot 2012, 382, 383; *Klühs*, ZNotP 2010, 177, 178; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2913; *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, WEG, 10. Aufl., § 13 Rdnr. 39; *Bärmann/Klein*, WEG, 13. Aufl., § 13 Rdnr. 88; *Scheffler* in *Elzer/Fritsch/Meier*, Wohnungseigentumsrecht, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 110).

28 Um diesem Nachteil aus dem Weg zu gehen, besteht eine anderweitige Gestaltungsmöglichkeit in der sog. „gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten durch aufschiebend bedingte Zuordnung“. Danach werden künftige Erwerber unter der aufschiebenden Bedingung (§ 158 Abs. 1 BGB) einer Zuweisung eines Sondernutzungsrechts von der Mitnutzung bestimmter Teile des gemeinschaftlichen Eigentums ausgeschlossen. Bei dieser Variante werden also – im Gegensatz zur vorgenannten Gestaltung – die Miteigentümer nicht von Anfang an von der Mitnutzung ausgeschlossen, sondern es steht ihnen ein Mitnutzungsrecht so lange zu, bis der Berechtigte von seinem Zuweisungsrecht Gebrauch macht. Hierbei ist der teilende Eigentümer somit gerade nicht persönlich sondernutzungsberechtigt, sondern nur zuweisungsberechtigt. Dann ist die Zuweisungsbefugnis allerdings unabhängig von der Stellung als teilender Eigentümer; sie kann in diesem Fall vom teilenden Eigentümer auch noch nach seinem Ausscheiden aus der Gemeinschaft vorgenommen werden (ebenfalls h. M., vgl. dazu etwa OLG Stuttgart, ZMR 2012, 715; BeckOK-GBO/*Kral*, Sonderbereich WEG Rdnr. 58; *Bärmann/Seuß/Schneider*, Rdnr. 328; *Schneider*, ZWE 2012, 171, 172; Rpfleger 1998, 53, 62; *Klühs*, ZNotP 2010, 177, 178; *Häublein*, MittBayNot 2012, 382, 383; *Niedenführ/Kümmel/Vandenhouten*, § 13 Rdnr. 40; *Scheffler* in *Elzer/Fritsch/Meier*, § 1 Rdnr. 113; insoweit noch offen: *Schöner/Stöber*, Rdnr. 2913a unter Hinweis auf LG München II, MittBayNot 2004, 366; vgl. dazu auch Senat, Rpfleger 1998, 20).

29 In der Teilungserklärung ist die sog. negative Komponente, d. h. der Ausschluss der künftigen Erwerber von der Mitbenutzung einzelner Teile des Gemeinschaftseigentums bereits enthalten. Hinsichtlich der PKW-Abstellplätze werden in Teil B § 10 unter 2 a) und b) Sondernutzungsrechte eingeräumt, die auch verdinglicht werden können. Dies wird auf Seite VI der Teilungserklärung unter der Überschrift „Nutzung des Hofes und des Garagenkellers“ für die drei im Freiflächenplan ausgewiesenen PKW-Abstellplätze wiederholt und auch auf die „Grünflächen um den Gebäudekörper“ sowie auf die „Garagenunterkellerung im mit ‚Abstellraum für Fahrräder und Kinderwagen und Trockenraum‘ bezeichneten Bereich“ erweitert. Schließlich ergibt sich dies auch aus der auf Seite V der Teilungserklärung dem Verwalter erteilten „besonderen Vollmacht“, wobei der verwendete Begriff der „Einräumung“ von Sondernutzungsrechten im Sinn der „Zuweisung“, d. h. der für die Begründung von Sondernutzungsrechten erforderlichen positiven Komponente zu verstehen ist.

30 Vollmachten sind wie auch sonst der Auslegung fähig, wobei § 133 BGB entsprechend gilt. Maßgebend ist die nächstliegende Bedeutung der Erklärung für einen unbefangenen Betrachter unter Berücksichtigung des im Grundbuchverfahren geltenden Bestimmtheitsprinzips und des Erfordernisses der urkundlich belegten Eintragungsunterlagen (*Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 28 m. w. N.). Danach wird in der Gesamtwürdigung der Urkunde deutlich, dass der teilende Eigentümer Sondernutzungsrechte bezüglich PKW-Abstellplätzen, Grünflächen und Abstellräumen begründen wollte und zwar grundsätzlich in eigener Person als Alleineigentümer oder als Verwalter, aber diese Befugnis zusätzlich einem anderen Verwalter eingeräumt hat vor dem Hintergrund, dass diese Begründung von Sondernutzungsrechten nach Ende seiner

Verwalterbestellung, von der in Teil B § 19 der Teilungserklärung schon für 1987/1988 ausgegangen wird, nicht abgeschlossen sein könnte. Ausgehend von diesem Zweck ist weder einer Auslegung zu folgen, die davon ausgeht, dass die auf Seite V der Teilungserklärung erteilte Vollmacht nur für den Alleineigentümer als Verwalter gelten sollte, noch dass sie in einem Umfang erteilt wäre, die zu einer unzulässigen Kompetenzverschiebung innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft führen würde. Der Beschluss des Senats vom 3.11.2014, 20 W 241/14, auf den sich der Antragsteller berufen hat, betraf eine derartige Fallgestaltung, in der der Verwalter in der Teilungserklärung allumfassend ermächtigt worden war zur gerichtlichen und außergerichtlichen Vertretung der Wohnungseigentümer in allen Angelegenheiten, die mit dem Wohnungseigentum zusammenhängen, insbesondere auch dazu, den Inhalt des Sondereigentums zu verändern, Grundstücke für die Wohnungseigentümer zu gemeinschaftlichem Eigentum zu erwerben und Sondereigentum einzuräumen, Änderungen der Miteigentumsbruchteile oder des Sondereigentums mit Wirkung für und gegen alle Wohnungseigentümer zu erklären und grundbuchlich zu wahren usw. Dieser Vollmachtsumfang ist keineswegs zu vergleichen mit der Bevollmächtigung des Verwalters im vorliegenden Fall, die sich auf die Zuweisung von Sondernutzungsrechten beschränkt, wie sie wirksam im Rahmen einer Teilungserklärung Dritten, aber auch einem Wohnungseigentümer erlaubt werden kann (Senat, Beschluss vom 18.8.1997, 20 W 71/96, Rpfleger 1998, 20; *Bärmann/Suilmann*, WEG, 13. Aufl., § 13 Rdnr. 81, 85; *Palandt/Bassenge*, WEG, 75. Aufl., § 13 Rdnr. 10; *Schultzky in Jennißen*, WEG, 4. Aufl., 2015, § 13 Rdnr. 81 m. w. N.). Diese „besondere“ rechtsgeschäftliche Vollmacht für den Verwalter hat weder etwas mit den in Teil B § 20 der Teilungserklärung aufgeführten Aufgaben und Befugnissen des Verwalters zu tun noch mit der gesetzlichen Regelung in § 27 WEG, die der Antragsteller damit in Zusammenhang bringt.

31 Entgegen der Meinung des Antragstellers ist dem für das Sondernutzungsrecht, das mit dinglicher Wirkung ausgestattet sein soll, hinsichtlich der Bevollmächtigung bzw. der Eintragungsbewilligung geltenden Bestimmtheitsanfordernis (vgl. den bereits zitierten Senatsbeschluss vom 18.8.1997, 20 W 71/96, Rpfleger 1998, 20, 21; OLG München, ZWE 2016, 19; *Schultzky in Jennißen*, a. a. O., Rdnr. 74) Genüge getan und zwar bereits durch die Eintragung im Bestandsverzeichnis der betroffenen Grundbücher 1985, in der wegen Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums auf die Bewilligung in Teilungserklärung und 1. Nachtrag Bezug genommen wird. Die Bewilligung im 1. Nachtrag enthält durch die Bezugnahme auf die Einzeichnungen in den beigefügten Lageplänen die Konkretisierung der Flächen, die der Sondernutzung unterliegen. Mit dieser Eintragung ist der Inhalt der Teilungserklärung mit 1. Nachtrag Inhalt des jeweiligen Sondereigentums geworden und damit auch der Ausschluss der übrigen Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums in dem in der Bewilligung im Nachtrag festgelegten Umfang, ebenso die Bevollmächtigung des Verwalters zur Zuordnung.

32 Daran ändert auch nichts, dass am gleichen Tag in Blatt 1, 3 und 4 Auflassungsvormerkungen zugunsten der jeweiligen Erwerber eingetragen worden sind. Zwar verliert der gemäß § 8 WEG teilende Eigentümer seine alleinige Normsetzungs-

befugnis, sobald die Wohnungsgrundbücher angelegt sind und mindestens für einen Erwerber von Wohnungseigentum eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen ist.

33 Dies gilt aber, wenn zugleich mit der Anlegung der Wohnungsgrundbücher eine Auflassungsvormerkung eingetragen wird, nicht für die Bestimmungen, die der teilende Grundstückseigentümer erstmals gemäß § 5 Abs. 4, § 8 Abs. 2 Satz 1, § 10 Abs. 2 Satz 1 WEG zum Inhalt des Sondereigentums gemacht hat, denn die Vormerkung kann mit dinglicher Wirkung den Anspruch auf Übertragung des Wohnungseigentums nur mit dem Inhalt sichern, den dieses bei seiner Begründung erhalten hat. Die Auflassungsvormerkungen konnten aber erst nach Anlegung der Wohnungsgrundbücher gebucht worden sein, auch wenn die Anlegung der Wohnungsgrundbücher und die Eintragung der Auflassungsvormerkungen auf denselben Tag datieren (BayObLG, Rpfleger 1999, 123 = NJW-RR 1999, 380). Daher war die Zustimmung und Bewilligung der Erwerber für die Eintragung im Bestandsverzeichnis der betroffenen Grundbücher nicht erforderlich. Es kommt deshalb nicht darauf an, welche Bedeutung der durch seine Rechtsvorgänger, den Eheleuten Y, in deren Kaufvertragsurkunde enthaltenen Bestätigung der Vollmacht auf Seite V der Teilungserklärung beizumessen wäre.

34 Hinsichtlich der Zustimmung von dinglich Berechtigten an dem Wohnungseigentum der Erwerber gilt Entsprechendes. Für die Eintragung der Sondernutzungsregelung bedurfte es ihrer Zustimmung nicht, weil der Ausschluss der Mitbenutzung aufschiebend bedingt durch die spätere Zuordnung war und Belastungsgegenstand das Sondereigentum mit diesem Inhalt (OLG Hamm, ZWE 2015, 211 = FGPrax 2012, 244; *Palandt/Bassenge*, WEG, § 13 Rdnr. 10; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2913a).

(...)

36 Bei den vom Antragsteller weiter beanstandeten Eintragungen 2011 unter 3/zu 1 im Bestandsverzeichnis der betroffenen Grundbücher handelt es sich um die Eintragung der sog. positiven Komponente in Bezug auf die oben erörterte Variante der gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten. In Blatt 2 ist die in der Urkunde protokollierte Zuordnung hinsichtlich der Sondernutzungsrechte betreffend die Teilflächen a.3, b.1 und b.3 sowie das Kellerstück c.1 eingetragen worden und in Blatt 5 die Zuordnung des Sondernutzungsrechts an dem Kfz-Stellplatz a.2. In den Grundbuchblättern 1, 3 und 4 ist dies als Änderung der Teilungserklärung hinsichtlich der Sondernutzungsrechte vermerkt worden.

37 Auch bei diesen Eintragungen sind keine Verletzungen gesetzlicher Vorschriften festzustellen. (...)

38 Zu Recht ist das Grundbuchamt davon ausgegangen, dass diese durch den Verwalter K abgegebene Bewilligung von der in der Teilungserklärung mit 1. und 2. Nachtrag enthaltenen Bevollmächtigung gedeckt war. (...) Wie bereits ausgeführt worden ist, ist der teilende Eigentümer in Teil B § 19 der Urkunde von dem Ende seiner Verwalterbestellung bereits 1987 oder 1988 ausgegangen. Gerade zu dem Zweck, die Zuordnung von Sondernutzungsrechten noch nach diesem Zeitpunkt zu sichern, ist die Vollmacht auf Seite V der Teilungserklärung nicht als persönliche Vollmacht nur für den teilenden

Eigentümer bzw. nur für die Zeit seiner Verwalterstellung ausgestaltet worden. Damit sollte auch die Problematik vermieden werden, die entsteht, wenn der teilende Eigentümer aus der Gemeinschaft ausscheidet, bevor alle Sondernutzungsrechte zugeordnet worden sind, weil nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11, MittBayNot 2012, 380) die Zuteilungsbefugnis nur für den teilenden Eigentümer auch ohne zeitliche Befristung mit der letzten Veräußerung von Wohnungseigentümer an einen Erwerber endet und in der Literatur streitig ist, wer sie danach ausüben kann. Zur Vermeidung dieser Folgen ist in der Praxis üblich geworden, die Zuweisungsbefugnis für Dritte in der Teilungserklärung vorzusehen, wobei dies auch der Verwalter sein kann und zwar auch dann, wenn ein anderer Wohnungseigentümer zum Verwalter bestellt worden ist, weil auch direkt ein anderer Wohnungseigentümer in der Teilungserklärung als zuweisungsberechtigt vorgesehen werden könnte, wie bereits ausgeführt worden ist. Die Rechte des Verwalters als durch den teilenden Eigentümer rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten sind zu trennen von den Rechten und Pflichten des Verwalters nach WEG und die diesbezüglichen Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung. Darauf, dass die Vollmacht für den Verwalter auf Seite V der Urkunde die Befreiung des Verwalters von § 181 BGB enthält, hat das Grundbuchamt bereits hingewiesen. Ein „evidenter Vollmachtsmissbrauch“ durch die von dem Verwalter vorgenommene Zuordnung lässt sich jedenfalls im Grundbuchverfahren nicht feststellen, weil die Vollmacht nicht regelt, welche Sondernutzungsrechte welchem Sondereigentum zugeordnet werden sollen.

39 Der Senat hat entschieden, dass eine wertende Beurteilung schon anhand des § 242 BGB, ob die Interessen der Wohnungseigentümer in gebührendem Maß berücksichtigt sind oder ob ihre Rechtsstellung in unangemessener Weise ausgehöhlt wird, aufgrund der Beweismittelbeschränkung im Eintragungsantragsverfahren nicht Aufgabe des Grundbuchamts ist (Beschluss vom 2.3.1998, 20 W 54/98, NJW-RR 1998, 1707 = Rpfleger 1998, 336; so auch *Palandt/Bassenge*, § 7 WEG Rdnr. 7). Allerdings wird inzwischen die Auffassung vertreten, Gegenstand der Überprüfung des Grundbuchamts sei eine Teilungserklärung jedenfalls im Hinblick auf offensichtliche Verstöße gegen Treu und Glauben, insbesondere im Hinblick auf eine den teilenden Eigentümer unangemessen begünstigende Regelung (*Bärmann/Armbrüster*, WEG, 13. Aufl., § 7, Rdnr. 127, 128).

40 Für die hier zu treffenden Entscheidung kann dies jedoch dahingestellt bleiben, denn die einem Dritten vorbehaltene Zuordnung von Sondernutzungsrechten ist auch bei einer an § 242 BGB bzw. §§ 305 ff. BGB ausgerichteten Inhaltskontrolle nicht zu beanstanden, wobei die Anwendbarkeit der für AGB geltenden Vorschriften der §§ 305 ff. BGB auf die Teilungserklärung streitig ist. Nach dem bereits zitierten Urteil des BGH vom 2.12.2011 hält aber die in einer Teilungserklärung enthaltene Ermächtigung für den teilenden Eigentümer, beim Verkauf der Wohnungseinheiten dem jeweiligen Erwerber das Sondernutzungsrecht an bestimmten Flächen einzuräumen und dessen Inhalt näher zu bestimmen, der Inhaltskontrolle sowohl nach § 242 BGB als auch nach den §§ 305 ff. BGB stand. Dies beruht nach der Entscheidungsbegründung darauf, dass der teilende Eigentümer die Bedürfnisse von Erwer-

bern nicht abschließend beurteilen kann und andererseits Vertrauensschutzgesichtspunkte der Erwerber schon deshalb nicht ins Gewicht fallen, weil sie von vornherein von den in Mitgebrauch stehenden Flächen ausgeschlossen sind. Diese vom BGH für den Fall einer dem Eigentümer vorbehaltenen Zuweisung angestellten Erwägungen gelten in gleicher Weise, wenn die Zuweisung durch einen Dritten vorgesehen ist. Auf jeden Fall ist aber die Frage, ob die dann konkret erfolgte Zuordnung der Sondernutzungsrechte den Erfordernissen des § 315 BGB entspricht, nicht Gegenstand der Überprüfung im Grundbuchverfahren, denn darin lassen sich die dafür maßgeblichen Kriterien weder ermitteln noch in der darin nur zulässigen Form beweisen. Die schlichte Tatsache, dass bisher keine Zuordnung zu dem Sondereigentum des Antragstellers erfolgt ist, reicht dazu nicht aus, insbesondere da der Vertragsgegenstand nach dem Erwerbsvertrag der Rechtsvorgänger des Antragstellers keinen Hinweis auf eine künftige Zuordnung von Sondernutzungsrechten zu dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 1 enthält, während der Erwerbsvertrag der Miteigentümer K bereits die Zuordnung an den Sondernutzungsrechten a.3, b.1, b.3 und c.1 zu dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 2 enthält, die durch den Verkäufer X bereits vorgenommen worden war, als er sowohl Eigentümer als auch Verwalter war.

41 Auch die lange Zeitdauer zwischen den Eintragungen in 1985 und der (neuerlichen) Zuordnung in 2011, die der Antragsteller hervorhebt, ist kein Grund für eine abweichende Beurteilung. Auch wenn der teilende Eigentümer sich eine Zuordnung vorbehält, kann ihm diese Befugnis bei ausdrücklicher Regelung in diesem Sinn über den Zeitpunkt der letzten Veräußerung von Miteigentum hinaus vorbehalten bleiben.

42 Wie bereits ausgeführt, gilt der Grundsatz, wonach mit der Eintragung der ersten Vormerkung für einen Erwerber die Satzungsbezugsbefugnis des teilenden Eigentümers endet, gerade bei der vorliegenden Gestaltung des zum Inhalt des Sondereigentums gemachten Ausschlusses von der Nutzung von Gemeinschaftseigentum nicht. Durch die Eintragungen 2011 3/zu 1) haben die zwischenzeitlich eingetragenen Erwerber keine zusätzliche Minderung ihrer Rechtsstellung erfahren, denn sie waren schon durch die bei Begründung des Wohnungseigentums getroffene Sondernutzungsregelung aufschiebend bedingt von dem Mitgebrauch der in Rede stehenden Teile des Gemeinschaftseigentums und mit der Zuordnung der Sondernutzungsrechte ist diese Bedingung eingetreten. Daher bedurfte es weder ihrer, noch der ihrer dinglichen Gläubiger (OLG München, Rpfleger 1999, 123 und ZWE 2016, 19, 20; OLG Hamm, FGPrax 2012, 244 = ZWE 2015, 211; Senat, Beschluss vom 18.8.1997, 20 W 71/96, Rpfleger 1998, 20; *Bärmann/Suilmann*, WEG, § 13 Rdnr. 89; *Palandt/Bassenge*, WEG, § 13 Rdnr. 10; *Schultzky in Jennißen*, WEG, § 13 Rdnr. 82 m. w. N.). Der gegenteilige Hinweis des Urkundsnotars in der Kaufvertragsurkunde 2010 berücksichtigt nicht den Inhalt der Teilungserklärung. Abgesehen davon haben die Rechtsvorgänger des Antragstellers in ihrem Erwerbsvertrag 1985 die auf Seite V der Teilungserklärung niedergelegte Vollmacht ausdrücklich bestätigt. Aus der Formulierung der bestätigenden Erklärung der Käufer („Vollmacht für den bisherigen Eigentümer und Verwalter“), ist aber nicht der Schluss zu ziehen, dass die in der Teilungserklärung, die

den Käufern vorlag, enthaltene Vollmacht nur in eingeschränkter Form hätte bestätigt werden sollen, denn dann wäre in einer notariellen Urkunde eine eindeutige Formulierung gewählt worden. Diese Wortwahl beruht lediglich darauf, dass der Verkäufer sowohl Eigentümer als auch Verwalter war. Die vorliegende Fallgestaltung unterscheidet sich aufgrund der bereits in der Teilungserklärung enthaltenen Sondernutzungsrechtsregelung und Bevollmächtigung von derjenigen, dass derartige nicht in der Teilungserklärung geregelt worden ist, sondern sich der teilenden Eigentümer erst in den jeweiligen Erwerbsverträgen entsprechende Vollmachten zu Sondernutzungsrechtsbegründungen erteilen lässt.

(...)

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt/Fachanwalt für Miet- und Wohnungseigentumsrecht und Bau- und Architektenrecht Dr. **Andreas Ott**, Berlin

Die Entscheidung des OLG Frankfurt überzeugt nicht. Dieses ist der Ansicht, Sondernutzungsrechte seien bereits von Anfang an in der Gemeinschaftsordnung aufschiebend bedingt begründet worden, weshalb es einer Zustimmung dinglich berechtigter Dritter nicht mehr bedurft habe. Die Regelungen in der Gemeinschaftsordnung sprechen indes eher für die sog. Ermächtigungs- bzw. Vollmachtslösung. Erforderlich gewesen wäre mithin eine Zustimmung (beeinträchtigter) dinglich berechtigter Dritter, da erst mit Abgabe der Erklärung(en) durch den Verwalter und Eintragung im Grundbuch eine Inhaltsänderung des Sondereigentums stattgefunden hätte. Das OLG berücksichtigt meines Erachtens nicht hinreichend die Grundsätze der Auslegung von Grundbucheintragungen. Dessen Notarschelte, gerichtet an den die Weiterveräußerung beurkundenden Notar, erscheint unberechtigt. Der zugrundeliegende Sachverhalt zeigt einmal mehr, wie wichtig es in der notariellen Praxis ist, auf eine klare und eindeutige Gestaltung von Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung zu achten.

1. In Betracht kommende Begründungsmöglichkeiten

Sondernutzungsrechte können auf verschiedene Art und Weise begründet werden:¹

a) Bei einer vom OLG angenommenen aufschiebend bedingten Begründung von Sondernutzungsrechten wird der Nutzungsausschluss der übrigen Wohnungseigentümer (negative Komponente) bereits mit Eintragung der Gemeinschaftsordnung im Grundbuch (aufschiebend bedingt) Inhalt des Sondereigentums sämtlicher Wohnungseigentumsrechte. Die Zuweisung der alleinigen Nutzungsbefugnis (positive Komponente) ist der Bedingungseintritt und führt zum Wirksamwerden des Nutzungsausschlusses (§ 158 Abs. 1 BGB). Einer Zustimmung zwischenzeitlich im Grundbuch

eingetragener dinglich berechtigter Dritter nach §§ 877, 876 BGB bedarf es nicht, da der Nutzungsausschluss bereits (aufschiebend bedingt) Inhalt des belasteten Wohnungseigentums ist.

b) Vorliegend kommt neben der vom OLG Frankfurt a. M. favorisierten aufschiebend bedingten Begründung von Sondernutzungsrechten eine Begründung aufgrund Ermächtigung/Vollmacht in Betracht. Nach überwiegender Meinung kann dem teilenden Eigentümer oder einem Dritten ein Leistungsbestimmungsrecht nach § 315 BGB eingeräumt oder Vollmacht erteilt werden.² Beides kann in der Gemeinschaftsordnung geschehen, da eine Angelegenheit der Wohnungseigentümer untereinander betroffen ist (§ 10 Abs. 2 Satz 2 WEG).³ Durch Eintragung der Gemeinschaftsordnung ins Grundbuch wird hier der Nutzungsausschluss noch nicht Inhalt des Sondereigentums. Eine Inhaltsänderung erfolgt vielmehr erst durch Abgabe der Erklärung(en) des Ermächtigten bzw. Bevollmächtigten und die Eintragung im Grundbuch. Für zuvor eingetragene dinglich berechnigte Dritte kann diese nachträgliche Inhaltsänderung zu einer Beeinträchtigung im Sinne der §§ 877, 876 BGB führen und ein Zustimmungserfordernis auslösen.⁴

2. Auslegung

a) Welche der denkbaren Begründungsmöglichkeiten einschlägig ist, muss durch Auslegung der Gemeinschaftsordnung ermittelt werden. Für die Interpretation von Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung sind die Grundsätze der Auslegung von Grundbucheintragungen (§ 7 Abs. 3 WEG) zu beachten. Wegen der Wirkung gegenüber Dritten (hier: Sondernachfolger nach § 10 Abs. 3 WEG) ist maßgeblich auf die nächstliegende Bedeutung des Wortsinns abzustellen. Begleitumstände sind nur insoweit zu berücksichtigen, als diese ohne Weiteres für jedermann erkennbar sind.⁵

b) Unter Berücksichtigung dieses Maßstabes kann man vorliegend schwerlich zu dem Ergebnis gelangen, nächstliegende Bedeutung des Wortlautes der Regelungen in § 10 der Gemeinschaftsordnung sei eine aufschiebend bedingte Begründung von Sondernutzungsrechten. Schon sprachlich geht aus der Bestimmung nicht eindeutig hervor, dass bereits hierdurch die übrigen Wohnungseigentümer aufschiebend bedingt durch eine spätere Zuweisung von der Nutzung einzelner Kfz-Stellplätze ausgeschlossen sein sollen. Es ist nur die Rede davon, dass der „bisherige Alleinei-

1 Timme/Dötsch, WEG, 2. Aufl. 2014, § 15 Rdnr. 330 ff.; Häublein/Ott in Köhler, Anwalts-Handbuch Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl. 2013, Teil 17, Rdnr. 70 ff.; Ott, NZM 2017, 1 ff.; jeweils m. w. N.

2 BGH, Urteil vom 17.6.2005, V ZR 328/03, NZM 2005, 753; OLG München, Beschluss vom 31.7.2007, 34 Wx 59/07, DNotZ 2008, 289; Weitnauer, JZ 1984, 1115, 1116.

3 Eine Vollmachtserteilung lediglich in Erwerbsverträgen hat den Nachteil, dass Sondernachfolger nicht gebunden wären. Zum Kostennachteil: OLG München, Beschluss vom 11.8.2014, 34 Wx 319/14 Kost, NJOZ 2014, 1750 = Rpfleger 2015, 50; OLG München, Beschluss vom 23.4.2015, 34 Wx 122/15, NZM 2015, 942; Ott, NZM 2017 1, 3.

4 Der Ausnahmefall des § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG ist zu beachten.

5 BGH, Urteil vom 17.4.2015, V ZR 12/14, ZfIR 2015, 667, 668; BGH, Urteil vom 2.3.2012, V ZR 174/11, NJW 2012, 1722; BGH, Beschluss vom 29.1.1993, V ZB 24/92, BGHZ 121, 236, 239.

gentümer Sondernutzungsrechte ein[räumt]“. Gegen einen aufschiebend bedingten Nutzungsausschluss spricht ferner der angehängte Relativsatz („die verdinglicht werden können (siehe Vollmacht Seite V!)“). Ein aufschiebend bedingter Nutzungsausschluss müsste indessen unmittelbar mit Eintragung der Gemeinschaftsordnung Inhalt des Sondereigentums werden. Eine erst spätere „Verdinglichung“ würde nämlich keine Wirkungen gegenüber Sondernachfolgern entfalten. Sondernachfolger ist aber schon jeder Ersterwerber (vgl. § 8 Abs. 2, § 5 Abs. 4, § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG). Auch die in Bezug genommene Vollmacht (Seite V) steht der Annahme des OLG entgegen. Darin heißt es, dass „[d]er Verwalter (...) bevollmächtigt [wird], Sondernutzungsrechte (...) einzuräumen und im Grundbuch eintragen zu lassen“. Das OLG Frankfurt behauptet hierzu nonchalant, der Begriff „Einräumen“ sei gleichzusetzen mit dem Begriff „Zuordnung“ (positive Komponente). Dass dies nicht zwingend ist, liegt auf der Hand. Im Rechtsverkehr wird „einräumen“ synonym verwandt für „begründen“.

c) Die grammatikalische Betrachtungsweise spricht vorliegend für eine reine Vollmachtlösung als nächstliegender Bedeutung des Wortsinns. Die Folge dessen wäre, dass zur Eintragung der später begründeten Sondernutzungsrechte im Grundbuch die Zustimmung beeinträchtigter dinglich berechtigter Dritter nach §§ 877, 876 BGB erforderlich gewesen wäre (Konsequenz: Unrichtigkeit des Grundbuchs). Wollte man es indessen auch für vertretbar erachten, dass § 10 der Gemeinschaftsordnung nicht nur als Vollmachtlösung, sondern auch als aufschiebend bedingte Begründung von Sondernutzungsrechten interpretiert werden kann, läge keine nächstliegende Bedeutung des Wortsinns vor. Die Bestimmung wäre nichtig. Es fehlte bereits die Befugnis des Verwalters zur Begründung von Sondernutzungsrechten einschließlich formeller Antrags- und Bewilligungsbefugnis.

3. Ergebnis

Es ist festzuhalten, dass eine aufschiebend bedingte Begründung von Sondernutzungsrechten entgegen der Auffassung des OLG Frankfurt nicht die nächstliegende Bedeutung des Wortsinns der Bestimmung in § 10 der Gemeinschaftsordnung ist. Das Gericht hätte es vorliegend nicht dahinstehen lassen dürfen, ob das amtsgerichtliche Urteil über die Abweisung der negativen Feststellungsklage in Rechtskraft erwachsen ist. Wäre dies nicht der Fall, wäre die Entscheidung des OLG Frankfurt nach der hier vertretenen Auffassung im Ergebnis unzutreffend.

BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

9. Einrichtung einer Betreuung trotz bestehender Vorsorgevollmacht

BGH, Beschluss vom 17.2.2016, XII ZB 498/15 (Vorinstanz: LG Bielefeld, Beschluss vom 5.10.2015, 23 T 466/15)

BGB § 1896 Abs. 2

LEITSÄTZE:

- 1. Trotz Vorsorgevollmacht kann eine Betreuung erforderlich sein, wenn Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmachterteilung oder am Fortbestand der Vollmacht bestehen oder wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Sollten trotz Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmacht verbleiben, ist zu klären, ob diese Zweifel die Rechts-wahrnehmung der Vorsorgebevollmächtigten in einer die Erforderlichkeit einer Betreuung begründenden Weise behindern. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 I. Der im Jahre 1925 geborene Betroffene und seine rund fünf Jahre jüngere Ehefrau lebten zusammen mit den Beteiligten zu 4 und 5, ihrem Sohn und ihrer Tochter, in einem Hausanwesen. (...) Bereits im April 2012 hatte der Betroffene – ebenso wie seine Ehefrau – den Beteiligten zu 4 und 5 (im Folgenden: Vorsorgebevollmächtigte) als jeweils Einzelvertretungsberechtigten eine umfassende notarielle General- und Vorsorgevollmacht erteilt.

2 Im März 2014 regte eine weitere Tochter, die Beteiligte zu 3, beim AG die Bestellung eines Berufsbetreuers für ihre Eltern an. Das AG kam dieser Anregung im Juni 2014 nach und bestellte im Wege der einstweiligen Anordnung den Beteiligten zu 1, einen Rechtsanwalt, zum vorläufigen Betreuer des Betroffenen mit dem Aufgabenkreis Aufenthaltsbestimmung, Gesundheitsfürsorge, Regelung des Postverkehrs, Vermögensangelegenheiten, Vertretung gegenüber Behörden und Sozialversicherungsträgern sowie Wohnungsangelegenheiten. Diese vorläufige Betreuung verlängerte das AG im Dezember 2014 um weitere sechs Monate. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Vorsorgebevollmächtigten wies das LG mit Beschluss vom 15.4.2015 zurück.

3 Mit Beschluss vom 12.6.2015 hat das AG angeordnet, dass die „vorläufige Betreuung als längerfristige Betreuung fortgeführt“ werde, und als Zeitpunkt, bis zu dem über die Aufhebung oder Verlängerung der Betreuung entschieden werden sollte, den 12.6.2022 bestimmt. Die hiergegen von den beiden Vorsorgebevollmächtigten eingelegte Beschwerde ist ohne Erfolg geblieben.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. (...) [Die Rechtsbeschwerde] hat auch Erfolg.

(...)

11 a) Ein Betreuer darf nur bestellt werden, soweit die Betreuerbestellung erforderlich ist (§ 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB).

An der Erforderlichkeit fehlt es, soweit die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB). Eine Vorsorgevollmacht steht daher der Bestellung eines Betreuers grundsätzlich entgegen. Anders kann es zum einen liegen, wenn Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmachterteilung oder am Fortbestand der Vollmacht bestehen, die geeignet sind, die Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr und damit die Wahrnehmung von Rechten des Betroffenen durch den Bevollmächtigten zu beeinträchtigen (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 3.2.2016, XII ZB 425/14 m. w. N., MittBayNot 2017, 63). Eine Betreuung kann trotz Vorsorgevollmacht zum anderen dann erforderlich sein, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen, insbesondere weil zu befürchten ist, dass die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch jenen eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründet. Letzteres ist der Fall, wenn der Bevollmächtigte wegen erheblicher Bedenken an seiner Geeignetheit oder Redlichkeit als ungeeignet erscheint (Senatsbeschlüsse vom 26.2.2014, XII ZB 301/13, FamRZ 2014, 738 Rdnr. 17 m. w. N. und vom 13.4.2011, XII ZB 584/10, FamRZ 2011, 964 Rdnr. 15 m. w. N.).

12 Dabei entscheidet der Tatrichter über Art und Umfang seiner Ermittlungen nach pflichtgemäßem Ermessen. Dem Rechtsbeschwerdegericht obliegt lediglich die Kontrolle auf Rechtsfehler, insbesondere die Prüfung, ob die Tatsachengerichte alle maßgeblichen Gesichtspunkte in Betracht gezogen haben und die Würdigung auf einer ausreichenden Sachaufklärung beruht (Senatsbeschlüsse vom 26.2.2014, XII ZB 301/13, FamRZ 2014, 738 Rdnr. 18 m. w. N. und vom 13.4.2011, XII ZB 584/10, FamRZ 2011, 964 Rdnr. 16 m. w. N.).

13 b) Gemessen hieran kann die angegriffene Entscheidung keinen Bestand haben.

14 aa) Die den Erwägungen des Beschwerdegerichts erkennbar zugrundeliegende Annahme, die hier erteilte Vorsorgevollmacht sei im Grundsatz geeignet, eine Betreuung zu hindern, beruht nicht auf ausreichenden Feststellungen. In dem in der angefochtenen Entscheidung in Bezug genommenen Beschluss vom 15.4.2015 ist ausgeführt, ausweislich der Angaben des Sachverständigen habe im Dezember 2014 nicht mehr mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden können, ob der Betroffene bereits im April 2012 in einer Weise dement gewesen sei, dass die Vollmachterteilung unwirksam sei. Dies deutet auf Bedenken gegen die Wirksamkeit hin. Festgestellt ist jedoch nicht, dass auch nach Ausschöpfung aller im Rahmen des § 26 FamFG gebotenen Ermittlungsmöglichkeiten solche Zweifel verbleiben. Würde es sich dabei aber – was ebenfalls tragfähige Feststellungen erfordern würde – um Zweifel handeln, die zu relevanten Problemen für die Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr und damit in der Rechtswahrnehmung durch den Bevollmächtigten führen können, könnten die Vorsorgebevollmächtigten schon aus diesem Grunde die Angelegenheiten des Betroffenen nicht ebenso gut wie ein Betreuer besorgen (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 3.2.2016, XII ZB 425/14 m. w. N., MittBayNot 2017, 63).

15 bb) Soweit das Beschwerdegericht darauf abstellt, dass die rechtliche Vertretung durch die Vorsorgebevollmächtigten nicht dem wiederholt geäußerten natürlichen Willen des Betroffenen entspreche, kann das für sich genommen nicht dazu führen, die Erforderlichkeit einer Betreuung zu bejahen.

16 Mit der Vollmachterteilung in gesunden Tagen kann der Bevollmächtigende regeln, wer seine rechtlichen Angelegenheiten besorgen soll, wenn er krankheitsbedingt hierzu nicht mehr selbst in der Lage ist. Diese Möglichkeit der vorsorgenden Bevollmächtigung ist Ausfluss des von Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG garantierten Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen (vgl. Senatsbeschluss vom 28.7.2015, XII ZB 674/14, FamRZ 2015, 1702 Rdnr. 11). Mit ihr kann eine – wenn auch fürsorgende – staatliche Einflussnahme mittels Betreuung vermieden werden. Die Bestimmung des § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB bringt zum Ausdruck, dass dieses Selbstbestimmungsrecht aus den Gründen des dem Staat obliegenden Erwachsenenschutzes und damit zum Wohle des Betroffenen im Einzelfall erst dann endet, wenn die rechtliche Fürsorge durch einen Betreuer derjenigen durch den Bevollmächtigten überlegen ist. Eine – ggf. krankheitsbedingte – schlichte Meinungsänderung des nicht mehr geschäftsfähigen Betroffenen kann die in gesunden Tagen geschaffene rechtliche Bindungswirkung der Vollmachterteilung hingegen nicht beseitigen.

17 Ob und inwieweit der einer Ausübung der Vollmacht durch die Vorsorgebevollmächtigten mittlerweile entgegenstehende natürliche Wille des Betroffenen dazu führt, dass seine Angelegenheiten von den Vorsorgebevollmächtigten nicht (mehr) ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden könnten, lässt sich der Beschwerdeentscheidung nicht entnehmen.

18 cc) Die bislang getroffenen Feststellungen rechtfertigen auch nicht die Annahme, die Vorsorgebevollmächtigten seien nicht geeignet, die Angelegenheiten des Betroffenen zu dessen Wohl zu besorgen.

19 (1) Wie die Rechtsbeschwerde zu Recht rügt, legt das Beschwerdegericht nicht offen, auf welche Ausführungen des gerichtlichen Sachverständigen und der Verfahrenspflegerin es sich zur Begründung seiner Einschätzung stützt, die Betreuung sei trotz der Vorsorgevollmacht erforderlich im Sinne des § 1896 Abs. 2 BGB. Die Beschlussgründe erschöpfen sich vielmehr in dem nicht weiter spezifizierten Hinweis auf die „ausführlichen und übereinstimmenden Angaben“. Eine Nachprüfung im Rechtsbeschwerdeverfahren, ob dieser rechtliche Schluss gerechtfertigt ist, kann daher nicht erfolgen, weshalb die Beschwerdeentscheidung nicht von dieser Erwägung getragen wird.

20 (2) Das Gleiche gilt, soweit das Beschwerdegericht Anhaltspunkte für eine Ungeeignetheit der Vorsorgebevollmächtigten darin zu erkennen meint, dass diese sich nicht regelmäßig und hinreichend um die tatsächliche Betreuung des Betroffenen bemühten. Anhaltspunkte weisen bereits begrifflich allenfalls in eine bestimmte Richtung, können aber die notwendige Überzeugung des Gerichts von einem Umstand – hier der Ungeeignetheit der Vorsorgebevollmächtigten – nicht begründen.

21 Darüber hinaus verweist die Rechtsbeschwerde mit Recht zum einen darauf, dass das Beschwerdegericht allein auf das Verhalten der Vorsorgebevollmächtigten nach der Bestellung des (vorläufigen) Betreuers abstellt. Dass die Vorsorgebevollmächtigten dem Betroffenen bis zur Einrichtung der Betreuung nicht die erforderliche tatsächliche Betreuung hätten zukommen lassen, ist nicht ersichtlich. Zum anderen macht die Rechtsbeschwerde zutreffend geltend, dass die Vorsorgebevollmächtigten im Laufe des Verfahrens in mehreren Schriftsätzen ihrer Rechtsanwältin eine Reihe tatsächlicher Unterstützungsmaßnahmen für den Betroffenen auch nach der ersten Betreuerbestellung vorgetragen hatten. Hiermit setzt sich die angegriffene Entscheidung nicht auseinander.

22 Die in diesem Zusammenhang angestellte Überlegung des Beschwerdegerichts, den Vorsorgebevollmächtigten habe klar sein müssen, dass sie aufgrund der Vollmacht für tatsächliche Betreuungsleistungen wie Fahrten oder deren Organisation zuständig seien, ist zudem rechtsfehlerhaft. Die Vorsorgevollmacht begründet gerade keine Verpflichtung zu tatsächlichen Pflegeleistungen, sondern soll eine rechtliche Betreuung überflüssig machen. Es lässt sich der Beschwerdeentscheidung nicht entnehmen, inwieweit die Vorsorgebevollmächtigten rechtliche Aufgaben unerfüllt gelassen hätten, die nicht dem Aufgabenkreis des (vorläufigen) Betreuers unterfielen.

23 (3) Schließlich kann auch das vom Beteiligten zu 4 seiner Schwester, der Beteiligten zu 3, erteilte Hausverbot die Annahme einer Ungeeignetheit nicht rechtfertigen. Zwar kann es ggf. die Besorgnis begründen, die Vollmacht werde nicht zum Wohl des Betroffenen ausgeübt, wenn der Bevollmächtigte eigene Interessen über die des Betroffenen stellt, indem er aus eigensüchtigen Motiven den persönlichen Kontakt des Betroffenen mit für diesen wichtigen Bezugspersonen unterbindet. Wie die Rechtsbeschwerde zutreffend rügt, liegt ein solcher Fall hier aber nicht vor. In dem von den Vorsorgebevollmächtigten zur Akte gereichten Schreiben sind von dem Hausverbot Besuche bei den gemeinsamen Eltern ausdrücklich ausgenommen. Hierauf hatten die Vorsorgebevollmächtigten zudem im Betreuungsverfahren schriftsätzlich hingewiesen. Diesen entscheidenden Umstand hat das Beschwerdegericht nicht berücksichtigt.

24 Im Übrigen zeigt das Schreiben, dass der Beteiligte zu 4 trotz der mit der Schwester bestehenden Spannungen zwischen seinen eigenen und den Interessen des Betroffenen zu differenzieren weiß. Das Hausverbot spricht mithin entgegen der Annahme des Beschwerdegerichts nicht gegen die Eignung des Beteiligten zu 4.

25 3. Die angefochtene Entscheidung ist somit schon deshalb aufzuheben, weil die nach § 1896 Abs. 2 BGB notwendige Erforderlichkeit der Betreuung nicht feststeht. Mangels ausreichender Feststellungen kann der Senat in der Sache nicht abschließend entscheiden. Die Sache ist daher an das LG zurückzuverweisen, wobei der Senat von der Möglichkeit des § 74 Abs. 6 Satz 3 FamFG Gebrauch macht.

26 a) Das LG wird nunmehr die erforderlichen Feststellungen dazu zu treffen haben, ob eine Betreuung trotz der Vorsorgevollmacht erforderlich ist. Dabei wird es zu ermitteln haben, ob die Vollmachterteilung wirksam oder der Betroffene zum da-

maligen Zeitpunkt bereits geschäftsunfähig war. Sollten trotz Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmacht verbleiben, ist zu klären, ob diese Zweifel die Rechtswahrnehmung der Vorsorgebevollmächtigten für den Betroffenen in einer die Erforderlichkeit einer Betreuung begründenden Weise behindern können.

(...)

29 b) Dass das Beschwerdegericht dem Betreuer die Überprüfung aufgegeben hat, ob die General- und Vorsorgevollmacht zu widerrufen sei, gibt zu dem Hinweis Anlass, dass die Rechtsmacht des Betreuers zu einem solchen Widerruf die ausdrückliche Zuweisung dieser Befugnis durch gerichtlichen Beschluss erfordert (Senatsbeschluss vom 28.7.2015, XII ZB 674/14, FamRZ 2015, 1702 Rdnr. 10 ff. m. w. N.). Diese Zuweisung setzt tragfähige Feststellungen voraus, dass das Festhalten an der erteilten Vorsorgevollmacht eine künftige Verletzung des Wohls des Betroffenen mit hinreichender Wahrscheinlichkeit und in erheblicher Schwere befürchten lässt. Sind behebbare Mängel bei der Vollmachtausübung festzustellen, erfordert der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz grundsätzlich zunächst den Versuch, durch einen (Kontroll-) Betreuer auf den Bevollmächtigten positiv einzuwirken, insbesondere durch Verlangen nach Auskunft und Rechenschaftslegung (§ 666 BGB) sowie durch die Ausübung bestehender Weisungsrechte. Nur wenn diese Maßnahmen fehlschlagen oder aufgrund feststehender Tatsachen mit hinreichender Sicherheit als ungeeignet erscheinen, ist die Ermächtigung zum Widerruf der Vollmacht – als ultima ratio – verhältnismäßig (Senatsbeschlüsse vom 14.10.2015, XII ZB 177/15, FamRZ 2016, 117 Rdnr. 16; vom 23.9.2015, XII ZB 624/14, FamRZ 2015, 2163 Rdnr. 17; und vom 28.7.2015, XII ZB 674/14, FamRZ 2015, 1702 Rdnr. 33 ff. m. w. N.).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessorin **Anne Bergmann**, Trostberg

In der vorliegenden Entscheidung setzt sich der BGH einmal mehr mit der Frage auseinander, unter welchen Voraussetzungen eine Betreuerbestellung trotz bestehender Vorsorgevollmacht erforderlich sein kann. Dabei betont der BGH, wie schon in einer Reihe von aktuellen Vorgängerentscheidungen zum Themenkreis,¹ abermals die besondere Bedeutung der Vorsorgevollmacht als Instrument der selbstbestimmten Vorsorge. Erneut nutzt er die Gelegenheit, eine restriktive Handhabung der (Kontroll-)Betreuerbestellung anzumahnen und begründet dies ausdrücklich mit der Verankerung der Vollmachterteilung im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemäß Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG.²

1 Ein zusammenfassender Überblick hierzu findet sich z. B. bei Müller, DNotZ 2015, 403 ff.

2 Grundlegend hierzu bereits BGH, Beschluss vom 28.7.2015, XII ZB 674/14, DNotZ 2015, 848, Rdnr. 11 unter Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 10.10.2008, 1 BvR 1415/08, FamRZ 2008, 2260.

1. Erforderlichkeit der Betreuerbestellung trotz Erteilung einer Vorsorgevollmacht – Fallgruppen

Mit erfreulicher Klarheit stellt der Senat fest, dass es dem Vollmachtgeber vor diesem Hintergrund unbenommen sein muss, in gesunden Tagen zu regeln, wer seine rechtlichen Angelegenheiten besorgen soll, wenn er hierzu krankheitsbedingt nicht mehr selbst in der Lage ist. Im Hinblick auf das verfassungsrechtlich gewährleistete Selbstbestimmungsrecht seien diesbezügliche Entscheidungen, die der Vollmachtgeber selbst im Zustand der Geschäftsfähigkeit getroffen habe, grundsätzlich zu akzeptieren. Zweifelsohne verdienen diese Äußerungen uneingeschränkte Zustimmung.

In Betracht kommt eine ergänzende Betreuerbestellung bei Gesamtschau der im vorliegenden Beschluss aufgegriffenen jüngeren Rechtsprechung deshalb nur in folgenden – ihrerseits einschränkend zu interpretierenden – Ausnahmekonstellationen:

a) Persönliche Ungeeignetheit des Bevollmächtigten

Zum einen hält der BGH eine Betreuerbestellung dann für gerechtfertigt, wenn sich der Bevollmächtigte aufgrund konkreter tatsächlicher Anhaltspunkte als ungeeignet erweist, die Angelegenheit des Betroffenen zu besorgen. Da der Bevollmächtigte bei Ausübung seiner Vollmacht, ähnlich einem Betreuer, gerade keine Verpflichtung zur Erbringung tatsächlicher Pflegeleistungen einget, sondern vielmehr ausschließlich eine rechtliche Aufgabenwahrnehmung übernimmt, ist dabei nach zutreffender Auffassung des Gerichts auf dieselben Kriterien abzustellen wie im Rahmen der Betreuerauswahl.³ Ein Eignungsmangel kann mithin nur dann unterstellt werden, wenn das Verhalten des Bevollmächtigten die Besorgnis begründet, die Vollmacht werde nicht zum Wohle des Betroffenen ausgeübt.⁴ Letzteres kann insbesondere dann der Fall sein, wenn der Bevollmächtigte seine eigenen Interessen über diejenigen des Vollmachtgebers stellt, indem er aus eigensüchtigen Motiven den Kontakt zu wichtigen Bezugspersonen unterbindet.⁵

Zu Zweifeln der vorgenannten Art, die die Geeignetheit und Redlichkeit des Bevollmächtigten betreffen, ist dieser im Rahmen der Amtsermittlung nach § 26 FamFG sowie zur Wahrung seiner Verfahrensrechte außerdem stets persönlich anzuhören.⁶

b) Begründete Zweifel am Bestehen bzw. Fortbestehen der Vorsorgevollmacht

Zum anderen kann eine Betreuerbestellung nach den maßgeblichen Rechtsprechungsgrundsätzen dann angezeigt sein, wenn begründete Zweifel an der wirksamen Erteilung

der Vollmacht bestehen oder tatsächliche Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die einmal erteilte Vollmacht zu einem späteren Zeitpunkt wirksam widerrufen wurde. Hinzukommen muss in diesen Fällen jedoch, dass vorgenannte Wirksamkeitszweifel eine objektiv spürbare Beeinträchtigung der Akzeptanz der Vollmacht im Rechtsverkehr nach sich ziehen, die den Bevollmächtigten an einer effektiven Aufgabenwahrnehmung hindern.⁷ Denn nur unter diesen zusätzlichen Voraussetzungen können die Angelegenheiten des Vollmachtgebers vom Bevollmächtigten faktisch nicht mehr ebenso gut wahrgenommen werden wie durch einen gerichtlich legitimierten Betreuer. Was das erforderliche Ausmaß der Wirksamkeitszweifel im konkreten Einzelfall anbelangt, beinhaltet die vorliegende Entscheidung damit eine ausdrückliche Abkehr von der früheren Rechtsprechung des Senats⁸, die dem verfassungsrechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zusätzlich Rechnung trägt.

Nicht ausreichend für die Annahme einer entsprechend eingeschränkten Praxistauglichkeit der Vollmacht ist, wie der Beschluss ausdrücklich klarstellt, eine Änderung des natürlichen Willens des Vollmachtgebers nach erwiesenem Eintritt der Geschäftsunfähigkeit. In zustimmungswürdiger Weise stellt der BGH hierzu fest, dass eine – ggf. krankheitsbedingte – schlichte Meinungsänderung zur Beseitigung der Bindungswirkung der ursprünglich wirksam erteilten Vollmacht ungeeignet ist, wenn und soweit der Vollmachtgeber zu einer selbstbestimmten Willensbildung und -betätigung gerade nicht mehr in der Lage ist.⁹ Dem ist aus Gründen der Rechtsklarheit beizupflichten, zumal Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG nicht entgegenstehen. Ganz im Gegenteil wird dem von Krankheitssymptomen unbeeinflussten Willen des Betroffenen, der sich durch Errichtung einer Vorsorgevollmacht bewusst gegen eine gesetzliche Betreuung entschieden hat, gerade zum Durchbruch verholfen, wenn an die (faktische) Entziehung der Rechtsmacht dieselben Anforderungen hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit gestellt werden wie an deren Einräumung.

2. Umfang und Reichweite der Amtsermittlungspflichten nach § 26 FamFG¹⁰

Ogleich die Entscheidung über Art und Umfang der Ermittlungen, die das Gericht zur Feststellung der Geschäftsfähigkeit im jeweils maßgeblichen Zeitpunkt der Vollmachterteilung und/oder des Vollmacht Widerrufs anstellt, im pflichtgemäßen Ermessen des Tatrichters liegen, haben diese auf eine ausreichende Sachverhaltsaufklärung zu achten und sicherzustellen, dass alle maßgeblichen Gesichtspunkte in die Entscheidung einbezogen wurden. Hinsichtlich der Frage der Geschäftsfähigkeit verlangt der BGH den Gericht-

3 Vgl. Rdnr. 23 f. der besprochenen Entscheidung; *Dodegge*, FamRZ 2016, 806.

4 BGH, Beschluss vom 26.2.2014, XII ZB 301/13, FamRZ 2008, 2260 Rdnr. 17; BGH, Beschluss vom 13.4.2011, XII ZB 584/10, MittBayNot 2012, 40 Rdnr. 15.

5 Rdnr. 25 der besprochenen Entscheidung.

6 Rdnr. 29 der besprochenen Entscheidung; BGH, Beschluss vom 15.12.2010, XII ZB 165/10, NJW 2011, 925 Rdnr. 17 f.

7 Rdnr. 28 ff. der besprochenen Entscheidung; BGH, Beschluss vom 3.2.2016, XII ZB 425/14, MittBayNot 2017, 63 Ls. 3 und Rdnr. 11 f.; BGH, Beschluss vom 19.10.2016, XII ZB 289/16, DNotZ 2017, 128 Ls. 3.

8 Vgl. hierzu Beschluss vom 19.8.2015, XII ZB 610/14, DNotZ 2016, 193 Rdnr. 27 m. w. N.

9 Rdnr. 17 f. der besprochenen Entscheidung.

10 Ausführlich hierzu BGH, Beschluss vom 3.2.2016, XII ZB 425/14, MittBayNot 2017 63, Rdnr. 13 ff.

ten der Tatsacheninstanz auf einer ersten Stufe zunächst die Ausschöpfung aller ihnen im Rahmen des § 26 FamFG zur Verfügung stehenden Ermittlungsmöglichkeiten ab. Bei verbleibenden Zweifeln müssen auf einer zweiten Stufe tragfähige Feststellungen dazu getroffen werden, welche praktischen Konsequenzen diese Zweifel für den Einsatz der Vollmacht im Rechtsverkehr haben und inwiefern die Rechtswahrnehmung durch den Bevollmächtigten aufgrund dessen tatsächlich eingeschränkt sein kann.

10. Änderung der Teilungserklärung nach Erklärung der Auflassung

OLG Nürnberg, Beschluss vom 1.6.2016, 15 W 338/16

LEITSATZ:

Es ist keine erneute Auflassung bei einem Nachtrag zur Teilungserklärung erforderlich, der hinsichtlich des aufgelassenen Wohnungseigentums weder den Miteigentumsanteil noch Gegenstand und Umfang des Sondereigentums ändert. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Der Notar beantragte den abschließenden Vollzug seiner Urkunde, einem Baurägerkaufvertrag, durch Löschung der Auflassungsvormerkung bei gleichzeitiger Eintragung der Käuferin K als Eigentümerin des Miteigentumsanteils verbunden mit dem Sondereigentum an der Eigentumswohnung W2 gemäß der Auflassung von 2012.

2 Mit einem Nachtrag zur Teilungserklärung aus dem Jahre 2013 waren Gemeinschaftseigentum zu Sondereigentum und Sondereigentum zu Gemeinschaftseigentum erklärt, zwei andere Sondereigentumseinheiten zusammengefasst, Wohnungsgrundrisse verändert und Sondernutzungsrechte gebildet worden. Der verfahrensgegenständliche Miteigentumsanteil und der Zuschnitt der Wohnung W2 blieben dabei unverändert.

3 Das AG – Grundbuchamt – wies den Eintragsantrag im Wesentlichen mit der Begründung zurück, dass der Inhalt des Wohnungseigentums durch den Vollzug des Nachtrags zur Teilungserklärung verändert worden sei. Das Wohnungseigentum, auf das sich die Auflassung von 2012 beziehe, habe infolgedessen aufgehört zu existieren. Auch wenn der Miteigentumsanteil samt zugehöriger Wohnung unverändert geblieben sei, sei das Wohnungseigentum in der Gestalt des Nachtrags zur Teilungserklärung aufgrund der eingetretenen Änderungen des Inhalts mit dem Kaufgegenstand nicht mehr identisch. Das Wohnungseigentum werde erst durch das Verhältnis zu den übrigen Miteigentümern bestimmt, das verändert worden sei.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. Die zulässige Beschwerde ist begründet.

6 1. Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte Beschwerde ist durch den Notar formgerecht (§ 73 GBO) eingelegt worden und als zulässiges Rechtsmittel der Beteiligten auszulegen.

7 a) Auch bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 15 GBO hat ein Notar weder ein eigenes Antragsrecht noch ein eigenes Beschwerderecht. Er kann vielmehr aufgrund einer ge-

setzlich vermuteten Vertretungsbefugnis den Antrag nur „im Namen eines Antragsberechtigten“ stellen. In gleicher Weise kann er auch eine Beschwerde nicht im eigenen Namen, sondern nur namens eines Beteiligten einlegen (BayObLG, Beschluss vom 2.8.1989, BReg 2 Z 86/89, juris Rdnr. 12; KG, Beschluss vom 11.2.2014, 1 W 130/13, juris Rdnr. 9).

8 b) Die Absicht des Notars, für die antragsberechtigten Vertragsparteien zu handeln, ergibt sich aber zumindest aus der Auslegung der Beschwerde vom 5.2.2016. Weil der Notar den Antragsberechtigten, für den er den Antrag mit seinem Schreiben vom 7.7.2015 stellte, nicht ausdrücklich benannt hatte, ist davon auszugehen, dass der Eintragungsantrag im Namen aller antragsberechtigten Beteiligten (§ 13 Abs. 1 Satz 2 GBO) gestellt wurde (BayObLG, Beschluss vom 26.2.1993, 2 Z BR 6/93, juris Rdnr. 10). Entsprechendes gilt für die Einlegung der Beschwerde. Wenn ein Notar im Rahmen der vermuteten Vollmacht nach § 15 GBO Beschwerde einlegt, sind regelmäßig alle Antragsberechtigten als Beschwerdeführer anzusehen, falls sich nicht aus einer ausdrücklichen Angabe oder den Umständen etwas anderes ergibt (OLG Schleswig-Holstein, Beschluss vom 9.7.2010, 2 W 94/10, juris Rdnr. 12; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 15 Rdnr. 20).

9 2. Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Gemäß § 20 GBO darf im Falle der Auflassung eines Grundstücks die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist. Diese Voraussetzung liegt vor. Einer erneuten Auflassung bedarf es auch angesichts des Nachtrags zur Teilungserklärung nicht, weil hinsichtlich des aufgelassenen Wohnungseigentums weder der Miteigentumsanteil noch Gegenstand und Umfang des Sondereigentums geändert worden sind (BayObLG, Beschluss vom 13.6.1984, BReg 2 Z 40/84). Die Identität des Auflassungsobjekts hat sich nicht verändert.

10 a) Wohnungseigentum ist ein besonders ausgestaltetes Miteigentum an einem Grundstück (BGH, Beschluss vom 17.1.1968, V ZB 9/67, juris Rdnr. 11; BayObLG, Beschluss vom 23.7.1993, 2 Z BR 69/93, juris Rdnr. 11). Es zeichnet sich durch die Möglichkeit aus, das Miteigentum mehrerer Personen am Grundstück in der Weise zu beschränken, dass jedem Miteigentümer abweichend von §§ 93, 94 BGB das Sondereigentum an bestimmten Räumen eines auf dem Grundstück errichteten (oder zu errichtenden) Gebäudes eingeräumt wird. Die Übertragung eines Wohnungseigentums stellt inhaltlich den Eigentumserwerb eines Miteigentumsanteils dar, der mit dem Sondereigentum an bestimmten Räumen verbunden ist. Der Erwerb vollzieht sich nach §§ 873, 925 BGB. Maßgeblich für die Frage der notwendigen Identität zwischen Wohnungseigentum und Auflassungserklärung ist demgemäß – unabhängig von wirtschaftlichen Aspekten – allein eine sachenrechtliche Betrachtung. Der Verfügungsgegenstand ist im Rahmen dessen vom Inhalt desselben zu unterscheiden. Zutreffend wird in der Beschwerdeschrift insofern darauf verwiesen, dass eine Inhaltsänderung denknotwendig das Fortbestehen des (geänderten) Verfügungsgegenstands voraussetzt und nicht dessen Untergang zur Folge haben kann.

11 b) Der Gegenstand und damit die Identität des Wohnungseigentums ergibt sich aus der Durchbrechung der von §§ 93, 94 BGB vorgesehenen Akzessorietät des Eigentums an

Grundstück und Gebäude, mithin den von ihm erfassten räumlichen Bereich, § 5 Abs. 1 WEG. Nur insofern erfolgt eine (dingliche) Stärkung des eigenen Miteigentums im Verhältnis zu den übrigen Miteigentümern.

12 c) Regelungen gemäß § 5 Abs. 4 Satz 1, § 10 Abs. 2 Satz 2 und 3 WEG können sich zwar insbesondere auf die Nutzbarkeit des Miteigentums sowohl in Bezug auf das Sonder- als auch das Gemeinschaftseigentum auswirken und damit wirtschaftliche Relevanz haben. Trotz ihrer eigentumsprägenden Wirkung betreffen sie aber – auch wenn sie auf der Grundlage von § 10 Abs. 3 WEG in das Grundbuch eingetragen und damit verdinglicht werden (*Bärman*, WEG, 13. Aufl., § 10 Rdnr. 118; *Timme*, WEG, 2. Aufl., § 10 Rdnr. 162; BeckOK-BGB, Stand 1.2.2016, § 10 WEG Rdnr. 26; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 2885a) – lediglich das Gemeinschaftsverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander und damit nicht die (abstrakten) sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft. Sachenrechtliche Zuordnungen können vielmehr nicht Gegenstand einer Vereinbarung im Sinne von § 5 Abs. 4 Satz 1, § 10 Abs. 2 Satz 2 und 3 WEG sein (*Palandt*, 75. Aufl., § 10 WEG Rdnr. 12 m. w. N.). Auch die Einräumung eines dinglich wirkenden Sondernutzungsrechts im Rahmen einer solcher Regelung lässt die sachenrechtliche Zuordnung des Nutzungsgegenstands zum Gemeinschaftseigentum unverändert (BGH, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 189/11, juris Rdnr. 9).

13 d) Mit dem Nachtrag zur Änderung der Teilungserklärung wurde zwar insbesondere auch Gemeinschaftseigentum zu Sondereigentum und Sondereigentum zu Gemeinschaftseigentum umgewandelt, mithin zumindest die Lage des Gemeinschaftseigentums verändert. Dies kann sich auf den Wert des Wohnungseigentums ausgewirkt und – gerade deshalb – möglicherweise Ansprüche der Erwerberin gegenüber der Verkäuferin zur Folge haben. Die Identität des Auflassungsobjekts hat sich dadurch aber nicht verändert. Denn aufgelassen ist nach wie vor der – als solches unverändert gebliebene – Miteigentumsanteil samt zugehörigem Sondereigentum (BayObLG, Beschluss vom 13.6.1984, BReg 2 Z 40/84). Bei sachenrechtlicher Betrachtung wird die Erwerberin immer noch im selben Umfang an dem Wohnpark beteiligt, und zwar sowohl hinsichtlich ihres Anteils am Gemeinschaftseigentum als auch bezüglich ihres Sondereigentums.

(...)

11. Eigenurkunde aufgrund Vollmacht bei betreuungsgerichtlicher Genehmigung

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 9.11.2015, 3 W 54/15

BGB §§ 181, 1829 Abs. 1 Satz 2, § 1839

Haager Übereinkommen über den internationalen Schutz von Erwachsenen Art. 14

LEITSÄTZE:

- 1. Der Anwendungsbereich der notariellen Eigenurkunde ist nicht darauf beschränkt, verfahrensrechtliche**

Erklärungen der Beteiligten zu ändern, zu ergänzen oder zu berichtigen, soweit dies zum grundbuchlichen Vollzug dieser Urkunde erforderlich ist. Sie kann auch materiellrechtliche Erklärungen zum Gegenstand haben, jedenfalls soweit diese dem Geschäftskreis des Notars zuzuordnen sind.

- 2. Zum Umfang einer dem Notar erteilten Vollmacht, die gerichtliche Genehmigung nach § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB entgegenzunehmen, dem anderen Teil mitzuteilen und diese Mitteilung für ihn in Empfang zu nehmen.**

SACHVERHALT:

1 I. Der Beteiligte und seine nach österreichischem Recht eingesetzte Sachwalterin (entspricht einer Betreuerin nach deutschem Recht) sind neben 15 weiteren Personen Eigentümer des vorbezeichneten Grundbesitzes. Mit notariellem Vertrag vom 8.9.2014 veräußerten sie diesen an eine Käuferin.

2 In dem notariellen Vertrag heißt es u. a.:

„IX

Vollzugsauftrag

2. Die Beteiligten bevollmächtigen den Notar, unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB diese Urkunde zu ergänzen oder abzuändern.“

3 „X.

Genehmigung

Im österreichischen Recht gibt es keine Bestimmung, wonach die vom Bezirksgericht erteilte Genehmigung zur Wirksamkeit des Kaufvertrages dem anderen Vertragsteil mitgeteilt werden muss.“

4 Mit Nachtragsurkunde vom 23.4.2015 bevollmächtigte sich der beurkundende Notar, die zwischenzeitlich erteilte und bestandskräftige pflegschaftsgerichtliche Genehmigung des Bezirksgerichts F./Österreich für alle Vertragsteile in Empfang nehmen und sie dem anderen Vertragsteil bekanntgeben zu dürfen. Zugleich beurkundete er die entsprechenden Kenntnisnahmen.

5 Der Notar hat den Vollzug der Urkunde im Grundbuch für die Beteiligten beantragt.

6 Mit Zwischenverfügung vom 30.4.2015 hat das Grundbuchamt dem verfahrensbevollmächtigten Notar aufgegeben, den Nachweis zu führen, dass die Genehmigung des Bezirksgerichts von der Sachwalterin dem anderen Vertragsteil nach § 1829 BGB mitgeteilt worden sei. Zur Begründung ist ausgeführt, dass die dem Notar erteilte Vollmacht die hier vorgenommene Bevollmächtigung zur Kenntnisnahme und Bekanntgabe der Genehmigung nicht abdecke.

7 Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten.

AUS DEN GRÜNDEN:

8 II. 1. Die Beschwerde ist nach § 71 Abs. 1 GBO zulässig. Der Senat ist nach §§ 72, 81 Abs. 1 GBO für die Entscheidung über die Beschwerde zuständig.

9 2. In der Sache führt das Rechtsmittel zum Erfolg. Die Zwischenverfügung ist nicht gemäß § 18 GBO veranlasst. Im Einzelnen gilt Folgendes:

10 a) Im Ausgangspunkt zutreffend und von der Beschwerde nicht angegriffen ist allerdings die Ansicht des Grundbuchamtes, dass für die Wirksamkeit der pflegschaftsgerichtlichen Genehmigung § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt, wonach die Genehmigung dem anderen Teil gegenüber erst wirksam wird,

wenn sie ihm durch den Vormund mitgeteilt wird. Die Anwendung deutschen Rechts für die hier bestehende Vormundschaft nach österreichischem Recht folgt aus Artikel 14 des Haager Übereinkommens über den internationalen Schutz von Erwachsenen. Wird hiernach eine in einem Vertragsstaat getroffene Maßnahme (hier: Bestellung einer Sachwalterin in Österreich) in einem anderen Vertragsstaat durchgeführt (hier Vertretung durch die Sachwalterin bei einem Grundstücksgeschäft in Deutschland), so bestimmt das Recht dieses anderen Staates die Bedingungen, unter denen sie durchgeführt wird. Ausländische Fürsorgepersonen unterliegen danach bei ihrer Tätigkeit in Deutschland den Genehmigungserfordernissen und den Verfahrensbestimmungen des deutschen Betreuungsrechts.

11 b) Der gesetzliche Vertreter – hier die Sachwalterin – kann einen Dritten bevollmächtigen, die gerichtliche Genehmigung entgegenzunehmen und dem anderen Teil nach § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB mitzuteilen; der andere Teil kann seinerseits denselben Dritten ermächtigen, die Mitteilung für ihn in Empfang zu nehmen. Bevollmächtigt werden kann in dieser Weise insbesondere auch der beurkundende Notar. Die Doppelbevollmächtigung muss dabei deutlich erteilt werden. Die formularmäßig verwendete Bevollmächtigung zur Abgabe der mit der Durchführung eines notariellen Vertrages erforderlichen Erklärungen umfasst nach einer weitgehend vertretenen Auffassung noch keine Doppelbevollmächtigung im Sinne von § 1829 BGB (LG Oldenburg, Rpfleger 1984, 414; *Lafontaine* in *Herberger/Martinek/Rüßmann u. a.*, jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 1829 BGB; *Erman/Saar*, BGB, 12. Aufl. 2008, § 1829 Rdnr. 4). Die Mitteilung nach § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB ist dem Grundbuchamt gemäß § 20 GBO nachzuweisen.

12 c) Dies vorausgeschickt, genügt die in dem notariellen Kaufvertrag erteilte Bevollmächtigung des Notars und die unter ihrer Verwendung wiederum von ihm in einer Eigenurkunde an sich selbst erteilte Vollmacht in dem oben unter b) beschriebenen Sinne den gesetzlichen Anforderungen.

13 Der Anwendungsbereich der notariellen Eigenurkunde ist nicht darauf beschränkt, verfahrensrechtliche Erklärungen der Beteiligten zu ändern, zu ergänzen oder zu berichtigen, soweit dies zum grundbuchlichen Vollzug dieser Urkunde erforderlich ist. Sie kann auch materiellrechtliche Erklärungen zum Gegenstand haben, jedenfalls soweit diese dem Geschäftskreis des Notars zuzuordnen sind (*Milzer*, notar 2013, 35) und die ihm erteilte Vollmacht diese umfassen. So liegt der Fall hier. Die Beteiligten haben den Notar ohne Einschränkung bevollmächtigt, den Kaufvertrag zu ändern oder zu ergänzen. Eine solche Bevollmächtigung umfasst mit Bezug auf das angestrebte Ziel der Vertragsdurchführung alle hierzu notwendigen Erklärungen, die von den Beteiligten oder von dem Notar übersehen wurden. Vorliegend ist aufgrund der entsprechenden Erklärung in dem Vertrag offensichtlich, dass die Vertragsparteien irrig von einer Nichtgeltung des § 1839 BGB ausgegangen sind. Dafür, dass die Vertragsparteien eine Fehlerbehebung durch den Notar nur für solche Mängel wollten, derer sie sich nicht bewusst waren, nicht aber für solche, die sie infolge einer irrigen Rechtsansicht verursacht haben, spricht nichts. Eine Korrektur der hier vorhandenen Fehlvorstellung über die Geltung von § 1829 BGB durch Entgegennahme und Kenntnis-

verschaffung der gerichtlichen Genehmigung gehört schließlich zum typischen Geschäftskreis der durch einen Notar vorzunehmenden Vertragsdurchführung.

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

12. Erwerb eines in den Nachlass fallenden Miteigentumsanteils durch Testamentsvollstrecker

BGH, Urteil vom 24.2.2016, IV ZR 342/15 (Vorinstanz: OLG Düsseldorf, Urteil vom 16.6.2015, 21 U 166/14)

BGB § 2205 Satz 3

LEITSATZ:

Bei der Beurteilung der Unentgeltlichkeit einer Verfügung des Testamentsvollstreckers gemäß § 2205 Satz 3 BGB ist beim Erwerb eines in den Nachlass fallenden Miteigentumsanteils an einem Grundstück durch den Testamentsvollstrecker persönlich kein Wertabschlag vorzunehmen, wenn sich durch den Vertrag sämtliche Miteigentumsanteile an dem Grundstück in seiner Hand vereinigen sollen (Fortführung von Senat, Urteil vom 13.5.2015, IV ZR 138/14, DNotZ 2015, 939).

SACHVERHALT:

1 Die 2004 verstorbene Erblasserin wurde unter anderem von den Parteien des Rechtsstreits beerbt. Zum Nachlass gehört der hälftige Miteigentumsanteil an einem mit einem Dreifamilienhaus bebauten Grundstück in D. Weitere Miteigentümer waren die Schwester des Klägers zu $\frac{1}{4}$, der Kläger zu $\frac{1}{8}$ sowie eine aus beiden bestehende Erbengemeinschaft nach M zu $\frac{1}{8}$.

2 Der Kläger war als Testamentsvollstrecker der Erblasserin eingesetzt und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Mit notariellem Kaufvertrag 2008 einschließlich Auflassung und Eintragungsbewilligung erwarb der Kläger den hälftigen Miteigentumsanteil der Erbengemeinschaft nach der Erblasserin sowie die Miteigentumsanteile seiner Schwester und der Erbengemeinschaft nach M. Für die Erbengemeinschaft nach der Erblasserin handelte der Kläger als Testamentsvollstrecker. Als Gesamtwert der Immobilie wurden 388.444 € zugrunde gelegt. Hiervon entfielen auf die Erbengemeinschaft nach der Erblasserin 194.222 €. Der Kläger zahlte in der Folge die auf die Miteigentümer bzw. Miterben entfallenden anteiligen Beiträge an diese aus.

3 Durch Beschluss des Nachlassgerichts 2008 wurde der Kläger aus dem Amt des Testamentsvollstreckers entlassen. Seine hiergegen gerichtete Beschwerde blieb erfolglos. Das Grundbuchamt lehnte daraufhin die Eigentumsumschreibung ab, weil die Verfügungsbefugnis des Klägers nicht mehr gegeben sei. Der Kläger bat sodann die Miterben, 2010 vor dem Notar erneut die Auflassung zu erklären. Zu diesem Termin erschienen jedoch nur drei der fünf Miterben, nicht dagegen die Beklagten. Für diese erklärte der Bürovorsteher des Notars als Vertreter ohne Vertretungsmacht die Auflassung. Die Beklagten verweigerten in der Folgezeit die Genehmigung.

4 Mit der Klage begehrt der Kläger, die Beklagten zu verurteilen, die Erklärung des als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelnden Bürovorstehers des Notars 2010 zu genehmigen, hilfsweise, das hälftige Miteigentum an dem Grundstück an den Kläger aufzulassen und die Eintragung im Grundbuch zu bewilligen. Das LG hat zum Verkehrswert des hälftigen Miteigentums des streitgegenständlichen Grund-

stücks zum Zeitpunkt der Veräußerung gemäß Vertrag von 2008 Beweis erhoben durch Einholung eines Sachverständigengutachtens und die Klage danach abgewiesen. Das OLG hat die Berufung zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die Revision des Klägers.

AUS DEN GRÜNDEN:

5 Die Revision ist unbegründet.

6 I. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, der Kläger könne aus dem notariellen Kaufvertrag 2008 keinen Anspruch gegen die Beklagten auf eine Genehmigung der Erklärung des als Vertreter ohne Vertretungsmacht handelnden Bürovorstehers herleiten, da der Vertrag wegen Verstoßes gegen § 2205 Satz 3, § 2206 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam sei. Eine unzulässige unentgeltliche Verfügung liege hiernach vor, wenn ein Opfer aus dem Nachlass erbracht werde und der Testamentsvollstrecker entweder wisse, dass diesem keine gleichwertige Gegenleistung gegenüberstehe, oder dies hätte erkennen müssen. Dies sei hier der Fall. Eine teilunentgeltliche Verfügung des Klägers habe bereits deshalb vorgelegen, weil der zu zahlende Kaufpreis für den Miteigentumsanteil der Erbengemeinschaft zu gering bemessen gewesen sei. Der vom LG beauftragte Sachverständige habe den Verkehrswert für das ganze Grundstück mit 450.000 € und den streitgegenständlichen Miteigentumsanteil zutreffend mit 225.000 € bemessen. Der Wert dieses hälftigen Miteigentumsanteils sei nicht geringer als die Hälfte des Verkehrswerts des gesamten Objekts anzusetzen. Bei Miteigentumsanteilen sei es nicht generell gerechtfertigt, einen Abschlag von dem rechnerischen Anteil am Verkehrswert des gesamten Grundstücks vorzunehmen.

7 Zutreffend sei das LG auch davon ausgegangen, dass der Kläger wusste oder bei ordnungsgemäßer Verwaltung hätte erkennen müssen, dass die Gegenleistung für den weggegebenen Nachlassgegenstand unzulänglich sei. (...)

8 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

9 1. Der Kläger hat gegen die Beklagten keinen Anspruch auf Genehmigung der für sie durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht anlässlich des Beurkundungstermins 2010 erklärten Auffassung. Ein solcher Anspruch folgt nicht aus dem notariellen Kaufvertrag 2008, da dieser – wie das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt hat – gemäß § 2205 Satz 3, § 2206 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam ist. Gemäß § 2205 Satz 3 BGB ist der Testamentsvollstrecker zu unentgeltlichen Verfügungen nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Nach § 2206 Abs. 1 Satz 2 BGB kann der Testamentsvollstrecker die Verbindlichkeit zu einer Verfügung über einen Nachlassgegenstand auch dann eingehen, wenn er zu der Verfügung berechtigt ist. Unentgeltlichkeit im Sinne von § 2205 Satz 3 BGB setzt objektiv voraus, dass aus dem Nachlass ein Wert hingegeben wird, ohne dass die dadurch eingetretene Verringerung des Nachlasses durch Zuführung eines entsprechenden Vermögensvorteils ausgeglichen wird. Hinzukommen muss, dass der Testamentsvollstrecker weiß oder bei ordnungsmäßiger Verwaltung hätte erkennen müssen, dass die Leistung der Gegenseite unzulänglich war (Senatsurteil vom 24.10.1990, IV ZR 296/89, NJW 1991, 842 unter 4a; BGH, Beschluss vom 24.9.1971, V ZB 6/71, BGHZ 57, 84, 89 f.; MünchKomm-BGB/Zimmermann, 6. Aufl., § 2205

Rdnr. 72, 77). Die Bestimmung dient dem Schutz des gemäß § 2211 BGB von der Verfügung ausgeschlossenen Erben gegenüber dem allein verfügungsberechtigten Testamentsvollstrecker und soll eine Verminderung des Nachlasses ohne Zufluss gleichwertiger Vermögenswerte verhindern (BGH, Urteil vom 15.5.1963, V ZR 141/61, NJW 1963, 1613, 1614; MünchKomm-BGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 70). Die Bedeutung von § 2205 Satz 3 BGB zeigt sich darin, dass der Testamentsvollstrecker gemäß § 2207 Satz 2 BGB von der Beschränkung auch nicht durch den Erblasser befreit werden kann (vgl. FAKomm-Erbrecht/Rott, 4. Aufl., § 2205 Rdnr. 11).

10 Ausgehend von diesem Schutzzweck werden von § 2205 Satz 3 BGB auch teilweise unentgeltliche Verfügungen erfasst (BGH, Urteil vom 15.5.1963, a. a. O.). Eine teilweise unentgeltliche Verfügung ist im Ganzen unwirksam, weil kein äquivalenter Gegenwert in den Nachlass gelangt (MünchKomm-BGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 77). Hier hat das Berufungsgericht auf der Grundlage des eingeholten Sachverständigengutachtens festgestellt, dass sich der Verkehrswert des gesamten Grundstücks zum Stichtag des Kaufvertragsschlusses auf 450.000 €, der hälftige Miteigentumsanteil mithin auf 225.000 € belief. Im Kaufvertrag 2008 wurde demgegenüber lediglich ein Gesamtwert der Immobilie von 388.444 € und damit ein hälftiger Wert des streitigen Miteigentumsanteils von 194.222 € zugrunde gelegt, was einem unentgeltlichen Anteil von 30.778 € (= 13,7 %) entspricht.

11 2. Ohne Erfolg macht die Revision demgegenüber geltend, der Wert des hälftigen Miteigentumsanteils sei geringer als die Hälfte des Verkehrswerts des gesamten Objekts zu bemessen.

12 a) Allgemeine Grundsätze dazu, ob und wann bei einem Miteigentumsanteil an einem Grundstück wegen dessen eingeschränkter Verkehrsfähigkeit und Verwertbarkeit Wertabschläge vorzunehmen sind, lassen sich nicht aufstellen. Diese lassen sich – anders als die Revision meint – insbesondere nicht ohne Weiteres § 194 BauGB entnehmen. Hiernach wird der Verkehrswert durch den Preis bestimmt, der in dem Zeitpunkt, auf den sich die Ermittlung bezieht, im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach den rechtlichen Gegebenheiten und tatsächlichen Eigenschaften, der sonstigen Beschaffenheit und der Lage des Grundstücks oder des sonstigen Gegenstandes der Wertermittlung ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse zu erzielen wäre (vgl. auch § 9 Abs. 2 BewG). Eine generelle Verpflichtung, bei Miteigentumsanteilen einen Wertabschlag vorzunehmen, lässt sich dieser Vorschrift nicht entnehmen. Vielmehr kommt es auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles an. Neben dem konkret zu beurteilenden Objekt ist insbesondere der Sinn und Zweck der jeweils zu beurteilenden Rechtsnorm zu berücksichtigen, um zu beurteilen, wie ein Miteigentumsanteil wertmäßig anzusetzen ist.

13 Auf dieser Grundlage hat der Senat mit Urteil vom 13.5.2015 entschieden, der im Rahmen eines Pflichtteilsanspruchs zu bestimmende Wert einer nachlassgegenständlichen Miteigentumshälfte an einem Hausgrundstück gemäß § 2311 BGB entspreche dem hälftigen Wert des Gesamtobjekts, wenn der Alleinerbe bereits Eigentümer der anderen ideellen Miteigentumshälfte sei (IV ZR 138/14, ZEV 2015, 482

Rdnr. 8, 14 m. Anm. *Peters*, NotBZ 2015, 344, 346; kritisch *Lange*, ZEV 2015, 483, 484). Hierbei war für den Senat maßgeblich, dass eine Verwertung des Miteigentumsanteils an einer Immobilie bei einer derartigen Sachlage mit dem Erbfall problemlos möglich sei und keine Gründe ersichtlich seien, die es rechtfertigen könnten, einen Abschlag vorzunehmen. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass dem Erben zwar im Moment des Erbfallendes der volle Wert der ideellen Miteigentumshälfte im Sinne des hälftigen Verkehrswerts zufließe, weil er nun als Alleineigentümer den vollen Verkehrswert realisieren könne, der Pflichtteilsberechtigte aber nicht oder jedenfalls deutlich weniger als den seinem Pflichtteil entsprechenden Anteil am hälftigen Verkehrswert der Immobilie erhalte.

14 Im Bereich der Anfechtung außerhalb des Insolvenzverfahrens entspricht es ebenfalls der Rechtsprechung des BGH, dass sich der Wert von Miteigentumsanteilen nach dem jeweiligen Anteil am Verkehrswert des gesamten Objekts richtet (BGH, Urteil vom 8.12.2011, IX ZR 33/11, NJW 2012, 1217 Rdnr. 49; ferner für die Insolvenzanfechtung OLG Brandenburg, NZM 2009, 415 unter II. 2. A. aa). Auch im Rahmen des Zugewinnausgleichs in familiengerichtlichen Verfahren wird der Miteigentumsanteil ohne Abschlag anhand des Gesamtwerts der Immobilie berechnet (BGH, Urteil vom 28.2.2007, XII ZR 156/04, FamRZ 2007, 877 Rdnr. 14). Weiter entspricht es der gefestigten Rechtsprechung des BFH, dass bei der Bewertung von Miteigentumsanteilen an einem Grundstück der rechnerische Anteil am gemeinen Wert des gesamten Grundstücks zugrunde zu legen ist (BFH/NV 2005, 1980 unter II. 2.).

15 Der V. Zivilsenat des BGH hat in einem Urteil vom 2.5.1969 die Auffassung des dortigen Berufungsgerichts nicht beanstandet, im Rahmen der Prüfung der Sittenwidrigkeit gemäß § 138 BGB sei bei der Veräußerung eines Miteigentumsanteils an einem Grundstück nicht der entsprechende Anteil am gesamten Grundstück, sondern lediglich ein solcher mit Wertabschlag anzusetzen (V ZR 32/66, WM 1969, 836 unter 2. B.). Dies hat er auch für den Fall angenommen, dass der Erwerber bereits Eigentümer der übrigen Miteigentumsanteile war. Im Ergebnis hat der BGH im seinerzeit zu beurteilenden Fall die Frage des auffälligen Missverhältnisses von Leistung und Gegenleistung allerdings offengelassen, da es jedenfalls an den subjektiven Voraussetzungen der Sittenwidrigkeit fehlte (a. a. O. unter 2.). In einer neueren Entscheidung hat der V. Zivilsenat die Frage, ob bei Miteigentumsanteilen generell ein Abschlag von dem rechnerischen Anteil an dem Verkehrswert des gesamten Grundstücks gerechtfertigt ist, ebenfalls offengelassen (Urteil vom 12.1.2001, V ZR 420/99, NJW-RR 2001, 732 unter II. 2. B.).

16 b) Auf dieser Grundlage ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, wenn das Berufungsgericht bei der Beurteilung der (Teil-)Unentgeltlichkeit im Rahmen von § 2205 Satz 3 BGB hier bei dem in den Nachlass fallenden Miteigentumsanteil an dem streitgegenständlichen Grundstück keinen Wertabschlag vorgenommen hat. Der zu beurteilende Sachverhalt ist dadurch gekennzeichnet, dass der Kläger bei Abschluss des Vertrages 2008 nicht nur in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker, sondern zugleich im eigenen Namen handelte, indem er nicht nur von der Erbengemeinschaft nach der Erblasserin deren Anteil am Grundstück, sondern auch von den

übrigen Miteigentümern jeweils deren Anteile erwarb. Wäre es planmäßig zur vollständigen Durchführung des Vertrages gekommen, so hätte der Kläger gleichzeitig sämtliche Miteigentumsanteile an dem Grundstück erworben und die Stellung als Alleineigentümer erlangt. Insoweit gilt das, was der Senat in seinem Urteil vom 13.5.2015 (IV ZR 138/14, ZEV 2015, 482) ausgeführt hat, in gleicher Weise. Ebenso wie dort hätte der Kläger nun den vollen Verkehrswert realisieren können, da sich durch den Vertrag von 2008 sämtliche Miteigentumsanteile in seiner Hand vereinigen sollten.

17 Auch unter Berücksichtigung von Sinn und Zweck des § 2205 Satz 3 BGB ist bei der Frage, ob eine unentgeltliche Verfügung vorliegt, ein strenger Maßstab anzulegen. Zum Schutz der nichtverfügungsberechtigten Erben muss verhindert werden, dass der Testamentsvollstrecker Vermögensgegenstände des Nachlasses aus der Hand gibt, ohne dass dem Nachlass ein äquivalenter Gegenwert zufließt. Dies gilt auch und gerade dann, wenn der Testamentsvollstrecker den Nachlassgegenstand nicht an Dritte veräußert, sondern ihn im Rahmen eines In-sich-Geschäfts selbst erwirbt.

18 Schließlich hat auch der gerichtliche Sachverständige keine Veranlassung gesehen, bei der Bewertung des Verkehrswerts des hälftigen Miteigentumsanteils nicht vom hälftigen Verkehrswert auszugehen, sondern von diesem Abschläge vorzunehmen. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass es für Miteigentumsanteile an einem Dreifamilienhaus, welches teilweise von den Miteigentümern bewohnt wird, einen Markt gibt, der bei der Veräußerung eines Miteigentumsanteils prozentuale Abschläge von dem rechnerischen Anteil am gesamten Verkehrswert auch dann vornimmt, wenn sich sämtliche Miteigentumsanteile zeitgleich in der Person des Erwerbers vereinigen, sind nicht ersichtlich. Ein Abschlag vom hälftigen Verkehrswert ist hier mithin aus Rechtsgründen nicht veranlasst (anders OLG Düsseldorf, RNotZ 2015, 575 unter II. A. 1. B., welches in einer anderen Sachverhaltskonstellation des hier zu beurteilenden Falles einen Abschlag von 15 % für sachgerecht erachtet hat).

19 3. Ohne Erfolg rügt die Revision schließlich die Feststellung des Berufungsgerichts, der Kläger hätte bei ordnungsgemäßer Verwaltung zumindest erkennen müssen, dass die Gegenleistung für den hälftigen Miteigentumsanteil unzulänglich war (zu diesem subjektiven Erfordernis im Rahmen von § 2205 Satz 3 BGB vgl. Senatsurteil vom 24.10.1990, IV ZR 296/89, NJW 1991, 842 unter 4. A.; BGH, Beschluss vom 24.9.1971, V ZB 6/71, BGHZ 57, 84, 90). Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision hat der Senat geprüft, aber nicht für durchgreifend erachtet (§ 564 Satz 1 ZPO). Ergänzend ist zu bemerken, dass der Testamentsvollstrecker im Rahmen der ihn nach § 2216 Abs. 1 BGB treffenden Verpflichtung zur ordnungsgemäßen Verwaltung nicht einfach einen von ihm selbst für sachgerecht erachteten Verkehrswert ansetzen darf, der von einem der beiden ihm vorliegenden Gutachten deutlich abweicht. Vielmehr wäre der Kläger verpflichtet gewesen, die Differenzen ggf. durch die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens eines öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen zu beseitigen. Dies gilt insbesondere deshalb, weil der Kläger nicht beabsichtigte, den in den Nachlass fallenden Miteigentumsanteil (und im Zusammenwirken mit den anderen

Miteigentümern ggf. auch die anderen Miteigentumsanteile) frei am Markt an einen außenstehenden Dritten zu veräußern, sondern die Anteile selbst erwerben wollte. Gerade in einem solchen Fall muss von einem Testamentsvollstrecker, um dem mit § 2205 Satz 3 BGB beabsichtigten Schutz des Erben Rechnung zu tragen, besondere Sorgfalt verlangt werden.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Stefan Braun**, LL.M. (London), Maître en droit (Paris), Erlangen

Ist das Ganze mehr als die Summe seiner Teile? Mit dieser geradezu philosophischen Fragestellung hatte sich der BGH in der vorliegenden Entscheidung zu befassen. Weniger hochtrabend formuliert ging es im Kern um Folgendes: Ist im Rahmen der Beurteilung der (objektiven) Unentgeltlichkeit der Verfügung eines Testamentsvollstreckers ein Wertabschlag vorzunehmen, wenn Gegenstand der betreffenden Verfügung lediglich ein in den Nachlass fallender Miteigentumsanteil an einer im Übrigen nicht zum Nachlass gehörenden Sache ist? Die Antwort des BGH lautet wie schon zuvor im pflichtteilsrechtlichen Kontext¹ „Nein“, jedenfalls dann, wenn der zum Nachlass gehörende Miteigentumsanteil infolge der betreffenden Verfügung mit dem restlichen Eigentum in einer Hand vereinigt und somit die einheitliche Verwertung der gesamten Sache möglich wird. Auch wenn für die Gegenauffassung durchaus einige Argumente vorgetragen werden können, erscheint die Lösung des BGH letztlich vorzugswürdig.

1. Argumente für einen pauschalen Abschlag

Die insbesondere vom OLG Düsseldorf im Rahmen eines anderen aus dem hiesigen Sachverhalt resultierenden Rechtsstreits sowie von der Literatur² im Rahmen der pflichtteilsrechtlichen Bewertung von Miteigentumsanteilen vertretene Gegenauffassung hält einen pauschalen Preisabschlag auf den anteiligen Verkehrswert für generell angemessen.³ Begründet wird dies im Wesentlichen damit, dass sich aus § 194 BauGB ergebe, dass ungewöhnliche und persönliche Verhältnisse bei der Ermittlung des Verkehrswertes nicht zu berücksichtigen seien. Es komme daher darauf an, welchen Wert der Anteil für jedermann, nicht für einen konkreten Erwerber habe.⁴ Soweit Miteigentumsanteile überhaupt gehandelt würden, sei dies mit Schwierigkeiten verbunden und geschehe dies mit einem deutlichen Abschlag, sodass der Marktpreis unter dem anteiligen Verkehrswert liege.⁵ Auch sei zu berücksichtigen, dass der bloße Miteigentümer „den aus dem Miteigentumsverhältnis

sich ergebenden Beschränkungen unterworfen“⁶ sei. Es sei demgegenüber nicht einzusehen, weshalb es dem bzw. den Erben zugutekommen sollte, dass der Erwerber auch die übrigen Miteigentumsanteile in seiner Hand vereinigen konnte.⁷

2. Bessere Argumente gegen pauschalen Abschlag

Auch wenn diese Argumente zunächst recht einleuchtend erscheinen, vermögen sie letztlich nicht zu überzeugen. Bereits die Prämisse, dass kein Markt für bloße Miteigentumsanteile bestehe und daher ein solcher Anteil nur schwer verwertbar sei, dürfte regelmäßig nicht zutreffen. Denn zum einen fußt sie auf der Annahme, dass sich die Eigentümer der weiteren Miteigentumsanteile weder an einer gemeinsamen Verwertung beteiligen noch zur Übernahme des Anteils gegen Zahlung des anteiligen Verkehrswertes bereit sein würden. Beides kommt jedoch in der Praxis durchaus vor. Zum anderen ignoriert diese Argumentation, dass der Eigentümer eines jeden Miteigentumsanteils regelmäßig auch gegen den Willen der weiteren Miteigentümer die Teilungsversteigerung und damit die Verwertung des gesamten Objekts betreiben kann. Unabhängig von der Frage der Vereinigung aller Anteile in einer Hand sollte demnach in jedem Fall zumindest der bei einer solchen Versteigerung zu erwartende anteilige Erlös, der je nach Region keineswegs unter dem bei einem freihändigen Verkauf zu erwartenden anteiligen Preis liegen muss, als maßgebliche Bezugsgröße für die Frage der Unentgeltlichkeit herangezogen werden.

Darüber hinaus ist es aus meiner Sicht auch nicht zu kritisieren, dass der BGH bei der Frage nach der Unentgeltlichkeit einer Verfügung deren Ergebnis mit in den Blick nimmt. Für denjenigen, der bereits alle übrigen Anteile in seinem Eigentum hat oder diese gleichzeitig erwirbt, ist der letzte noch fehlende Anteil eben durchaus (mindestens) so viel Wert wie der anteilig hierauf entfallende Verkehrswert der gesamten Sache. Als künftiger Alleineigentümer ist er nämlich ohne Weiteres in der Lage, den vollen Verkehrswert aller Miteigentumsanteile zu realisieren.

Auch die Überlegung des BGH, dass der Schutzzweck des § 2205 Satz 3 BGB einen strengen Maßstab für die Entgeltlichkeit nahelegt, ist zutreffend. Das im Rahmen der Testamentsvollstreckung nicht abdingbare Verbot (vgl. § 2207 Satz 2 BGB) unentgeltlicher Verfügungen soll den selbst nicht verfügungsberechtigten Erben davor schützen, dass der Nachlass, auf den der Erbe selbst nicht zugreifen kann, wertmäßig geschmälert wird.⁸ Der Testamentsvollstrecker soll daher Nachlassgegenstände – ohne Mitwirkung der Erben⁹ – nur bei adäquater Gegenleistung veräußern kön-

1 BGH, Urteil vom 13.5.2015, IV ZR 138/14, ZEV 2015, 482.

2 *Lange*, ZEV 2015, 483 f.

3 OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.6.2015, 3 U 11/14, RNotZ 2015, 575.

4 Vgl. für die pflichtteilsrechtliche Bewertung *Lange*, ZEV 2015, 483 f.

5 *Lange*, ZEV 2015, 483 f.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.6.2015, 3 U 11/14, RNotZ 2015, 575, 579.

6 OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.6.2015, 3 U 11/14, RNotZ 2015, 575, 579.

7 OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.6.2015, 3 U 11/14, RNotZ 2015, 575, 579 f.

8 *Palandt/Weidlich*, 76. Aufl. 2017, § 2205 Rdnr. 27; BeckOK-BGB/*Lange*, Stand 1.8.2016, § 2205 Rdnr. 21.

9 Vgl. zum Kreis der Personen, deren Zustimmung bei Unentgeltlichkeit erforderlich ist *Palandt/Weidlich*, § 2205 Rdnr. 30 m. w. N.

nen. Es erscheint daher nicht angemessen, das entsprechende Schutzniveau bereits von vorneherein durch pauschale Bewertungsabschläge zu mindern und dem Testamentsvollstrecker so für den Nachlass ungünstige Geschäfte zugunsten Dritter oder – wie im hiesigen Fall – sogar zum eigenen Vorteil zu gestatten, ohne hierzu die Zustimmung der Erben einzuholen. Es ist auch nicht ersichtlich, weshalb dem Testamentsvollstrecker durch die Anforderungen des BGH die Ausführung seines Amtes übermäßig erschwert würde, zumal etwaige Bewertungsspielräume im Rahmen der subjektiven Tatbestandserfordernisse¹⁰ des § 2205 Satz 3 BGB berücksichtigt werden können. Zu Recht legt der BGH allerdings im Falle eines Insihgeschäfts des Testamentsvollstreckers auch insoweit einen strengen Maßstab an, indem er dem Testamentsvollstrecker „besondere Sorgfalt“ bei der Prüfung der Entgeltlichkeit abverlangt.¹¹

10 Näher hierzu MünchKomm-BGB/Zimmermann, 7. Aufl. 2017, § 2205 Rdnr. 72.

11 Deutlich großzügiger dagegen OLG Düsseldorf, Urteil vom 30.6.2015, 3 U 11/14, RNotZ 2015, 575.

13. Zurückweisung eines Eigentumsumschreibungsantrags wegen unwirksamer Verfügung eines Testamentsvollstreckers vor Amtsantritt

OLG Nürnberg, Beschluss vom 22.9.2016, 15 W 509/16

FamFG § 40 Abs. 2 Satz 1

LEITSATZ:

§ 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB (Konvaleszenz) ist weder direkt noch analog anwendbar auf eine unwirksame Verfügung eines Testamentsvollstreckers vor Amtsantritt. Daher wird die vor Amtsantritt getroffene unwirksame Verfügung des zum Testamentsvollstrecker Ernannten nicht dadurch wirksam, dass dieser später das Amt annimmt und damit die Verfügungsbefugnis erlangt.

SACHVERHALT:

- 1 I. Die Beschwerdeführer wenden sich gegen die Zurückweisung eines Eigentumsumschreibungsantrags.
- 2 Mit notarieller Urkunde vom 23.10.2012 übertrug V seinem Sohn S im Wege der vorweggenommenen Erbfolge Grundbesitz. Die Beteiligten vereinbarten ein Rückforderungsrecht im Falle des Vorversterbens des Sohnes zugunsten der Eltern V und M als Gesamtberechtigte.
- 3 Mit notarieller Urkunde vom 15.3.2013 setzte S seine minderjährige Tochter E als Alleinerbin ein, ordnete Testamentsvollstreckung an und bestimmte seine Mutter M zur Testamentsvollstreckerin. Am 24.5.2013 verstarb S.
- 4 Mit Urkunde des Notars vom 28.5.2013 erklärte V, von seinem Recht der Rückforderung des mit Urkunde vom 23.10.2012 an seinen Sohn übertragenen Grundbesitzes, Gebrauch zu machen. M, handelnd im eigenen Namen und als von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Testamentsvollstreckerin über den Nachlass ihres Sohnes, erklärte, zugunsten ihres Ehemannes auf ihr Recht auf Ausübung des Rückforderungsrechts zu verzichten. Gleichzeitig erklärte

sie, als Testamentsvollstreckerin über den Nachlass ihres verstorbenen Sohnes S, die Erklärungen ihres Ehemannes entgegenzunehmen. Weiter vereinbarten die Beteiligten:

„Rückübereignung, Grundbuchanträge

Die Erben nach S übertragen in Erfüllung des Rückforderungsrechts hiermit den in Abschnitt I. dieser Urkunde bezeichneten Grundbesitz an V zum Alleineigentum zurück. Die Vertragsschließenden sind über den vereinbarten Eigentumsübertrag einig. Sie bewilligen und beantragen V als Alleineigentümer im Grundbuch einzutragen. Zug um Zug mit Eintragung der Auflassung wird hiermit die Löschung der Rückauflassungsvormerkungen zugunsten von V und M bewilligt und beantragt.“

5 Mit Erklärung vom 30.10.2013, beim Nachlassgericht am 31.10.2013 eingegangen, erklärte M gegenüber dem AG – Nachlassgericht – die Amtsannahme.

6 Mit anwaltlichem Schreiben vom 19.11.2013, eingegangen beim AG am 20.11.2013, erklärte M die Anfechtung des notariellen Testaments ihres Sohnes vom 15.3.2013, weil die Begünstigte E nicht die leibliche Tochter ihres Sohnes sei. Dieser habe am 18.4.2013 die Vaterschaft angefochten.

7 Mit Beschluss vom 12.2.2014 stellte das Nachlassgericht die Tatsachen für die Erteilung eines Erbscheins, der E als Alleinerbin auswies, fest ohne Testamentsvollstreckervermerk unter sofortiger Aussetzung der Wirksamkeit des Beschlusses.

8 Mit anwaltlichem Schreiben vom 24.4.2014 beantragte M die Bestellung eines Nachlasspflegers für den unbekanntenen Erben nach S.

9 Mit Beschluss vom 17.11.2014 ordnete das Nachlassgericht die Nachlasspflegschaft für die unbekanntenen Erben nach S durch Rechtsanwalt P als Nachlasspfleger an.

10 Mit notarieller Urkunde vom 14.1.2015 erklärten V, vertreten durch seine Kinder K1 und K2 sowie Rechtsanwalt P, handelnd als Nachlasspfleger für die unbekanntenen Erben von S erneut die Auflassung:

„Rückforderungsanspruch nach Ausübung des Rückforderungsrechts

Mit Ausübung des vertraglich vereinbarten Rückforderungsrechts durch Herrn V in der Urkunde des Notars N vom 28.5.2013 und Entgegennahme der Rückforderungserklärung durch Herrn Rechtsanwalt P als Nachlasspfleger über den Nachlass des verstorbenen Sohnes von V, S, ist der Rückforderungsanspruch wirksam entstanden. Hierüber besteht Einvernehmen zwischen den Beteiligten.

Rückübereignung, Grundbuchanträge

Die Erben nach S, vertreten durch den Nachlasspfleger, übertragen in Erfüllung des Rückforderungsanspruchs hiermit den in Abschnitt I. dieser Urkunde bezeichneten Grundbesitz an Herrn V zum Alleineigentum zurück.

Die Vertragsschließenden sind sich über den vereinbarten Eigentumsübertrag einig.

Sie bewilligen und beantragen, V als Alleineigentümer im Grundbuch einzutragen.“

11 Am 22.1.2015 verstarb V und wurde gemäß notariellem Testament vom 28.5.2013 in Verbindung mit der Eröffnungsniederschrift des AG – Nachlassgericht – vom 18.3.2015 von seinen Kindern K1-5 beerbt.

12 Am 29.4.2015 erfolgte die nachlassgerichtliche Genehmigung der Erfüllung des Rückforderungsanspruchs einschließlich der vom Nachlasspfleger diesbezüglich abgegebenen Willenserklärungen in der notariellen Urkunde vom 14.1.2015, rechtskräftig seit 30.9.2015.

13 Am 13.8.2015 erteilte das Nachlassgericht der E einen Erbschein als Alleinerbin nach S mit dem Vermerk: „Testamentsvollstreckung bis einschließlich 19.4.2036 ist angeordnet.“

14 Mit Schriftsatz vom 7.9.2015 stellte M Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, eingegangen bei Gericht am 8.9.2015. Am 23.9.2015, eingegangen bei Gericht am 25.9.2016,

erklärte M erneut die Amtsannahme und beantragte nochmals die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Das Testamentsvollstreckerzeugnis wurde am 2.10.2015 erteilt.

15 Die Mitteilung der nachlassgerichtlichen Genehmigung gemäß § 1829 Abs. 1 Satz 2 BGB erfolgte am 1.10.2015.

16 Mit Schreiben vom 1.10.2015 beantragte Notar N den Vollzug der Urkunden vom 28.5.2013 und 14.1.2015.

17 Mit Zwischenverfügung vom 22.1.2016 wies das AG – Grundbuchamt – darauf hin, dass keine wirksame Auflassung vorliege, denn zum Zeitpunkt 28.5.2013 habe keine Verfügungsbefugnis der Testamentsvollstreckerin M vorgelegen und die Verfügungsbefugnis des Nachlasspflegers sei vor Abschluss des Rechtsgeschäfts durch Wirksamwerden der erneut angeordneten Testamentsvollstreckung entfallen. Das Hindernis könne durch Nachgenehmigung durch die Testamentsvollstreckerin beseitigt werde.

18 Mit Schriftsatz vom 16.3.2016 hat Notar N Beschwerde gegen die Zwischenverfügung eingelegt. M hat mitgeteilt, dass eine Nachgenehmigung der Erklärungen in der Urkunde vom 28.5.2013 nicht erfolgen werde.

19 Mit Beschluss vom 2.2.2016 hat das AG – Grundbuchamt – der Beschwerde nicht abgeholfen. Mit Schriftsatz vom 3.5.2016 haben die Beschwerdeführer mitgeteilt, dass Notar N zur Vertretung und Rechtsmitteleinlegung bevollmächtigt gewesen sei.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

21 II. Die Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet. Zutreffend hat das AG – Grundbuchamt – die beantragte Eintragung nicht vollzogen.

22 1. Eine wirksame Auflassung gemäß Urkunde vom 28.5.2013 liegt nicht vor. Die Erklärung der Beteiligten M war unwirksam, weil sie zu diesem Zeitpunkt das Amt des Testamentsvollstreckers weder konkludent noch ausdrücklich angenommen hatte und damit noch nicht verfügungsbefugt war. Ein Fall des nachträglichen Wirksamwerdens des unwirksamen Rechtsgeschäfts nach § 185 Abs. 1 und 2 BGB ist nicht gegeben.

23 a) Eine konkludente Annahme der Testamentsvollstreckung kann zwar in der notariellen Urkunde vom 28.5.2013 gesehen werden. Die Annahme allein genügte aber nicht, denn das Amt des Testamentsvollstreckers mit der damit verbundenen Verfügungsbefugnis (§ 2202 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BGB) beginnt erst mit der förmlichen Amtsannahme gegenüber dem Gericht. Die förmliche Amtsannahme vom 30.10.2013 gegenüber dem Nachlassgericht erfolgte erst nach der Auflassungserklärung vom 28.5.2013. Die vor der Amtsannahme vorgenommenen Handlungen als Testamentsvollstrecker sind als solche unwirksam und werden als Verfügungen eines Nichtberechtigten angesehen (vgl. bereits KG, KGJ 40, 196, 200 m. w. N.).

24 b) Ein Fall der Konvaleszenz nach § 185 Abs. 1 und 2 BGB, wonach die Verfügung wirksam wird, wenn der Berechtigte sie genehmigt, ist nicht gegeben, denn die Beteiligte M hat das Rechtsgeschäft weder ausdrücklich noch konkludent nachträglich genehmigt und nach Hinweis des Grundbuchamtes eine Nachgenehmigung ausdrücklich abgelehnt.

25 aa) Eine nachträgliche Genehmigung durch schlüssiges Handeln nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB wäre zwar möglich gewesen (*Kroiß/Ann/Mayer*, BGB, 3. Aufl., § 2202

Rdnr. 3). In der Amtsannahme vom 30.10.2015 kann eine solche schlüssige Erklärung aber nicht gesehen werden. Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass neben der rein nachlassrechtlichen Annahmeerklärung, die gegenüber dem Nachlassgericht abgegeben wurde, ein überschüssiger grundbuchrechtlicher Erklärungswille mitenthalten war. Die Übermittlung der notariellen Erklärung vom 28.5.2013 an das Gericht erfolgte erst am 1.10.2015, d. h. lange nachdem die Beteiligte M die Anfechtung des Testaments ihres Sohnes erklärt hatte und damit auch ihre Einsetzung als Testamentsvollstreckerin.

26 bb) Es liegt auch kein Fall der Konvaleszenz nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB vor, wonach die Verfügung wirksam wird, wenn der Verfügende den Gegenstand erwirbt. Diese Vorschrift ist unmittelbar nicht anwendbar, weil der Testamentsvollstrecker den Gegenstand, über den er verfügt hat, nicht durch die Erlangung des Amtes „erwirbt“ (*Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2202 Rdnr. 5; *Erman/M. Schmidt*, BGB, 14. Aufl., § 2202 Rdnr. 5). Auch eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift kommt nicht in Betracht, sodass die vor Amtsantritt getroffene unwirksame Verfügung des zum Testamentsvollstrecker Ernannten nicht dadurch wirksam wird, dass dieser später das Amt annimmt und damit die Verfügungsbefugnis erlangt (so BGH, ZIP 1999, 447 Rdnr. 27, juris m. w. N.; *Staudinger/Gursky*, Neubearb. 2014, § 185 Rdnr. 74 f.; *Soergel/Damrau*, BGB, § 2202 Rdnr. 5; *Soergel/Leptien*, BGB 13. Aufl., § 185 Rdnr. 28; *Palandt/Ellenberger*, 74. Aufl., § 185 Rdnr. 11, 11 b; *Palandt/Weidlich*, § 2202 Rdnr. 1; *Kroiß/Ann/Mayer*, § 2202 Rdnr. 3; *Schulze u. a./Hoeren*, BGB, 8. Aufl., § 2202 Rdnr. 10; *Erman/M. Schmidt*, § 2202 Rdnr. 5; *BeckOK-BGB/Lange*, § 2202 Rdnr. 13; *Erman/Maier-Reimer*, § 185 Rdnr. 24; *BeckOK-BGB/Bub*, § 185 Rdnr. 14; *MünchKomm-BGB/Bayreuther*, 7. Aufl., § 185 Rdnr. 52; *Frensch in Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, 11. Aufl., § 185 Rdnr. 10; *Schiemann in Prütting/Wegen/Weinreich*, § 2202 Rdnr. 3; *jurisPK-BGB/Trautwein*, 7. Aufl., § 185 Rdnr. 37; *RGRK-BGB/Steffen*, 12. Aufl., § 185 Rdnr. 13; *RGRK-BGB/Kregel*, § 2202 Rdnr. 4; *Mayer in Mayer/Bonefeld*, Testamentsvollstreckung, 4. Aufl., Abschn. C Rdnr. 11; *Bork*, ZIP 2006, 589, 594). Eine Ausdehnung des in § 185 Abs. 2 BGB enthaltenen Grundsatzes auf diesen Fall ist ausgeschlossen (so bereits OLG Colmar, OLGE 26, 349, 350).

27 Allerdings wird in Teilen der Rechtsprechung und der Kommentarliteratur eine entsprechende Anwendung des § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB auf den Fall der vor Erklärung der Amtsannahme getroffenen Verfügungen einer zum Testamentsvollstrecker ernannten Person bejaht, die mit dem Amtsantritt des Testamentsvollstreckers von selbst und ex nunc wirksam würden (so LG Saarbrücken, Rpfleger 2009, 375, Rdnr. 17, juris; *MünchKomm-BGB/Zimmermann*, 6. Aufl., § 2202 Rdnr. 4 m. w. N.; *Staudinger/Reimann*, Neubearb. 2015, § 2202 Rdnr. 33 unter Hinweis auf RGZ 111, 250; 149, 19; ebenso – ohne weitere Begründung – OLG München, Rpfleger 2005, 661, Rdnr. 21, juris; *Zimmermann*, Die Testamentsvollstreckung, 4. Aufl., Abschn. E Rdnr. 136; *Burandt/Rojahn/Heckschen*, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2202 Rdnr. 4).

28 Zum Teil wird dies damit begründet, dass die Testamentsvollstreckung schon vor der Annahme des Amtes mit dem

Erbfall beginne und durch die Annahmeerklärung des Ernann-ten sich das Testamentsvollstreckeramt in seiner Person nur noch konkretisiere (LG Saarbrücken, Rpfleger 2009, 375, Rdnr. 17, juris mit zust. Anm. *Roglmeier*, jurisPR-FamR 16/2009 Anm. 5; MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, § 2202 Rdnr. 4 m. w. N.). Diese Argumentation überzeugt nicht. Die Anordnung der Testamentsvollstreckung hat zwar bereits mit dem Erbfall die in § 2211 Abs. 1 BGB genannte Verfügungsbeschränkung des Erben zur Folge. Gemäß ausdrücklicher Regelung in § 2202 Abs. 1 BGB beginnt das Amt des (im vorliegenden Fall bereits im Testament in seiner Person konkretisierten) Testamentsvollstreckers jedoch erst mit der Annahme.

29 Zum Teil nimmt die Kommentarliteratur (*Staudinger/Reimann*, § 2202 Rdnr. 33) Bezug auf die Rechtsprechung des RG, die allerdings nicht den Fall von Verfügungen des Testamentsvollstreckers vor Amtsantritt betrifft. Dieses hat eine analoge Anwendung des § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 BGB für möglich erachtet in dem Sinne, dass dem nachträglichen Erwerb des Gegenstandes der Verfügung durch den Verfügenden der Fall gleichzustellen sei, dass jemand, der in der Verfügungsmacht beschränkt war und während dieses Zustandes eine Verfügung getroffen hat, nachträglich das Verfügungsrecht erlangt, und der Genehmigung der Verfügung des Nichtberechtigten durch den Berechtigten der Fall, dass der Verfügende selbst die von ihm im Zustande beschränkter Verfügungsmacht getroffene Verfügung nach Erlangung des Verfügungsrechts genehmigt (RGZ 111, 247, 250). In einer weiteren Entscheidung hat das RG diese Rechtsprechung, wonach § 185 BGB entsprechende Anwendung auch bei Verfügungen desjenigen finde, der in der Verfügung beschränkt war, demnächst aber das Verfügungsrecht wieder erlangt hat, bestätigt. Dies könne beispielsweise beim Gemeinschuldner zutreffen, aber auch bei Verfügungen des Vorerben nach dem Wegfall der Beschränkung durch Fortfall des Nacherben (unter Hinweis auf RGZ 110, 94, 95) sowie dann, wenn Verfügungen eines noch nicht Berechtigten in Betracht kommen. Allerdings dürfe es sich zur Zeit der Verfügung nicht um völlig ungewisse in der Luft schwebende Zukunftshoffnungen handeln; es müssten vielmehr Ansprüche sein, die sich aus einer in sicherer Aussicht stehenden Fortentwicklung des Rechts in naher Zukunft ergeben werden (RGZ 149, 19, 22). Diese Rechtsprechung kann nicht auf den Testamentsvollstrecker übertragen werden, da sie – darauf deuten die angeführten Beispiele hin – Fallgestaltungen betrifft, in denen der Verfügende die Verfügungsmacht über einen ihm gehörenden Gegenstand erlangt. Damit ist nicht der Fall einer Verfügung des Testamentsvollstreckers, ebenso wie eines Konkursverwalters oder anderer Vertreter im Amt vor Amtsantritt gleichzusetzen. Für diese bedarf es nach der Rechtsprechung des BGH nach Erlangung der Verfügungsmacht immer noch einer besonderen Genehmigung nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 BGB aus dem Recht des Berechtigten, um das Rechtsgeschäft wirksam werden zu lassen. Zur Begründung weist der BGH zutreffend darauf hin, dass der der Konvaleszenz zugrundeliegende Gedanke der Treuwidrigkeit (vgl. hierzu *Staudinger/Gursky*, § 185 Rdnr. 60) hier nicht greift, weil die Konvaleszenz nicht zulasten eines fremden Vermögens gehen soll (BGH, ZIP 1999, 447, Rdnr. 27, juris m. w. N.; so auch MünchKomm-BGB/*Bayreuther*, § 185 Rdnr. 52; *Staudinger/Gursky*, § 185 Rdnr. 74; *Frensch in Prüt-*

ting/Wegen/Weinreich, § 185 Rdnr. 10; *Bork*, ZIP 2006, 589, 594). Dieser Rechtsprechung des BGH liegt zugrunde, dass § 185 BGB nur Fälle betrifft, in denen ein Nichtberechtigter im eigenen Namen über ein fremdes Recht verfügt, also selbst Geschäftspartner ist. Handelt derjenige, der dieses Verfügungsgeschäft vornimmt, dagegen im Namen des wirklichen Rechtsinhabers, liegt ein Fall der Stellvertretung vor, in dem der Vertretene Geschäftspartner sein soll. Ob das Geschäft gegen diesen wirkt, richtet sich allein nach den §§ 164 ff. BGB (*Staudinger/Gursky*, § 185 Rdnr. 1 m. w. N.). Dies gilt auch für Verfügungen eines amtlichen Vertreters einer Vermögensmasse (wie Insolvenzverwalter, Zwangsverwalter, Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker), da die Wirkungen ihres Handelns nicht sie selbst, sondern den Inhaber des Vermögens treffen (so zu Recht *Staudinger/Gursky*, § 185 Rdnr. 1).

30 Ein Sonderfall, der die vom Senat vertretene Ansicht nicht in Frage stellt, liegt einer weiteren Entscheidung des RG zugrunde. Danach könne dann, wenn der (bereits im Amt befindliche) Testamentsvollstrecker später das belastete Grundstück zu einem Bruchteil erwirbt, die getroffene Verfügung hinsichtlich dieses Bruchteils konvaleszieren (RG, HRR 1939 Nr. 1462). Das RG hat insoweit ausgeführt: „Der Umstand, dass Dr. K. zugleich in Vertretung seiner Mitvollstrecker gehandelt hatte, hinderte die Heilung nicht, weil sie sich nur auf den Anteil erstreckt, den er später selbst erwarb, bei dem sich also seine Verfügung und sein Eigentum deckten. Dies muss umso mehr gelten, als Dr. K. und auch der Kl. bei der Hypothekenbestellung gerade auf einen Verlauf gerechnet hatten, wie er später eintrat, dass ein Bruchteil von 7/72 als Eigentum des Dr. K. ausgeschieden werden würde.“ Auch wenn der Testamentsvollstrecker als amtlicher Vertreter einer Vermögensmasse gehandelt hat, hat er den Gegenstand später somit selbst erworben. Diese Konstellation ist mit dem vom Senat zu entscheidenden Fall nicht vergleichbar.

31 Die von den Beschwerdeführern herangezogene und vom OLG München (Rpfleger 2005, 661, Rdnr. 21, juris) zitierte Entscheidung des BGH betrifft ebenfalls nicht die vorliegende Fallgestaltung, sondern die Frage, ob eine entsprechende Anwendung des § 185 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 oder 3 BGB (Erwerb, Beerbung) in Betracht kommt, wenn die Erben ihre aufgrund einer bestehenden Nachlassverwaltung beschränkte Verfügungsbefugnis (§ 1984 BGB) mit deren Aufhebung wiedererlangen. Dies hat der BGH im konkreten Fall für die Frage der Verjährungsunterbrechung durch eine Klageerhebung verneint, da letztere keine Verfügung im Sinne des § 185 BGB darstellt (BGHZ 46, 221, Rdnr. 15, juris). Unabhängig hiervon betrifft auch dies nicht eine Handlung des Testamentsvollstreckers vor Amtsantritt, sondern eine solche der durch die Nachlassverwaltung beschränkten Erben.

32 2. Die Auflassungserklärung des Nachlasspflegers in der Urkunde vom 14.1.2015 konnte wegen zwischenzeitlich wirksam gewordener Testamentsvollstreckung keine Rechtswirkung mehr entfalten.

33 Diese Auflassungserklärung konnte erst mit Rechtskraft der gerichtlichen Genehmigung wirksam werden (§ 1829 Abs. 1 BGB i. V. m. § 40 Abs. 2 Satz 1 FamFG). Die am 29.4.2015 erfolgte nachlassgerichtliche Genehmigung der Erfüllung des Rückforderungsanspruchs einschließlich der vom

Nachlasspfleger diesbezüglich abgegebenen Willenserklärungen wurde am 30.9.2016 rechtskräftig.

34 Am 7.9.2015, eingegangen bei Gericht am 8.9.2015 hatte die Beteiligte M bereits die Erteilung eines Testamentsvollstreckervermerks beantragt, gestützt auf den Beschluss des Nachlassgerichts vom 13.8.2015, und damit die erneute Amtsannahme gemäß Erbscheinerteilung mit Testamentsvollstreckervermerk des Nachlassgerichts vom 13.8.2015 erklärt.

35 Spätestens mit Wirksamwerden der Testamentsvollstreckung am 8.9.2015 entfiel die Verfügungsbefugnis des Nachlasspflegers ohne Weiteres (vgl. §§ 2211, 2212 BGB) und die Auflassungserklärung vom 14.1.2015 konnte nicht mehr wirksam werden. Weil die Rechte des Nachlasspflegers nicht weitergehen, als die der unbekanntenen Erben, die er vertritt, geht die Befugnis des Testamentsvollstreckers vor (vgl. *Zimmermann*, Die Nachlasspflegschaft, 3. Aufl. 2013, Rdnr. 243).

(...)

14. Nachweis der Erbfolge durch öffentliche Urkunde, wenn Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Ersatz-erben nach Ausschlagung beantragt wird

OLG München, Beschluss vom 24.8.2016, 34 Wx 216/16

GBO § 29 Abs. 1 Satz 2, § 35 Abs. 1, § 71 Abs. 1
BGB §§ 1944, 1945

LEITSÄTZE:

- Zum Nachweis der Erbfolge im Fall des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO können und müssen außer der öffentlichen Verfügung von Todes wegen auch andere öffentliche Urkunden herangezogen werden. Das Grundbuchamt darf die Vorlage eines Erbscheins dann nicht verlangen, wenn zur Ergänzung der in § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO genannten Urkunden nur noch solche Unterlagen in Frage kommen, die das Grundbuchamt auch sonst berücksichtigen muss, nämlich Urkunden im Sinn von § 29 GBO. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Als offenkundig im Sinn des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO gelten Tatsachen, die dem Grundbuchamt amtlich oder außeramtlich zweifelsfrei bekannt sind. Aktenkundige Tatsachen, wie etwa der Eingang einer Ausschlagungserklärung beim Nachlassgericht, können zu offenkundigen Tatsachen werden, indem der Antragsteller auf sie hinreichend deutlich verweist. Das gilt aber nur für Verweise auf (Nachlass-) Akten desselben AG, nicht für Verweise auf Akten anderer Gerichte. Es besteht auch keine Pflicht des Grundbuchamts, sich Kenntnisse aus Akten anderer Gerichte als desjenigen zu verschaffen, zu dem das Grundbuchamt gehört. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 I. Im Grundbuch sind B und dessen Ehefrau je zur Hälfte als Eigentümer eines Grundstücks eingetragen. Der Beteiligte, Sohn des B, hat Grundbuchberichtigung beantragt und dazu jeweils in notariell beglaubigter Kopie vorgelegt:

- Anschreiben des auswärtigen Nachlassgerichts über die Eröffnung zweier für die Erbfolge nach Aktenlage maßgeblicher Verfügungen von Todes wegen mit dem Zusatz, dass „nach Ausschlagung von B. Helga“ zu Miterben der Beteiligte und dessen Schwester berufen seien;
- Niederschrift des AG über die Eröffnung zweier Erbverträge von 1976 und 2015;
- Erbvertrag unter den Eheleuten von 1976;
- Erbvertrag unter den Eheleuten von 2015, mit dem alle früheren Verfügungen widerrufen werden, beide Eheleute sich gegenseitig zum alleinigen und unbeschränkten Erben einsetzen sowie als Schluss-erben und Ersatzerben nach jedem von ihnen sämtliche Abkömmlinge von ihnen beiden zu unter sich gleichen Teilen, nämlich die Kinder S und O (= der Beteiligte und seine Schwester), bestimmt werden.

2 Das AG – Grundbuchamt – hat folgende fristsetzende Zwischenverfügung getroffen: Zum Nachweis der Erbfolge sei vorliegend ein Erbschein vorzulegen. In der Verfügung von 2015 sei die Ehefrau des Erblassers als Erbin, als Schluss- und Ersatzerben seien die gemeinsamen Kinder eingesetzt. Nach der formlosen Feststellung des zuständigen Nachlassgerichts solle die eingesetzte Erbin die Erbschaft ausgeschlagen haben. Nach ebenfalls formlos mitgeteilter Ansicht des Nachlassgerichts solle Ersatzerbfolge eingetreten und der Erblasser von seiner Tochter und seinem Sohn, dem Antragsteller, beerbt worden sein. (...)

3 Beim Grundbuchamt liegt mittlerweile in am 1.6.2016 beglaubigter Kopie des Nachlassgerichts die notariell beglaubigte, alle Berufungsgründe umfassende Ausschlagungserklärung der Witwe Helga B, datiert auf den 4.8.2015, vor.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. (...)

6 In der Sache bleibt die Beschwerde erfolglos. Das Grundbuchamt besteht zu Recht auf der Vorlage eines Erbscheins, um die Grundbuchunrichtigkeit nach dem Ableben von Dieter B, nachzuweisen.

7 1. Das Grundbuch kann gemäß § 22 GBO berichtigt werden, wenn die bestehende Unrichtigkeit und die Richtigkeit der begehrten neuen Eintragung jeweils in der Form des § 29 GBO nachgewiesen sind. Für den Nachweis der Erbfolge ist § 35 GBO zu beachten, wonach ein Erbschein dann nicht erforderlich ist, wenn sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs schon aus einer Verfügung von Todes wegen in formgültiger öffentlicher Urkunde sowie der Niederschrift über ihre Eröffnung ergibt (Senat vom 29.1.2016, 34 Wx 50/15; vom 4.8.2016, 34 Wx 139/16, beide juris; vgl. *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 31; *Hügel/Wilsch*, GBO, 3. Aufl., § 35 Rdnr. 111; *Böhlinger*, ZEV 2001, 387).

8 2. Eine Besonderheit besteht hier insofern, als die Erbfolge sich nicht ausschließlich aus dem am 16.6.2015 geschlossenen Erbvertrag selbst ergeben soll, durch den der frühere Erbvertrag aufgehoben wurde (vgl. auch § 2258 Abs. 1 BGB). Begehrt wird nämlich im Weg der Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO die Eintragung einer anderen Erbfolge. Nach der letztwilligen Verfügung ist der Längstlebende der

Vollerbe und wäre bei entsprechendem Antrag (§ 13 Abs. 1 GBO) auf dieser Grundlage berichtigend einzutragen, während sich nach dem aktuellen Eintragungsantrag die Erbfolge erst im Zusammenhang mit der Ausschlagung durch den alleinigen Erben ergeben soll, weil infolgedessen die bezeichneten Ersatzerben berufen wären (§ 2 Nr. 2 des Erbvertrags).

9 a) Allerdings entspricht es der herrschenden Meinung, dass zum Nachweis der Erbfolge im Fall des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO außer der öffentlichen Verfügung von Todes wegen auch andere öffentliche Urkunden herangezogen werden können und müssen (BayObLGZ 1974, 1, 6; 2000, 167, 169; vgl. schon KG, JfG 11, 194, 197 f.; 20, 217; *Demharter*, § 35 Rdnr. 40). Das Grundbuchamt darf die Vorlage eines Erbscheins dann nicht verlangen, wenn zur Ergänzung der in § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO genannten Urkunden nur noch solche Unterlagen in Frage kommen, die das Grundbuchamt auch sonst berücksichtigen muss, nämlich Urkunden im Sinn von § 29 GBO (KG, JfG 11, 194, 198; *Meikel/Krause*, GBO, 11. Aufl., § 35 Rdnr. 124).

10 Die Auslegung der berücksichtigungsfähigen Eintragungsunterlagen hat das Grundbuchamt auch bei schwierigen Fragestellungen eigenverantwortlich vorzunehmen. Die Grenze ist aber dort zu ziehen, wo bei der Prüfung hinsichtlich des behaupteten Erbrechts Zweifel tatsächlicher Art verbleiben, die nur durch weitere Ermittlungen – etwa über die tatsächlichen Verhältnisse – geklärt werden können; zu solchen Ermittlungen ist das Grundbuchamt weder verpflichtet noch berechtigt (*Burandt/Rojahn/Egerland*, Erbrecht, 2. Aufl., § 35 GBO Rdnr. 12). Eine Auslegung scheidet daher aus, wenn das Grundbuchamt aufgrund der Eintragungsunterlagen nicht zu einer abschließenden Würdigung in der Lage ist (OLG Zweibrücken, Rpfleger 2001, 173; *Demharter*, § 35 Rdnr. 42) oder Ermittlungen zu tatsächlichen Umständen außerhalb der Urkunde erforderlich sind (*Meikel/Krause*, § 35 Rdnr. 117; *L. Böttcher*, ZEV 2009, 579, 580).

11 b) Die Eintragungsunterlagen sind hier ungenügend. Dabei bezieht der Senat auch die offensichtlich auf Veranlassung des Antragstellers vom auswärtigen Nachlassgericht an das Grundbuchamt nachgereichten Urkunden in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO aus dem Nachlassverfahren mit ein.

12 aa) Es wird vertreten, dass das Grundbuchamt die Wirksamkeit der Ausschlagung einer Erbschaft grundsätzlich in eigener Verantwortung zu prüfen habe (LG Aschaffenburg, ZEV 2009, 577). Dann aber muss das Grundbuchamt anhand der vorgelegten Urkunden insbesondere prüfen können, ob die Ausschlagung form- und fristgerecht (vgl. §§ 1944, 1945 BGB) erfolgt ist. Jedenfalls die Einhaltung der Frist ist hier urkundlich (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO) nicht nachgewiesen. Die vorgelegte beglaubigte Kopie der notariell beglaubigten Ausschlagungserklärung lässt einen Eingangsstempel des Nachlassgerichts nicht erkennen. Aus dem Datum der gerichtlichen Beglaubigung (1.6.2016) kann auf die Einhaltung der sechswöchigen Ausschlagungsfrist (§ 1944 BGB) nicht rückgeschlossen werden. Das vom Beteiligten vorgelegte Anschreiben des Nachlassgerichts vom 24.8.2015 führt zwar dessen Miterbenberufung – „nach Ausschlagung von B. Helga“ – an, was darauf hindeutet, dass die Ausschlagungserklärung vom 4.8.2015 dem Nachlassgericht zu diesem Zeitpunkt bereits

vorgelegen hat. Ein Beweismittel im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO bildet diese formlose Feststellung jedoch nicht (vgl. BayObLGZ 1989, 8, 11), und zwar weder in Bezug auf den zeitgerechten Zugang gegenüber dem Nachlassgericht noch in Bezug auf die Wirksamkeit der Erklärung im Übrigen.

13 bb) Ob Offenkundigkeit nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO den förmlichen Nachweis auch im Rahmen von § 35 GBO erübrigt (so BayObLGZ 1907, 414, 417; siehe auch BayObLGZ 1989, 8, 12 unter II. 3. c); *L. Böttcher*, ZEV 2009, 579, 580), kann auf sich beruhen. Als offenkundig in diesem Sinne gelten Tatsachen, die dem Grundbuchamt amtlich oder außeramtlich zweifelsfrei bekannt sind (*Demharter*, § 29 Rdnr. 60). Aktenkundige Tatsachen wie etwa der Eingang einer Ausschlagungserklärung beim Nachlassgericht können dadurch zu offenkundigen Tatsachen werden, indem der Antragsteller auf sie hinreichend deutlich verweist (*Hügel/Otto*, § 29 Rdnr. 212 f.; *Heinze*, ZfIR 2011, 109, 111). Das gilt aber nur für Verweise auf (Nachlass-)Akten desselben AG, nicht für Verweise auf Akten anderer Gerichte (OLG Bremen, ZfIR 2011, 108, 109 mit Anm. *Heinze*; *Bauer/von Oefele/Knothe*, GBO, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 162; *Meikel/Hertel*, § 29 Rdnr. 622). Es besteht auch keine Pflicht des Grundbuchamts, sich Kenntnisse aus Akten anderer Gerichte als desjenigen zu verschaffen, zu dem das Grundbuchamt gehört (OLG Bremen, ZfIR 2011, 108, 109; *Meikel/Hertel*, § 29 Rdnr. 621, 622; a. A. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 789). Dies wäre nicht mit dem Beibringungsgrundsatz im Eintragungsantragsverfahren in Einklang zu bringen (vgl. *Meikel/Böttcher*, Einl C Rdnr. 95).

14 cc) Schließlich kann es auf sich beruhen, ob bei einem formgerechten Nachweis des rechtzeitigen Eingangs der Ausschlagungserklärung das Grundbuchamt die Erbscheinsvorlage nicht verlangen dürfte (so im Ergebnis LG Aschaffenburg, ZEV 2009, 577; a. A. *Hügel/Wilsch*, § 35 Rdnr. 123). Es mag sein, dass der Erbvertrag aus dem Jahr 2015 die Ersatzerbfolge des Beteiligten und seiner Schwester zu gleichen Teilen nach Helga B. (vgl. § 1953 Abs. 2 BGB) förmlich belegt. Doch deckt auch ein förmlicher Nachweis über Form und Frist der Ausschlagung nicht weitere tatsächliche Fragen zur Wirksamkeit der Ausschlagung ab, zu denen etwa diejenige gehört, ob wegen vorheriger Annahme (§ 1943 BGB) nicht mehr wirksam ausgeschlagen werden konnte (§ 1943 BGB; siehe dazu Senat vom 29.1.2016, 34 Wx 50/15, FamRZ 2016, 1400). Die Annahme der Erbschaft kann ausdrücklich, aber auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen (*Palandt/Weidlich*, § 1943 Rdnr. 1 f.). Ob sie als bloß abstrakte Möglichkeit (vgl. *Hügel/Wilsch*, § 35 Rdnr. 121 a. E.), namentlich im Hinblick auf die engen zeitlichen Verhältnisse zwischen dem Erbfall (8.7.2015) und dem Datum der Ausschlagungserklärung (4.8.2015) noch vor der nachlassgerichtlichen Eröffnung der Erbverträge, außer Betracht bleiben könnte, bedarf an dieser Stelle keiner Erörterung.

(...)



15. Umdeutung einer gemäß § 2065 Abs. 2 BGB unwirksamen Regelung in eine auflösend bedingte Nacherbeneinsetzung

OLG München, Beschluss vom 27.1.2016, 31 Wx 168/15

BGB §§ 140, 2065 Abs. 2, § 2113

LEITSÄTZE:

1. Die dem Vorerben eingeräumte Befugnis, die Nacherben aus einem von dem Erblasser bestimmten Personenkreis abzuändern, kann dahin umgedeutet werden, dass die Nacherben unter der Bedingung eingesetzt sind, dass der Vorerbe keine anderweitige Verfügung trifft.
2. Eine solche Umdeutung kommt auch bei einer nicht befreiten Vorerbschaft in Betracht.

SACHVERHALT:

1 I. Der Erblasser W ist 1989 verstorben. (...) Aus [erster] Ehe gingen zwei Söhne hervor, wobei der zweite Sohn nach dem Erblasser 1990 unter Hinterlassung des Enkels verstarb. (...) In dritter, ebenfalls kinderloser Ehe war der Erblasser mit L verheiratet, die 2014 nachverstarb.

2 Der Erblasser errichtete mit seiner dritten Ehefrau L 1976 vor einem Notar ein gemeinschaftliches Testament, das auszugsweise wie folgt lautet:

„2. Wir setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein.

3. Ich, der Ehemann, bestimme jedoch, dass meine Ehefrau (...) nur Vorerbin ist. Die Vorerbin ist von den gesetzlichen Beschränkungen nicht befreit. Zu Nacherben bestimme ich meine beiden Kinder aus meiner erster Ehe (...) zu gleichen Teilen. Zum Ersatzerben eines weggefallenen Nacherben bestimme ich dessen eheliche Abkömmlinge zu unter sich gleichen Stammteilen. Falls einer meiner Söhne ohne Hinterlassung von Abkömmlingen vor dem Nacherbfall verstirbt, soll sein Bruder bzw. dessen Abkömmlinge Ersatznacherben sein. Der Nacherbfall tritt mit dem Tode der Vorerbin ein.

Die Einsetzung meiner beiden Söhne als Nacherben erfolgt unter der Bedingung, dass meine Ehefrau L nicht anderweitig letztwillig testiert. Meine Ehefrau ist jedoch nur innerhalb meiner Abkömmlinge zur Abänderung der Nacherbenbestimmung befugt. Sie kann also zum Beispiel bestimmen, dass einer meiner Söhne alleiniger Nacherbe sein soll oder für einen Sohn nur ein Vermächtnis aussetzen. Zugunsten anderer Personen als meine Abkömmlinge darf eine Änderung meiner Nacherbenbestimmung nicht erfolgen.

4. Meine Ehefrau L erhält als Vorausvermächtnis den gesamten Hausrat und das bei meinem Tode vorhandene Geldvermögen, ebenso meinen PKW. Die Vorerbschaft bezieht sich deshalb lediglich auf meinen Miteigentumsanteil an dem Grundstück (...).

6. Für den Fall, dass ich, die Ehefrau, die Letztversterbende bin, setze ich die beiden genannten Söhne meines Ehemannes aus erster Ehe, ersatzweise jeweils deren ehelichen Abkömmlinge, zu gleichen Stammteilen zu Erben hinsichtlich meines Nachlasses ein.

(...)

8. Die Verfügungen in Ziffer 2 (...) sollen wechselbezüglich im Sinne des § 2270 BGB sein.“

3 Des Weiteren liegen zwei Einzeltestamente der Ehefrau des Erblassers vor, die (auszugsweise) wie folgt lauten:

4 1. Notariell errichtetes Testament 1993

„(1) Vorurkunde [Bezugnahme auf Ziffer 3 des gemeinschaftlichen Testaments]

Diese Bestimmung ist unserem gemeinsamen Willen entsprechend dahingehend auszulegen, dass ich berechtigt bin, innerhalb der Abkömmlinge meines Ehemannes abweichende Verfügungen für meinen Nachlass zu treffen und dass, wenn ich solche Verfügungen treffe, die Nacherbfolge dann nicht eintritt (Auflösend bedingte Nacherbfolge).

Ich halte fest, dass der ersteheliche Sohn (...) verstorben ist. Er hat nur einen ehelichen Abkömmling hinterlassen, nämlich [den Enkel].

(2) Neue Erbeinsetzung

Ich setze für meinen Tod nunmehr den erstehelichen Sohn meines verstorbenen Ehemannes, nämlich [den Sohn] zu meinem Alleinerben ein. Kann oder will er nicht Erbe werden, soll der [Enkel] Ersatzerbe sein.“

5 2. Handschriftliches Testament 2001

„Frau K. K. R bekommt meinem Schmuck und das 1/2 Geldvermögen.

[Der Sohn] bekommt meinen Hausrat den Pkw und das 1/2 Geldvermögen.

Unterschrift“

6 Der Sohn beantragte einen Alleinerbschein infolge eingetretenen Nacherbfalls auf der Grundlage der Testamente von 1976 und 1993. Die bedingte Nacherbeneinsetzung durch das Testament aus dem Jahr 1976 sei durch das spätere Testament der Ehefrau des Erblassers aus dem Jahre 1993 wirksam dahingehend abgeändert worden, dass er nunmehr alleiniger Nacherbe sei.

7 Der Enkel ist der Auffassung, der Sohn sei weiterhin Nacherbe zu 1/2, da eine Änderung der Nacherbenbestimmung durch die Ehefrau als nicht befreite Vorerbin unwirksam gewesen sei. Dem Ehemann sei es in erster Linie um den Erhalt des Grundstücks für seine Abkömmlinge gegangen. Daher habe er die Erblasserin auch nur zur nicht befreiten Vorerbin bestimmt. Die Regelung zur Abänderung der Nacherbenbestimmung sei gemäß § 2065 Abs. 2 BGB unwirksam. Die vom Notar im Testament 1993 vorgenommene Auslegung würde die vom Ehemann gewünschte Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB unterlaufen. Die Erblasserin sei im Rahmen ihrer Testierung 1993 von der Vorstellung ausgegangen, lediglich den Nacherben nach ihrem Ehemann neu zu bestimmen.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. Die zulässige Beschwerde führt bereits deswegen zur Aufhebung der Entscheidung des Nachlassgerichts, weil es unzutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass der Sohn durch das Testament der Ehefrau des Erblassers von 1993 zu dessen alleinigen Nacherben wirksam bestimmt wurde und infolge des Todes der Ehefrau des Erblassers der Nacherbfall bzgl. des Erblassers eingetreten ist.

10 1. Die der Ehefrau in Ziffer 3 des gemeinschaftlichen Testaments eingeräumte Möglichkeit zur Änderung seiner Bestimmung in Bezug auf die Personen der Nacherben im Rahmen des von ihm festgelegten Personenkreises ist in ihrer durch den Wortlaut nahe liegenden Bedeutung nach § 2065 Abs. 2 BGB unwirksam.

11 Nach dieser Vorschrift kann der Erblasser die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, sowie die

Bestimmung des Gegenstandes der Zuwendung nicht einem anderen überlassen. Der Sinn der Vorschrift besteht darin, dass der Erblasser persönlich die Verantwortung für den Inhalt aller wesentlichen Teile seines letzten Willens übernehmen muss. Es ist ihm nicht gestattet, seinen letzten Willen in der Weise unvollständig zu äußern, dass es einem Dritten überlassen bleibt, ihn nach seinem Belieben oder Ermessen in wesentlichen Teilen zu ergänzen oder – wie hier – nach seinem Tod etwa abzuändern (OLG Hamm, NJW-RR 2014, 1288, 1289).

12 2. Die unwirksame Regelung betreffend die Änderung der Nacherbenbestimmung in Ziffer 3 kann jedoch im Sinne des § 140 BGB umgedeutet werden.

13 a) In der Rechtsprechung ist seit langem anerkannt, dass der Erblasser einen Nacherben wirksam unter der Bedingung einsetzen kann, dass der Vorerbe nicht anderweitig von Todes wegen über den Nachlass verfügt. Der Wirksamkeit einer solchen Regelung steht die Vorschrift des § 2065 Abs. 2 BGB nicht entgegen. Denn der Vorerbe verfügt, indem er die auflösende Bedingung herbeiführt und damit zum unbeschränkten Vollerben wird, über seinen eigenen Nachlass (RGZ 95, 279, 280; BGHZ 2, 35; BayObLGZ 1982, 331, 341; NJW-RR 2001, 1588; OLG Hamm, NJW-RR 2014, 1288, 1289 m. w. N.; *Staudinger/Otte*, Neubearb. 2012, § 2065 Rdnr. 49 ff.; *Soergel/Loritz*, BGB, 13. Aufl., § 2065 Rdnr. 11 ff.; *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl. 2016, § 2065 Rdnr. 6; NK-BGB/*Gierl*, 4. Aufl. 2014, § 2100 Rdnr. 10; BeckOK-BGB/*Litzenburger*, Stand: 1.11.2015, § 2065 Rdnr. 12).

14 Eine Umdeutung des Testaments in diesem Sinne führt zum einen dazu, dass die angeordnete Nacherbfolge als solche bis zum Eintritt des Nacherbfalls fortbesteht (hier: Tod der Ehefrau), weil erst zu diesem Zeitpunkt feststeht, ob die Vorerbin von ihrer Befugnis zur Herbeiführung der auflösenden Bedingung für die Nacherbfolge wirksam Gebrauch gemacht hat (vgl. OLG Düsseldorf, BeckRS 2014, 04632; *N. Mayer*, ZEV 1996, 104, 105). Andererseits wird der Vorerbe, der wirksam anderweitig verfügt, für eine juristische Sekunde Vollerbe des Erblassers (vgl. *Soergel/Loritz*, BGB, a. a. O. Rdnr. 21; *Staudinger/Otte*, a. a. O. Rdnr. 49).

15 Eine solche Umdeutung liegt hier insbesondere deshalb nahe, weil in dem gemeinschaftlichen Testament selbst die Nacherbfolge unter der (auflösenden) Bedingung (vgl. Ziffer 3) einer anderweitigen letztwilligen Verfügung der Ehefrau angeordnet ist (vgl. auch OLG Hamm, NJW-RR 2014, 1288, 1289).

16 b) Entgegen der Meinung des Beschwerdeführers bedarf es für eine Umdeutung einer gemäß § 2065 Abs. 2 BGB unwirksamen letztwilligen Anordnung hin zu einer auflösenden Bedingung in Gestalt einer nicht anderweitigen letztwilligen Verfügung des eingesetzten Vorerben kein Hinzutreten von weiteren „Besonderheiten“.

17 aa) Für die Erfordernisse einer Umdeutung von Verfügungen von Todes wegen gelten keine grundsätzlichen Besonderheiten, sodass diesbezüglich die allgemeinen Grundsätze im Sinne des § 140 BGB Anwendung finden (MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 122). Insoweit kann eine nichtige letztwillige Verfügung in eine andere umgedeutet werden, sofern die in Betracht kommende (andere) letztwillige Verfügung wirk-

sam ist und deren Wirkung in wirtschaftlicher Hinsicht den vom Erblasser mit seiner unwirksamen letztwilligen Verfügung verfolgten wirtschaftlichen Zwecksetzung entspricht (vgl. MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 132).

18 bb) Das von dem Beschwerdeführer behauptete weitere Erfordernis (Hinzutreten von „Besonderheiten“) lässt sich der von ihm zitierten Entscheidung des BGH (NJW 1955, 100, 101) nicht entnehmen. Die Entscheidung betraf im Kern die Frage, ob der Erblasser die Bestimmung des Zeitpunkts, in dem die Nacherbfolge eintreten soll, einem Dritten (Testamentsvollstrecker) überlassen kann. Dabei hat der BGH die Frage im Hinblick auf die Anforderungen im Sinne des § 2065 Abs. 2 BGB verneint und hierzu ausgeführt, dass sich Gegenteiliges nicht aus den in BGHZ 2, 35 (= NJW 1951, 959) und JZ 1954, 98 veröffentlichten Entscheidungen ergebe. Er hat herausgestellt, dass in diesen Entscheidungen die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft unter der Bedingung für zulässig erklärt wurde, dass der Vorerbe nicht anders über den Nachlass verfüge. Insoweit hat der BGH die in den bezeichneten Entscheidungen zugrundeliegende Fallkonstellation als solche als Besonderheit bezeichnet, nicht aber für eine mögliche Umdeutung als ergänzendes Kriterium das Hinzutreten von „Besonderheiten“ eingefordert (vgl. BGH, NJW 1955, 100, 101 a. E.: „In diesen Fällen ist der Bedachte nach dem Willen des Erblassers eingesetzt. Die Nacherbfolge ist nur unter einer aufschiebenden Bedingung angeordnet. Die Bedingung besteht darin, dass die als Erbe eingesetzte Person von ihrem Recht, über die angefallene Erbschaft letztwillig zu verfügen, keinen Gebrauch macht. Bei diesen Fällen handelt es sich um Grenzfälle, die wegen ihrer Besonderheit mit der hier zu erörternden Testamentsbestimmung nicht verglichen werden können.“).

19 c) Maßgebend ist also, ob entsprechend der allgemeinen Grundsätze im Sinne des § 140 BGB der von dem Erblasser mit seiner unwirksamen letztwilligen Verfügung erstrebte wirtschaftliche Zweck auch mit der im Wege der Umdeutung gefundenen letztwilligen Verfügung erreicht werden kann. Dass die von dem Beschwerdeführer zitierten Entscheidungen (RGZ 91, 278; BGHZ 2, 35; BayObLGZ 1982, 331; BayObLG, NJW-RR 2001, 1588) ursprünglich jeweils einen (umfassend) befreiten Vorerben für den gesamten Nachlass betrafen, kann daher entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers keine allein maßgebliche Bedeutung zukommen.

20 aa) Zu Recht weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass der Erblasser durch seine letztwillige Verfügung in wirtschaftlicher Hinsicht sicherstellen wollte, dass sein $\frac{3}{4}$ -Miteigentumsanteil an dem Grundstück Fl. Nr. 401/68 (...), der letztendlich alleiniger Gegenstand der von ihm angeordneten Vorerbschaft ist, allein seinen Abkömmlingen zufällt. Aus seiner ausdrücklichen Anordnung, dass seine Ehefrau als Vorerbin nicht von den gesetzlichen Beschränkungen befreit ist, ergibt sich, dass nach dem Willen des Erblassers seine Abkömmlinge nach dem Tode seiner Ehefrau seinen Miteigentumsanteil in wirtschaftlicher Hinsicht ungeschmälert erhalten sollten. Andererseits wollte er seiner Ehefrau eine Abänderungsmöglichkeit im Rahmen des von ihm bestimmten Personenkreises seiner Abkömmlinge einräumen.

21 bb) Diese in Ziffer 3 des gemeinschaftlichen Testaments von 1976 zum Ausdruck gekommene Willensrichtung lässt

sich im Ergebnis dergestalt im Wege der Umdeutung verwirklichen, als die vom Erblasser bestimmten Nacherben unter der auflösenden Bedingung einer nachfolgenden anderweitigen Testierung der Vorerbin im vorgegebenen Rahmen eingesetzt sind. Insoweit erhält die Ehefrau – wie in Ziffer 3 des gemeinschaftlichen Testaments von 1976 vom Erblasser gewollt – die Möglichkeit, die Nacherbfolge entfallen zu lassen, indem sie einen Abkömmling ihres Ehemannes zu ihrem Erben einsetzt.

22 cc) Die in der vom Erblasser mittels ausdrücklicher Anordnung der Nichtbefreiung der Vorerbin erstrebte Sicherung seines Miteigentumsanteil kann entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers dadurch gewährleistet werden, dass nach allgemeiner Auffassung die zum Entfallen der Nacherbfolge führende Bedingung durch den Erblasser eingeschränkt werden kann, zum Beispiel dass sie nur eintritt, wenn der Vorerbe Personen aus einem vorgegebenen Personenkreis als seine Erben einsetzt oder dass kein Kind leer ausgeht (vgl. *Palandt/Weidlich*, § 2065 Rdnr. 6 m. w. N.).

23 Eine solche Einschränkung kann durch den Erblasser ausdrücklich angeordnet sein; sie kann sich aber, wie auch sonst im Wege der Auslegung des in der Testamentsurkunde ange deuteten Erblasserwillens oder – wie hier – im Wege der Umdeutung einer unwirksamen letztwilligen Verfügung ergeben. Trifft der Vorerbe eine letztwillige Verfügung, die die Anordnung des Erblassers unbeachtet lässt, überschreitet er also den ihm eingeräumten Verfügungsspielraum, so bleibt die Nacherbschaft bestehen, denn die Bedingung, unter der sie hätte wegfallen können, ist nicht eingetreten (OLG Hamm, OLGZ 1973, 103, 106).

24 Insofern kann die von dem Erblasser erstrebte Sicherung seines Miteigentumsanteils zugunsten des von ihm bestimmten Personenkreises im Wege der vorzunehmenden Umdeutung dadurch erreicht werden, als der Eintritt der auflösenden Bedingung nur dann erfolgt, sofern die Vorerbin zu ihren Lebzeiten keinerlei schuldrechtliche Vereinbarungen geschlossen bzw. dingliche Verfügungen getroffen hat, die nach ihrem Ableben und ihrer eintretenden Vollerbschaft (für eine juristische Sekunde) zu einem Entzug oder einer dinglichen Belastung des Miteigentumsanteils für den von dem Erblasser bestimmten Personenkreis führen.

25 Ist das von der nicht befreiten Vorerbschaft erfasste Nachlassvermögen des Erblassers nicht (mehr) Bestandteil des Vermögens der Vollerbin im Zeitpunkt ihres Ablebens oder führen von der Vorerbin abgeschlossene Rechtsgeschäfte mit ihrem Ableben zu einer Belastung bzw. zu einem Entzug des von dem Erblasser zugewendeten Miteigentumsanteils, fällt die von dem Erblasser angeordnete auflösende Bedingung aus, sodass die Anordnung der Vor-/Nacherbschaft trotz Testierung der Vorerbin bestehen bleibt. In diesem Fall würde die von dem vorverstorbenen Ehemann angeordnete Nacherbfolge in Bezug auf sein Vermögen eintreten, während die überlebende Ehefrau über ihr eigenes Vermögen gemäß Nr. 8 des gemeinschaftlichen Testaments von 1976 uneingeschränkt Verfügungsbefugung wäre.

26 d) Entgegen der Auffassung des Enkels steht die von der Ehefrau des Erblassers in Ziffer 6 des gemeinschaftlichen Testaments 1976 bereits getroffene letztwillige Verfügung über

ihren Nachlass der hier inmitten stehenden Umdeutung der unwirksamen letztwilligen Verfügung des Erblassers nicht entgegen. Die letztwillige Verfügung der Ehefrau erfolgte zu diesem Zeitpunkt vor dem Hintergrund der in Ziffer 3 getroffenen Anordnung des Erblassers über seinen Nachlass und des (unwirksamen) Bestimmungsrechts für seine Ehefrau. Der Testierung der Ehegatten in Ziffer 3 und 6 liegt also deren gemeinsame Vorstellung zugrunde, dass Ziffer 3 des gemeinschaftlichen Testaments wirksam ist und die Ehefrau im Nachgang dazu berechtigt ist, das ihr in Ziffer 3 eingeräumte Bestimmungsrecht betreffend die Nacherben des Erblassers mittels einer neuer Testierung auszuüben. Insofern umfasste die Testierung der Ehefrau in dem gemeinschaftlichen Testament von vornherein nicht die Neubestimmung der Bedachten hinsichtlich des Miteigentumsanteils des Erblassers.

27 3. Die überlebende Ehefrau hat mit notariellem Testament von 1993 im Rahmen der auflösenden Bedingung testiert, indem sie den Sohn zu ihrem Alleinerben eingesetzt hat. Die auflösende Bedingung ist insofern mit ihrem Ableben eingetreten, da die mit der ausdrücklich angeordneten Nichtbefreiung bezüglich der Vorerbschaft einhergehende stillschweigende Einschränkung für den Bedingungseintritt (Miteigentumsanteil ihres Ehemannes ist Bestandteil ihres Nachlasses) gegeben ist. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass sie zu Lebzeiten schuldrechtliche Vereinbarungen betreffend den Miteigentumsanteil ihres vorverstorbenen Ehemannes getroffen hat, die zu dessen Entzug oder Beeinträchtigung nach deren Ableben führen, sind weder vorgetragen noch ersichtlich.

28 4. Für die Behauptung des Beschwerdeführers, die Ehefrau des Erblassers habe nach ihrer Vorstellung mit dem Testament von 1993 nur die Nacherben ihres vorverstorbenen Ehemannes neu bestimmen wollen und mit Testament von 2001 über ihr gesamtes Vermögen verfügt, finden sich in den beiden letztwilligen Verfügungen keinerlei Anhaltspunkte.

29 a) Die Ehefrau des Erblassers hat das Testament von 1993 vor einem Notar errichtet und dabei ausdrücklich in Ziffer 2 für ihren Tod den Sohn zu ihrem Alleinerben eingesetzt. Diese Erbeinsetzung erfolgte unmittelbar im Anschluss zu den Ausführungen in Ziffer 1 betreffend eine auflösend bedingte Nacherbfolge in Abhängigkeit zu einer letztwilligen Verfügung über ihren Nachlass, wobei dieser mit einer Unterstreichung optisch hervorgehoben ist („meinen Nachlass“). Eine Testierung betreffend den Nachlass ihres vorverstorbenen Ehemannes und dessen Nacherbeneinsetzung findet sich in dem Testament hingegen nicht.

30 b) Dieser Alleinerbeneinsetzung des Sohnes steht das handschriftliche Testament der Ehefrau des Erblassers von 2001 nicht entgegen. Darin hat sie lediglich über Einzelgegenstände (Geldvermögen, Schmuck, Hausrat, Pkw) verfügt. Gemäß § 2087 Abs. 2 BGB ist bei Zuwendung von einzelnen Gegenständen nicht anzunehmen, dass der Bedachte Erbe sein soll. Der Umstand allein, dass das von ihr zugewendete Geldvermögen (ca. 385.000 €) im Wert fast den der Immobilie erreicht, stellt allein noch keinen hinreichenden Anhaltspunkt dafür dar, dass sie mit dem Testament von 2001 die von ihr nach notarieller Beratung getroffene ausdrückliche Erbeinsetzung des Sohnes im Testament von 1993 abändern wollte. Hiergegen spricht, dass sie entgegen ihren früheren Testierung

gen gerade keine Erbeinsetzung angeordnet hat, sondern über Einzelgegenstände verfügt hat. Auch hat sie keine (gesonderte) Anordnung in Bezug auf ihren Miteigentumsanteil an der Immobilie getroffen. In der Gesamtschau ihrer Testierungen erscheint es daher naheliegender, dass die Ehefrau des Erblassers durch ihre Verfügungen im Testament von 2001 – unter Aufrechterhaltung der von ihr bereits getroffenen Einsetzung des Sohnes als ihrem Alleinerben – lediglich über Einzelgegenstände ihres Nachlasses verfügt hat. Insofern stellen die Zuwendungen zugunsten der darin Bedachten Vermächtnisse dar (bzgl. des Sohnes ein Vorausvermächtnis im Sinne des § 2150 BGB).

31 5. Durch Eintritt der von dem Erblasser angeordneten Bedingung (siehe oben) ist daher in dem hier gegenständlichen Nachlassverfahren „Erblasser W, verstorben 1989“ entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts nicht der Sohn Alleinerbe des Erblassers, sondern die Ehefrau des Erblassers (siehe oben). Deren Alleinerbe ist gemäß Testament von 1993 der Sohn.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Thomas Raff**, Kandel/Pfalz

Das OLG München musste über einen Fall entscheiden, in dem der Ehemann Kinder aus früherer Ehe hatte, die Ehefrau hingegen keine. Gemeinsame Kinder hatten die Ehegatten ebenfalls keine. Die Eheleute setzten sich in einem gemeinschaftlichen Testament wechselseitig zu Alleinerben ein, der Ehemann die Ehefrau allerdings nur zur Vorerbin. Nacherben der Ehefrau sollten die beiden Kinder des Ehemannes sein. Indes erfolgte die Einsetzung der Kinder als Nacherben unter der Bedingung, dass die Ehefrau nicht anderweitig testieren würde. Diese anderweitige Testiermöglichkeit war wiederum dahingehend eingeschränkt, dass die Ehefrau nur innerhalb der Nacherben anders entscheiden können sollte. Die Ehefrau setzte ihrerseits die Kinder des Ehemannes als Erben ihres Nachlasses ein. Nach dem Tod des Ehemannes bestimmte die Ehefrau in einem neuen Testament eines der Kinder des Erblassers zum Alleinerben.

Die Konstellation ähnelt der häufig vorkommenden wechselseitigen Einsetzung von Eheleuten zu Alleinerben (ohne Vor- und Nacherbschaft) mit Kindern zu Schlusserben, in der dem Längstlebenden die Möglichkeit eingeräumt wird, innerhalb der Schlusserben anders zu testieren. Der Grundgedanke liegt darin, dass der Erblasser nicht alles vorhersehen kann, insbesondere nicht, wie sich seine Schlusserben entwickeln.¹

In einer Patchwork-Familie² wird hingegen häufig eine Einschränkung mit Blick auf die Verfügungsbefugnis des Ehepartners gewünscht. Man möchte das Erbe für die (eigenen) Kinder möglichst weitgehend erhalten. Ein Mittel ist dabei –

neben der direkten Einsetzung der Kinder mit (Nießbrauchs-/ Wohnrechts- etc.) Vermächtnissen zugunsten des Ehegatten – die Vor- und Nacherbschaft.

Dem Längstlebenden gleichzeitig die Möglichkeit einzuräumen, nach dem Tode des Vorverstorbenen anders zu testieren, ist hier jedoch konstruktiv schwieriger. § 2065 Abs. 2 BGB verbietet es, die Erbeinsetzung einem Dritten zu überlassen.³ Allerdings kann der Vorerbe selbstverständlich über den *eigenen* Nachlass verfügen, wie er möchte, soweit ein gemeinschaftliches Testament oder ein Erbvertrag ihn nicht einschränken. Und so liegt es nahe, den oder die Nacherben unter der Bedingung einzusetzen, dass der Vorerbe nicht anders über *seinen* Nachlass testiert.⁴ Freilich avanciert der Vorerbe in diesem Fall für eine juristische Sekunde zum Vollerben. Und dies ist der Kern der Entscheidung des OLG.

Das Gericht ist mit Blick auf den Wortlaut des Testaments in einem ersten Schritt allerdings von einem Verstoß gegen § 2065 BGB ausgegangen. Es hat das Testament in einem zweiten Schritt mit Rekurs auf § 140 BGB (Umdeutung) gerettet. Im Ergebnis liegt das OLG richtig. Nur fragt man sich, ob man dieses Ergebnis nicht auch über eine Auslegung des Testaments gemäß §§ 133, 157 BGB⁵ unter Betonung des Willens eines jeden Erblassers hätte gewinnen können.

Im Testament heißt es folgendermaßen:

„Die Einsetzung meiner beiden Söhne als Nacherben erfolgt unter der Bedingung, dass meine Ehefrau L. nicht anderweitig letztwillig testiert. Meine Ehefrau ist jedoch nur innerhalb meiner Abkömmlinge zur Abänderung der Nacherbenbestimmung befugt. Sie kann also zum Beispiel bestimmen, dass einer meiner Söhne alleiniger Nacherbe sein soll oder für einen Sohn nur ein Vermächtnis aussetzen. Zugunsten anderer Personen als meine Abkömmlinge darf eine Änderung meiner Nacherbenbestimmung nicht erfolgen.“

Zwar erlaubt der erste Satz, über §§ 133, 157 BGB das Testament so auszulegen, dass die Einsetzung unter der Bedingung erfolgt, dass die überlebende Ehefrau nicht anderweitig über *ihren* Nachlass verfügt. Die weiteren Sätze betonen jedoch unzweifelhaft die Bestimmung des Nacherben durch den Vorerben und damit den Nachlass des Ehemannes. Hierin liegt ein Verstoß gegen § 2065 Abs. 2 BGB, den man auch durch eine Auslegung nicht wird retten können. Das OLG München liegt also auch methodisch richtig.

3 Nach h. M. unzulässig ist es auch, wenn der Vorerbe aus einem Kreis von Personen den Nacherben auswählen können soll, siehe MünchKomm-BGB/Leipold, § 2065 Rdnr. 18. Anders ist es nur, wenn – wie allgemein anerkannt – der Erbe nach Kriterien ausgewählt werden soll, die der Erblasser vorgegeben hat, eingehend MünchKomm-BGB/Leipold, § 2065 Rdnr. 26 ff.

4 Dies wird von der Rechtsprechung und der h. M. seit langem anerkannt, siehe die in dem Beschluss unter II. 1. a) zitierten Urteile und Stimmen aus der Literatur sowie die weiteren Angaben bei Staudinger/Otte, Neubearb. 2013, § 2065 Rdnr. 49 ff.

5 Bei einem gemeinschaftlichen Testament ist nach richtiger Ansicht auch der objektive Empfängerhorizont relevant, sodass § 157 BGB hier nicht fälschlich zitiert wird. Siehe etwa BGH, Urteil vom 7.10.1992, IV R 160/91, NJW 1993, 256 f.

1 Vgl. hierzu MünchKomm-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2065 Rdnr. 2.

2 Siehe zur erbrechtlichen Gestaltung in Patchwork-Konstellationen Kappler/Kappler, ZEV 2015, 437; Zimmer, NotBZ 2014, 26 (non vidi); Hausmann, DNotZ 2011, 602 (insbesondere S. 608 ff.).

Der Fall zeigt anschaulich, dass die aus Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten bekannte wechselseitige Erbeinsetzung mit Schlusserbeinsetzung und Abänderungsmöglichkeiten des überlebenden Ehegatten (der unproblematisch über den eigenen Nachlass verfügt)⁶ durch eine Kombination aus Vor- und Nacherbschaft mit bedingter Vollerbeinsetzung und anderweitiger Testiermöglichkeit des Längstlebenden ersetzt werden kann. Dies ist bei Patchwork-Familien eine interessante Gestaltungsmöglichkeit, wenn man nicht grundsätzliche Bedenken gegen das Gestaltungsmittel der Vor- und Nacherbschaft hegt. Der überlebende Ehegatte wird Vorerbe, ist also in seiner Verfügungsmacht über den Nachlass beschränkt. Gleichzeitig kann er zum Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrags oder des Testaments noch nicht absehbare Entwicklungen in den Personen der Schlusserben später berücksichtigen. Auf eindeutige Formulierungen gerade vor dem Hintergrund der Folgen eines Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 BGB (Nichtigkeit!) ist selbstverständlich zu achten.

16. Auslegung und Anfechtung einer wechselbezüglichen Schlusserbeinsetzung in Berliner Testament

OLG Bamberg, Beschluss vom 6.11.2015, 4 W 105/15, mitgeteilt von **Peter Herdegen**, Richter am OLG Bamberg

BGB §§ 133, 157, 2270 Abs. 1, 2

LEITSÄTZE:

1. Bei einem Berliner Testament in der typischen Konstellation, dass die Ehegatten als Schlusserben jeweils ihre gemeinsamen Kinder und zu gleichen Teilen berufen haben, ist in der Frage der Wechselbezüglichkeit der Schlusserbenbestimmungen die Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB zugleich Ausdruck des Erfahrungssatzes, wonach jeder Ehegatte die gemeinsamen Kinder für den Fall seines eigenen Vorversterbens ausschließlich deshalb enterbt, weil er darauf vertraut, dass infolge der Schlusserbeinsetzung des anderen Teils das gemeinsame Vermögen eines Tages auf die Kinder übergehen wird (Anschluss an OLG München, Beschlüsse vom 13.9.2010, 31 Wx 119/10, MittBayNot 2011, 156 [m. Anm. *Musielak*]; und vom 28.3.2011, 31 Wx 93/10, MittBayNot 2011, 505 [m. Anm. *Kanzleiter*]; Abgrenzung zu BayObLG, Beschluss vom 29.8.1985, BReg. 1 Z 47/85, FamRZ 1986, 392 Rdnr. 49).
2. Die Prüfung der auslegungserheblichen Umstände spitzt sich daher auf die Frage zu, ob sich darin – innerhalb oder außerhalb des Testaments – eine Willensbekundung der Ehegatten objektiviert hat, die trotz dieses zuverlässigen Erfahrungshintergrunds

mit der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB nicht in Einklang steht.

3. Bei der Auslegung nachfolgender Willensbekundungen des überlebenden Ehegatten hat – ggf. – entsprechend § 157 BGB zugleich eine Beurteilung aus der objektiven Sicht (Empfängerhorizont) des anderen Ehegatten stattzufinden (BGH, NJW 1993, 256, Rdnr. 12). Dieser objektive Verständnishorizont des anderen Teiles wird sich bei der vorliegenden Fallgestaltung in der Regel weitgehend mit dem dargelegten Erfahrungssatz decken, auf dem die Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB aufbaut.
4. Ein (Rechtsfolgen-)Irrtum der testierenden Ehegatten über die mit dem Tod des vorversterbenden Teiles eintretende Bindungswirkung bei wechselbezüglichen Verfügungen stellt grundsätzlich keinen zur Anfechtung berechtigenden Inhaltsirrtum und somit auch keinen in der Frage der Wechselbezüglichkeit beurteilungserheblichen Umstand dar (Anschluss an OLG München, Beschluss vom 28.3.2011, 31 Wx 93/10, MittBayNot 2011, 505 [m. Anm. *Kanzleiter*]).
5. Die Bestimmung, dass der überlebende Ehegatte „die Verfügungsgewalt über das gemeinsame Vermögen haben“ soll, genügt nicht den Anforderungen an eine sog. Freistellungsklausel.

SACHVERHALT:

1 I. Die vier Beteiligten sind die gemeinsamen Kinder aus der Ehe des Erblassers und seiner am vorverstorbenen Ehefrau. In einem gemeinschaftlichen Testament hatten sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben und ihre vier Kinder als Schlusserben eingesetzt. Die Urkunde lautet auszugsweise:

„Wir, die Eheleute ... setzen uns gegenseitig als Alleinerben ein. Das heißt, der überlebende Ehegatte ist Alleinerbe und hat die Verfügungsgewalt über das gemeinsame Vermögen.

Für den Fall des Ablebens des 2. Ehegatten fällt das gesamte gemeinsame Vermögen den Kindern aus unserer Ehe zu gleichen Teilen zu.“

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. (...) Das Nachlassgericht ist zu Recht und auch mit im Wesentlichen zutreffender Begründung zu dem Ergebnis gelangt, dass sich die Erbfolge nach dem gemeinschaftlichen Testament der Ehegatten richtet, weil die darin angeordnete Schlusserbeinsetzung als wechselbezüglich im Sinne des § 2270 BGB mit der eigenen Einsetzung des Erblassers als Alleinerbe seiner Ehefrau anzusehen ist. Infolgedessen war der Erblasser wegen der mit dem Ableben der Ehefrau eingetretenen Bindung an die gemeinsame Schlusserbenbestimmung (§ 2271 Abs. 2 BGB) daran gehindert, hiervon – nach dem Maßstab des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB (analog) – abweichende Anordnungen zu treffen (vgl. *Palandt*, 74. Auflage, § 2271 Rdnr. 12 ff.).

10 1. Auslegungsregeln

11 Das Beschwerdebringen steht in mehrfacher Hinsicht nicht in Einklang mit den bei einer Fallgestaltung wie hier maß-

⁶ Eingehend hierzu *Staudinger/Otte*, § 2065 Rdnr. 49 ff.

gebenden Grundsätzen für die Auslegung letztwilliger Verfügungen (vgl. zunächst *Palandt/Weidlich*, § 2084 Rdnr. 1, 2).

12 a) Danach sind bei der Auslegung neben dem gesamten Text des Testaments auch Umstände außerhalb der Urkunde heranzuziehen und zu würdigen, wobei solche Umstände vor oder nach der Testamentserrichtung liegen können. Aber auch insoweit hat es ausschließlich auf den Willen des Erblassers im Zeitpunkt der Testamentserrichtung anzukommen. Danach eingetretene Umstände wie etwa spätere Willensäußerungen sind daher nur beurteilungserheblich, soweit sich daraus Rückschlüsse auf die Einstellung des Testators zur Zeit der Testamentserrichtung ziehen lassen (BayObLG, NJW 1996, 133).

13 Im Hinblick auf die Formbedürftigkeit letztwilliger Verfügungen muss ein auf Umstände außerhalb der Urkunde gestütztes Auslegungsergebnis im Text der Verfügung einen zumindest unvollkommenen Ausdruck gefunden haben (sog. Andeutungstheorie – vgl. etwa BGH, NJW 1966, 201 f.; FamRZ 1972, 201 f.; FamRZ 1972, 561 ff.).

14 b) Dementsprechend ist auch in der Frage, ob und in welchem Umfang in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene Anordnungen wechselbezüglich im Sinne des § 2270 Abs. 1 BGB sind, ausschließlich auf den übereinstimmenden Willen der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung abzustellen (BGHZ 112, 229, 233). Sofern ein solches Testament keine klaren und eindeutigen Aussagen zur Wechselbezüglichkeit enthält, muss diese Frage nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede Anordnung gesondert ermittelt werden (BGH, NJW-RR 1987, 1410). Lässt sich der Wille der testierenden Ehegatten im Wege der Auslegung (§ 133 BGB) nicht zuverlässig feststellen, so kommt bei der vorliegenden Konstellation eines sog. Berliner Testaments, in dem sich die Eheleute gegenseitig zum Alleinerben und ihre gemeinsamen Kinder als gemeinsame Schlusserben zu gleichen Teilen eingesetzt hatten, die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB zum Zuge, wonach im Zweifel die gegenseitigen Erbeinsetzungen der Ehegatten jeweils auch im Verhältnis zur Schlusserbeneinsetzung des anderen Ehegatten als wechselbezüglich anzusehen sind.

15 c) Die Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB geht von der gewöhnlichen Lebenserfahrung über die Vorstellungen und Absichten der Ehegatten in solchen Fällen aus (*Kipp-Coing*, Erbrecht, 14. Aufl., § 35 III, 2 = S. 224). Eine allgemein anerkannte, weil besonders zuverlässige Erfahrungsregel im Sinne der gesetzlichen Vermutung knüpft sich an die hier vorliegende Fallgestaltung eines sog. Berliner Testaments: Eheleute, die ihr gemeinsames Vermögen „letztlich“ an ihre eigenen – gemeinsamen – Kinder weitergeben möchten, jedoch mit Rücksicht auf die Altersversorgung des anderen Ehegatten ihre Abkömmlinge für den Fall ihres eigenen Vorversterbens enterben, tun das jeweils in der offenkundigen Erwartung, dass aufgrund der gleichzeitigen Schlusserbeneinsetzung des anderen Teiles das gemeinsame Vermögen mit dem Tode des Ehegatten auf ihre Kinder übergehen wird (so zu Recht OLG München, Beschlüsse vom 13.9.2010, 31 Wx 119/10, MittBayNot 2011, 156 [m. Anm. *Musielak*]; und vom 28.3.2011, 31 Wx 93/10, MittBayNot 2011, 505 [m. Anm. *Kanzleiter*]). Dieses Vertrauen der testierenden Eheleute wird u. a. dadurch geschützt, dass

ein Widerruf nach dem Tod des Erstversterbenden grundsätzlich ausgeschlossen ist (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB).

16 Es wird deshalb jedenfalls bei einer Konstellation wie hier schon nicht der Lebenserfahrung gerecht und greift somit auch auslegungsmethodisch zu kurz, wenn die Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB mit der Erwägung relativiert wird, es sei regelmäßig anzunehmen, dass jeder Ehegatte die Kinder wegen des Verwandtschaftsverhältnisses bedenkt und nicht, weil der andere dies auch tut (so jedoch BayObLG, FamRZ 1986, 392 Rdnr. 49 in einem seitdem immer wieder zitierten obiter dictum, vgl. etwa *Palandt/Weidlich*, § 2270 Rdnr. 5). Vielmehr hat es bei der Prüfung der auslegungserheblichen Umstände entscheidend darauf anzukommen, ob sich darin – innerhalb oder außerhalb des Testaments – eine Willensbekundung objektiviert hat, die trotz dieses zuverlässigen Erfahrungshintergrunds mit der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 nicht in Einklang steht (OLG München, jeweils a. a. O.; OLG Düsseldorf, ErbR 2014, 453 Rdnr. 29).

17 d) Bei der Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments kommt die weitere Vorgabe hinzu, dass ein nach dem Willen des einen Ehegatten mögliches Auslegungsergebnis mit der Einstellung des anderen Teiles abzugleichen ist: Lässt sich nämlich – entgegen der Lebenserfahrung – eine Übereinstimmung der beiderseitigen Vorstellungen und Absichten nicht feststellen oder lag eine solche nicht vor, dann muss auf den Willen gerade desjenigen Erblassers abgestellt werden, um dessen testamentarische Verfügung es geht. Hierbei hat entsprechend § 157 BGB eine Beurteilung aus der objektiven Sicht (Empfängerhorizont) des anderen Ehegatten stattzufinden: Dieser muss die Möglichkeit haben, sich bei seinen Verfügungen auf diejenigen des anderen Teiles einzustellen und umgekehrt (BGH, NJW 1993, 256, Rdnr. 12). Dieser objektive Empfängerhorizont des anderen Teils wird sich bei einer Fallgestaltung wie hier in der Regel weitgehend mit dem der Vermutung des § 2270 Abs. 2 BGB zugrundeliegenden Erfahrungssatz decken. Demzufolge spitzt sich bei einer Konstellation wie hier, in der sich der Auslegungsstoff im Wesentlichen aus nachfolgenden Willensäußerungen des überlebenden Ehegatten (und Erblassers) zusammensetzt, zugleich auf die Frage zu, ob die in diesen nachträglichen Erklärungen erkennbaren Intentionen auch vom (objektiven) Verständnishorizont des vorverstorbenen Teiles umfasst sind.

18 2. Zum Beschwerdevorbringen

19 Nach diesen Auslegungskriterien zeigt auch die Beschwerde keine Umstände auf, die dafür sprechen könnten, dass die Eltern der Beteiligten im maßgebenden Zeitpunkt der Errichtung ihres Gemeinschaftstestaments eine gegenseitige Bindung in Bezug auf die Schlusserbeneinsetzung nicht gewollt haben könnten.

(...)

35 2.7 (Rechts-)Irrtum des Erblassers?

36 Das Beschwerdevorbringen zu einem angeblichen Irrtum der Ehegatten über die eintretende Bindungswirkung ihrer wechselbezüglichen Verfügungen zeigt keinen beurteilungserheblichen Umstand auf.

37 Die Wechselbezüglichkeit ist nicht Erklärungsinhalt und tritt nicht deshalb ein, weil die testierenden Ehegatten gleichge-

richtete Willensbekundungen abgeben. Ein rechtsgeschäftlicher Bindungswille der Eheleute wird nicht vorausgesetzt; vielmehr ist die Bindungswirkung allein an die von den Ehegatten übereinstimmend gewollte gegenseitige Abhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen geknüpft (OLG München, Beschluss vom 28.3.2011, 31 Wx 93/10, MittBayNot 2011, 505 [m. Anm. *Kanzleiter*]). Infolgedessen stellt sich ein Irrtum, der sich ausschließlich auf die eintretende Bindungswirkung der Verfügung, nicht aber auf deren tatsächliche Abgabe und ihren wechselbezüglichen Charakter bezieht, als unbeachtlicher Rechtsfolgenirrtum dar (OLG München, a. a. O.). Es kommt deshalb schon nicht mehr darauf an, dass der Erblasser spätestens vom Urkundsnotar im Vorfeld der Errichtung des Testaments über die Rechtslage unterrichtet worden war und selbst nach dieser Aufklärung keinen Anlass gesehen hatte, sich im Rahmen seiner erläuternden Angaben zusätzlich auf das Vorliegen eines solchen Irrtums zu berufen.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Christian Braun**, Erlangen

Ein alltäglicher Fall: Ehegatten errichten privatschriftlich ein gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu Alleinerben einsetzen und die gemeinschaftlichen Kinder zu gleichen Teilen als Schlusserben. Jahre später ist einer der Ehegatten bereits tot und der Längerlebende möchte eines oder mehrere der Kinder bevorzugen. Das Testament enthält zu dieser Frage – „natürlich!“ möchte man sagen – keine Aussage. Der Längerlebende erklärt (nach nunmehriger juristischer Beratung?), dass schon immer eine Abänderbarkeit gewollt war; hilfsweise ficht er an, weil er von einer Bindung in dieser Form nie etwas gewusst bzw. geahnt habe. Die Entscheidung des OLG Bamberg in dieser Sache ist im Ergebnis richtig, kann jedoch in der Begründung nicht immer überzeugen. Stellenweise schießt sie gar über das Ziel hinaus.

1. Irrtum über die Bindungswirkung beim gemeinschaftlichen Testament

Das emotionale Thema zuerst. Beim Erbvertrag erkennt die herrschende Meinung an, dass ein Irrtum bezüglich der sich aus dem Erbvertrag ergebenden Bindung (so ein Irrtum denn tatsächlich vorliegt und kausal wurde) den überlebenden Ehegatten als Inhaltsirrtum zur Anfechtung berechtigt, § 2281 Abs. 1, § 2078 Abs. 1 BGB.¹

Die Rechtsprechung² und mit ihr ein Teil der Literatur³ wollen dieses Anfechtungsrecht für das gemeinschaftliche Testament nicht anerkennen. Argumentiert wird – kurz zusammengefasst – mit der unterschiedlichen Rechtsnatur der

Bindung.⁴ Beim Erbvertrag beruht die Bindung auf einer vertraglichen Abrede der Beteiligten. Beim gemeinschaftlichen Testament bezieht sich der Wille⁵ der Erblasser „nur“ auf die eigentliche Verfügung von Todes wegen und auf die Gemeinschaftlichkeit der Verfügungen; die Bindung ergibt sich unabhängig von der Vereinbarung als gesetzliche Folge aus § 2271 BGB. Da die Bindung beim gemeinschaftlichen Testament nicht Teil der Vereinbarung ist, kann es sich bei einem Irrtum über die Bindungswirkung der Verfügungen nicht um einen Inhaltsirrtum handeln; der Irrtum ist vielmehr als bloßer Rechts(folgen)irrtum nicht anfechtungsrelevant.

Dem wird entgegengehalten, dass so das gemeinschaftliche Testament, obwohl in seinem rechtlichen „Fundament“ schwächer, im Ergebnis stärker binden würde. Da dies nicht sein kann, ist die zum Erbvertrag ergangene Rechtsprechung zur Anfechtung bei einem Irrtum über die Bindungswirkung auf das gemeinschaftliche Testament zu „übertragen“⁶.

Ich halte die Anfechtung für möglich (wenn auch praktisch selten relevant) und meine, die Lösung muss nicht über einen Vergleich von Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament gefunden werden; sie ergibt sich vielmehr aus dem Gesetz selbst:

a) Nach allgemeiner Auffassung können die Vorschriften des Erbvertrages zur Selbstanfechtung auch auf Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament, die nach dem Tod des Erstversterbenden bindend geworden sind, analog angewendet werden.⁷ Die Anfechtung seiner eigenen, für den Fall seines Todes geltenden Verfügungen durch den Längerlebenden ist daher möglich. Die Interessen des Erstversterbenden werden über § 2270 Abs. 1 BGB hinreichend gewahrt.

b) Zuzugeben ist der Rechtsprechung, dass die Bindung beim gemeinschaftlichen Testament nicht auf einer Vereinbarung der Ehegatten beruht, sondern dass sie sich aus den gesetzlichen Vorschriften selbst ergibt. Im Bereich des § 119 BGB werden Irrtümer in derartigen Konstellationen unter dem Schlagwort der „Abgrenzung“ des (beachtlichen) Inhaltsirrtums vom (letztlich unbeachtlichen) Rechtsfolgenirrtum als Sonderfall des Motivirrtums behandelt. Ein Inhaltsirrtum kann unproblematisch immer dann angenommen werden, wenn die Beteiligten über die vom Gesetz (dispositiv) geregelte Frage ausdrückliche Regelungen getroffen, diese aber nicht richtig verstanden haben.⁸ Wird, wie im Regelfall, keine Aussage über diese vom Gesetz geregelte Frage getroffen, ist die Abgrenzung streitig. Die Frage ist deshalb bedeutend, weil nach § 119 BGB der Inhaltsirrtum

4 Detailliert dazu *Kanzleiter*, MittBayNot 2012, 264, 265 f.

5 Die Frage, ob dieser Wille tatsächlicher oder rechtsgeschäftlicher Natur ist (dazu *Reimann/Bengel/J. Mayer/J. Mayer*, Testament und Erbvertrag, 6. Aufl. 2015, vor § 2265 BGB Rdnr. 11 ff.) kann hier dahinstehen.

6 So (etwas unglücklich) wörtlich *Reimann/Bengel/J. Mayer/J. Mayer*, § 2271 BGB Rdnr. 95.

7 *Burandt/Rojahn/Braun*, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2271 BGB Rdnr. 69 m. w. N.

8 MünchKomm-BGB/*Armbrüster*, 7. Aufl. 2015, § 119 Rdnr. 81 m. w. N. auch aus der Rechtsprechung.

1 Vgl. nur die Nachweise bei *Palandt/Weidlich*, 75. Aufl. 2016, § 2281 Rdnr. 3.

2 OLG München, Beschluss vom 28.3.2011, 31 Wx 93/10, MittBayNot 2011, 505 m. Anm. *Kanzleiter*; OLG Hamm, Urteil vom 29.3.2011, 10 U 112/10, BeckRS 2011, 18455.

3 Vgl. die Nachweise bei *Musielak*, ZEV 2016, 353, 357 f. bei Fn. 45.

zur Anfechtung berechtigt, der Motivirrtum jedoch nicht. Für den Bereich des Erbrechts kann diese Abgrenzung jedoch letztlich dahinstehen. Neben dem Inhaltsirrtum (§ 2078 Abs. 1 Alt. 1 BGB) erkennt § 2078 Abs. 2 Alt. 1 BGB den Motivirrtum als Anfechtungsgrund ausdrücklich an.⁹

c) Die Rechtslage lässt sich daher wie folgt zusammenfassen: Enthält das gemeinschaftliche Testament ausdrückliche Regelungen zur Bindungswirkung, die im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments falsch verstanden worden sind und die nicht ausgelegt werden können, dann handelt es sich aus Sicht des verfügenden Ehegatten um einen Inhaltsirrtum, der nach § 2281 Abs. 1, § 2078 Abs. 1 Alt. 1 BGB analog zur Anfechtung berechtigt. Enthält das Testament keine ausdrücklichen Aussage über die Bindungswirkung und weicht im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments die Vorstellung des Erblassers bezüglich der Bindungswirkung von den tatsächlichen Gegebenheiten ab, so handelt es sich um einen Motivirrtum, der nach § 2281 Abs. 1, § 2078 Abs. 2 Alt. 1 BGB zur Anfechtung berechtigt. Die Anfechtung kann in beiden Fällen nur Erfolg haben, wenn der Irrtum auch kausal war, wenn also die Verfügung ohne den Irrtum so nicht getroffen worden wäre.¹⁰ Dies wird praktisch so gut wie nie der Fall sein bzw. nicht nachgewiesen werden können. Hat sich der verfügende Ehegatte über die Bindung gar keine Gedanken gemacht (was bei privatschriftlichen Testamenten relativ häufig der Fall sein dürfte), dann liegt kein Irrtum vor, eine Anfechtung ist nicht möglich.¹¹

Rein praktisch gibt es somit Unterschiede in der Anfechtung zwischen Erbvertrag und gemeinschaftlichem Testament. Diese ergeben sich jedoch nicht aus der unterschiedlichen Natur ihrer Bindung, sondern aus der unterschiedlichen Natur ihres Zustandekommens. Würden alle gemeinschaftlichen Testamente notariell beurkundet, dann würde – § 17 BeurkG – der Wille der Erblasser erforscht und im Text niedergelegt werden; Irrtümer über die Bindungswirkung würden wie beim Erbvertrag Inhaltsirrtümer darstellen. Solange der Gesetzgeber die privatschriftliche Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments zulässt, ist der Unterschied aber vom Gesetzgeber gewollt und daher auch hinzunehmen.

9 Auch *Musielak*, ZEV 2016, 353, 358, erkennt (theoretisch) den Motivirrtum als Anfechtungsgrund an, selbst wenn die Ausführungen zumindest am Anfang eher ablehnend klingen („nicht zur Anfechtung berechtigt“). Wegen der strengen Anforderungen an die Kausalität (unten bei Fn. 10) ist ihm zuzustimmen, dass die Anfechtung in der Praxis kaum vorkommen dürfte.

10 In der Kausalität besteht ein Unterschied zwischen dem Inhaltsirrtum und dem Motivirrtum. In jedem Fall muss der Irrtum für die Verfügung bestimmend oder zumindest derartig mitbestimmend gewesen sein, dass der Erblasser diese Verfügung ohne die irrixe Vorstellung nicht getroffen hätte (*Palandt/Weidlich*, § 2078 Rdnr. 9); beim Motivirrtum muss der zur Anfechtung berechtigende Umstand sogar der bewegende Grund für den letzten Willen gewesen sein (*Palandt/Weidlich*, § 2078 Rdnr. 6, 9). Da es zudem auf die Verhältnisse im Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung ankommt und diese oft Jahrzehnte zurückliegt, wird der Nachweis in beiden Fällen praktisch kaum geführt werden können. Die Unterschiede werden sich im Ergebnis nicht realisieren.

11 So auch *Kanzleiter*, MittBayNot 2012, 264, 267 bei Ziffer 2.

2. Auslegung, Auslegungsregeln und Empfängerhorizont

Während sich das OLG Bamberg im Rahmen der Anfechtung auf dem Boden der neueren Rechtsprechung bewegt, verschärft es die Rechtsprechung im Bereich der Aussagen zur Anwendung des § 2270 Abs. 2 BGB und zur Auslegung von Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten. Diese Verschärfung, die in den ersten drei – vom Gericht selbst vergebenen – Leitsätzen zusammengefasst ist, kann nicht unwidersprochen bleiben.

a) Anerkannt ist zwar, dass die in § 2270 Abs. 2 BGB niedergelegten Konstellationen Ausdruck der Lebenserfahrung sind.¹² Dass in einem Berliner Testament die Enterbung der Kinder für den ersten Erbfall aber „ausschließlich“¹³ deshalb erfolgt, weil der Erblasser darauf vertraut, dass durch die vom anderen Teil vorgenommene Schlusserbeinsetzung das gemeinsame Vermögen eines Tages auf die Kinder übergeht, widerspricht jedoch gerade jeder Lebenserfahrung. Dieses Vertrauen mag eines der Motive der Ehegatten für die gewählte Konstellation sein,¹⁴ daneben sind aber auch noch andere Motive, wie zum Beispiel die Versorgung des Längerlebenden, denkbar.

b) Sofern ein gemeinschaftliches Testament keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechselbezüglichkeit enthält, ist diese nach ständiger Rechtsprechung durch Auslegung zu ermitteln; erst wenn diese Ermittlung weder die gegenseitige Abhängigkeit noch die gegenseitige Unabhängigkeit ergibt, kann auf die Auslegungsregelungen des § 2270 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden.¹⁵ Wird die Prüfung der auslegungserheblichen Umstände letztlich auf die Frage beschränkt,¹⁶ ob die Auslegungsregel erschüttert werden kann, dann wird dieser Weg zu stark abgekürzt.

c) Zumindest für wechselbezügliche Verfügungen ist anerkannt, dass diese nach §§ 133, 157 BGB analog ausgelegt werden können.¹⁷ Es ist bei der Auslegung stets zu prüfen, ob ein nach dem Verhalten des einen Ehegatten mögliches Auslegungsergebnis auch dem Willen des anderen Ehegatten entsprochen hat. Lässt sich eine derartige Willensübereinstimmung nicht feststellen, dann muss auf den Willen gerade des Erblassers abgestellt werden, um dessen Verfügung es geht; die Beurteilung muss jedoch aus der Sicht

12 Vgl. nur *Musielak*, MittBayNot 2011, 158 in der Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 13.9.2010, 31 Wx 119/10, MittBayNot 2011, 156.

13 So das OLG Bamberg in seinem ersten Leitsatz!

14 In diesem Sinn ist auch die vom OLG Bamberg zitierte Entscheidung des OLG München vom 13.9.2010, 31 Wx 119/10, MittBayNot 2011, 156 m. Anm. *Musielak*, zu verstehen.

15 Vgl. nur OLG München, Beschluss vom 28.3.2011, 31 Wx 93/10, NJW-RR 2011, 1020, 1021.

16 Das OLG Bamberg spricht in Leitsatz 2 zwar von „spitzt sich (...) zu“; für die Praxis steht jedoch zu befürchten, dass dies auf „beschränkt“ eingedampft wird.

17 Dazu *Reimann/Bengel/J. Mayer/J. Mayer*, vor § 2265 BGB Rdnr. 61 f. m. w. N., auch zu der Ansicht, die für einseitige und wechselbezügliche Verfügungen einheitliche Auslegungsregeln verwendet.

des anderen Ehegatten stattfinden.¹⁸ Dieser Empfängerhorizont des anderen Ehegatten ist aber anders als im Schuldrecht kein objektiver Empfängerhorizont, sondern ein rein subjektiver.¹⁹ Ob ein solcher (subjektiver) Horizont sich mit allgemeinen Erfahrungssätzen deckt, kann allgemein nicht unterstellt werden. Dies würde die Auslegung ad absurdum führen.

18 Vgl. nur das vom OLG Bamberg zitierte Urteil des BGH vom 7.10.1992, IV ZR 160/91, NJW 1993, 256.

19 Reimann/Bengel/J. Mayer/J. Mayer, vor § 2265 BGB Rdnr. 62.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

17. Entziehung des Vertrauens bei einem Vorstandsmitglied einer AG

BGH, Urteil vom 15.11.2016, II ZR 217/15 (Vorinstanz: OLG München, Endurteil vom 24.6.2015, 7 U 3551/14)

AktG § 84 Abs. 3 Satz 2

LEITSÄTZE:

1. Der Beschluss der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft, einem Vorstandsmitglied das Vertrauen zu entziehen, ist nicht schon dann offenbar unsachlich oder willkürlich, wenn sich die Gründe für den Vertrauensentzug als nicht zutreffend erweisen.
2. Der Hauptversammlungsbeschluss, mit dem einem Vorstandsmitglied das Vertrauen entzogen wird, muss nicht begründet werden.
3. Die Anhörung des Vorstandsmitglieds ist grundsätzlich keine Wirksamkeitsvoraussetzung für den Widerruf der Bestellung.

18. Herausformwechsel einer GmbH in eine italienische S. r. l.

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 3.1.2017, 20 W 88/15

UmwG § 1 Abs. 2, §§ 122a, 190, 192 Abs. 2 Satz 2, § 202 Abs. 1 Nr. 1 und 3, Abs. 2 und 3

AEUV Art. 49, 54

LEITSATZ:

Damit die auch für den vorliegenden „Herausformwechsel“ einer GmbH in eine italienische società a responsabilità limitata geltende Niederlassungsfreiheit innerhalb der EU letztlich nicht mangels Fehlens jeglicher entsprechender Verfahrensvorschriften faktisch in die Leere läuft, ist für das deutsche Registergericht zumindest ein Rückgriff auf die Regelungen des UmwG in §§ 190 ff.

UmwG zulässig, wobei im Einzelfall eine europarechtskonforme entsprechende Anwendung geboten ist. Mit der Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister des aufnehmenden Mitgliedstaats treten damit auch die Wirkungen der Eintragung gemäß § 202 Abs. 1 Nr. 1 und 3, Abs. 2 und 3 UmwG ein. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

(...)

2 Im Handelsregister eingetragener Sitz der [beschwerdeführenden GmbH, eingetragen im Handelsregister des Amtsgerichts Frankfurt a. M.] ist (...) Frankfurt a. M. (...)

3 Alleiniger im Handelsregister eingetragener Geschäftsführer der GmbH ist Z.

4 Ausweislich der letzten im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste sind Gesellschafter der GmbH der zuvor genannte Geschäftsführer mit sechs Geschäftsanteilen in Höhe von insgesamt 421.450 € sowie E mit drei Geschäftsanteilen in Höhe von insgesamt 78.550 €. Zuvor wies die im elektronischen Handelsregister einsehbare Gesellschafterliste der GmbH neben den vorgenannten beiden Gesellschaftern noch die GmbH selbst mit drei eigenen Geschäftsanteilen in Höhe von insgesamt 25.150 € aus, die nunmehr auch von dem Geschäftsführer gehalten werden.

5 Die hier verfahrensgegenständliche Anmeldung des Geschäftsführers hat im Wesentlichen folgenden Inhalt:

„1. § 1 (2) des Gesellschaftsvertrages wird wie folgt geändert:

§ 1 Firma, Sitz

(2) die Gesellschaft hat ihren Sitz in R (Italien).“

2. Die Gesellschafter wählen als italienische Rechtsform die „società a responsabilità limitata“. Der Antrag in das Handelsregister R wird bei einer vor dem italienischen Notar unverzüglich abzuhaltenden Gesellschafterversammlung gestellt.

3. Die Gesellschaft wird ihre Geschäftsadresse unter folgender Anschrift in Italien haben: ..., Italien.“

6 Die Anmeldung nimmt Bezug auf einen notariellen Gesellschafterbeschluss der GmbH. Ausweislich des Inhalts dieser Urkunde ist der Geschäftsführer der GmbH für sich selbst, aufgrund einer von einer italienischen Notarin unterschriebenen beglaubigten Vollmacht des Mitgeschafter E für diesen sowie als Geschäftsführer der GmbH aufgetreten und hat [einen der Handelsregisteranmeldung entsprechenden] Beschluss gefasst.

(...)

12 [Mit ergänzendem Schreiben hat der Notar] insbesondere mitgeteilt, dass die Beschwerdeführerin als ... S. r. l. im Handelsregister in R (Italien) eingetragen worden sei, wobei das Handelsregister in Italien nicht bei den Amtsgerichten geführt werde, sondern bei den Industrie-, Handels-, Handwerks- und Landwirtschaftskammern. Zum Nachweis hat er auf eine Kopie des Auszuges des „Handelsregister R“ nebst auszugsweiser beglaubigter Übersetzung Bezug genommen. (...) Weiterhin hat er unter anderem darauf hingewiesen, dass die Gesellschafter in R eine Gesellschafterversammlung abgehalten, eine Satzung nach italienischem Recht beschlossen und den Antrag auf Eintragung in das Handelsregister R gestellt hätten. (...)

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

16 II. Die Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig, so insbesondere form- und fristgerecht erhoben worden. (...)

17 Die Beschwerde führt auch zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses des Registergerichts. Die von der Rechts-

pflegerin des Registergerichts angeführten Gründe für die Zurückweisung der Anmeldung tragen diese nicht. Das Registergericht wird daher nunmehr erneut über die Anmeldung unter Beachtung der nachfolgenden Rechtsausführungen des Senats zu entscheiden haben.

18 Soweit mit dem angefochtenen Beschluss des Registergerichts jedenfalls ausweislich seines Tenors die „Anmeldung, nach der die grenzüberschreitende Sitzverlegung eingetragen werden soll“ zurückgewiesen worden ist, umfasst dieser Tenor für sich genommen nicht den vollständigen Inhalt der zurückgewiesenen Anmeldung.

19 Eine Handelsregisteranmeldung ist als Verfahrenshandlung der Auslegung zugänglich. Sie ist lediglich die Grundlage der vom Registergericht vorzunehmenden Eintragung im Handelsregister. Diesen Anforderungen wird eine Anmeldung gerecht, wenn sie die einzutragende Tatsache eindeutig und vollständig bezeichnet. Die Anmeldung muss deshalb nicht zwingend einen bestimmten Wortlaut haben. Insbesondere ist der Anmeldende nicht verpflichtet, eine Anmeldung vorzulegen, die mit dem Wortlaut der im Register vorzunehmenden Eintragung deckungsgleich oder so abgefasst ist, dass der Anmeldungstext ohne Änderung in das Handelsregister übernommen werden kann. Die Formulierung der Eintragung im Register ist vielmehr ausschließlich Sache des Registergerichts (vgl. insgesamt u. a. *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 76 m. w. N. zur diesbezüglich, soweit ersichtlich, einheitlichen Rechtsprechung; siehe auch OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.11.2014, 12 W 2217/14, m. w. N.). Nach diesen Maßstäben genügt die Anmeldung hier den an sie zu stellenden Anforderungen. In Ziffer 2. dieser Anmeldung ist neben der in Ziffer 1. angemeldeten Sitzverlegung nach R (Italien) nämlich ausdrücklich formuliert, dass die Gesellschafter als italienische Rechtsform die „società a responsabilità limitata“ (nachfolgend: S. r. l.) wählen und der Antrag in das Handelsregister R bei einer vor dem italienischen Notar unverzüglich abzuhaltenen Gesellschafterversammlung gestellt wird. Daraus wird ohne Weiteres deutlich, dass für die Beschwerdeführerin nicht lediglich eine rechtsformwahrende Sitzverlegung nach Italien angemeldet werden sollte, sondern vielmehr ein mit der Sitzverlegung verbundener Rechtsformwechsel von einer deutschen Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) in eine italienische S. r. l., also die italienische Parallelförmigkeit zur deutschen GmbH (vgl. zu Letzterem: *Lutter/Bayer/Schmidt*, Europäisches Unternehmens- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2012, § 11 Rdnr. 6).

20 Entgegen der in Abs. 1 der Gründe des angefochtenen Beschlusses geäußerten Auffassung des Registergerichts liegt also gerade die Anmeldung eines mit einer Sitzverlegung verbundenen Rechtsformwechsels vor.

21 Soweit das Registergericht dann in Abs. 2 der Gründe seines angefochtenen Beschlusses darauf hinweist, [es] sei „nunmehr klar, dass keine rechtsformwahrende Sitzverlegung beantragt wurde, sondern ein Antrag auf Sitzverlegung nach R unter gleichzeitiger Umwandlung der Gesellschaft in eine italienische GmbH“, demgegenüber jedoch in dem Gesellschafterbeschluss ein Formwechsel nicht ersichtlich sei, sondern lediglich die grenzüberschreitende Sitzverlegung beschlossen worden sei, kann auch dem nicht gefolgt werden.

Der besagte Gesellschafterbeschluss entspricht vielmehr inhaltlich der Anmeldung und ist schon seinem Wortlaut nach als ein Beschluss über den mit der Sitzverlegung beschlossenen Wechsel der Rechtsform von einer deutschen GmbH in eine italienische S. r. l. zu verstehen. Darauf, dass bei der Beschlussfassung tatsächlich keine ausdrückliche Bezugnahme auf das UmwG erfolgt ist, worauf das Registergericht in diesem Zusammenhang hinweist, kommt es im Rahmen der Auslegung des Beschlusses nicht an.

22 Somit geht es vorliegend also nicht um den Fall einer formwahrenden Sitzverlegung einer deutschen GmbH in das EU-Ausland, die nach heute noch immer herrschender Auffassung unzulässig sein soll, was auch durch die Rechtsprechung des EuGH zu CARTESIO (Urteil vom 16.12.2008, C-210/06 Rdnr. 124) gedeckt werde, wonach der Niederlassungsfreiheit Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates nicht entgegenstünden, die es einer nach dem nationalen Recht dieses Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft verwehren, ihren Sitz in einen anderen Mitgliedstaat zu verlegen und dabei ihre Eigenschaft als Gesellschaft des nationalen Rechts des Mitgliedstaats, nach dessen Recht sie gegründet wurde, zu behalten (vgl. u. a. *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 4a Rdnr. 9 m. w. N.; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 4a Rdnr. 17 m. w. N.; *Goette*, DStR 2009, 128; vgl. auch die vielfältigen Nachweise bei *Roth/Altmeyden/Roth*, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 4a Rdnr. 22, 23).

23 Im Hinblick darauf, dass mit der Sitzverlegung nach Italien also auch der Wechsel in die dort als Rechtsform anerkannte S. r. l. verbunden sein soll, kann der Gesellschafterbeschluss über die Sitzverlegung in das Ausland somit auch nicht als Auflösungsbeschluss der Beschwerdeführerin – mit den entsprechenden Folgen einer Abwicklung – ausgelegt werden (vgl. hierzu *BeckOK-GmbHG/Jaeger*, Stand 1.8.2016, § 4a Rdnr. 9a m. w. N.; siehe auch die Nachweise bei *Roth*, a. a. O., Rdnr. 23); dies hat aber auch das Registergericht bislang jedenfalls nicht ausdrücklich angenommen.

24 Weiterhin ist davon auszugehen, dass auch der vorliegende „Wegzugsfall“ bzw. „Herausformwechsel“ einer deutschen GmbH nach Italien als Mitgliedsland der EU, bei dem es sich – wie gesagt – nicht um eine Sitzverlegung unter Wahrung ihrer Identität als deutsche GmbH, sondern um einen mit der Sitzverlegung verbundenen Formwechsel durch Wahl der Rechtsform der italienischen S. r. l. handelt, trotz der Regelungen in § 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwG bzw. § 191 Abs. 2 UmwG grundsätzlich möglich ist. Die dortigen Regelungen, wonach Rechtsträger mit Sitz im „Inland“ durch Formwechsel umgewandelt werden können bzw. der auf deutsche Rechtsträger bezogene Kanon der Rechtsträger, die nur Rechtsträger neuer Rechtsform sein können, sind nämlich unter Beachtung der Rechtsprechung des EuGH unionsrechtskonform im Sinne einer derartigen Möglichkeit auszulegen (vgl. u. a. *Lutter/Decher/Hoger*, UmwG, 5. Aufl. 2014, Vor § 190 Rdnr. 40; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, a. a. O.; *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481, 1491; *Semler/Stengel/Drinhausen*, UmwG, 3. Aufl. 2012, Einleitung C Rdnr. 33; zur unionsrechtskonformen Auslegung auch bereits OLG Nürnberg im Zusammenhang mit einer Entscheidung zu einem „Hereinformwechsel“ einer GmbH nach luxemburgischen Recht nach Deutschland, Be-

schluss vom 19.6.2013, 12 W 520/13, Rdnr. 35; zur systematischen Verleitung der unionsrechtskonformen Auslegung vgl. *Hübner*, IPrax 2015, 134, 136 m. w. N.; für die grundsätzliche Zulässigkeit der identitätswahrenden „Herausumwandlung“ innerhalb der EU-(EWR-)Mitgliedsstaaten u. a. auch *Bungert/de Raet*, DB 2014, 761, 764; *Goette*, DStR 2009, 128; *Jaeger*, a. a. O., Rdnr. 9; *Leible/Hoffmann*, BB 2009, 58, 60; *Fastrich*, a. a. O., Rdnr. 10; *Roth*, a. a. O., Rdnr. 50 a; *Kallmeyer*, UmwG, 4. Aufl. 2010, § 1 Rdnr. 12; *Wicke*, DStR 2012, 1756, 1758; *Teichmann*, ZIP 2009, 393, 402; *Kindler*, EuZW 2012, 888, 890; *Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Hörtnagl*, UmwG, 7. Aufl. 2016, § 1 Rdnr. 55; *Schön*, ZGR 2013, 333, 357 ff.; a. A. *Kallmeyer/Marsch-Barnier*, a. a. O., § 122a Rdnr. 14; *Maulbetsch/Klump/Rose/Quass*, UmwG, 2008, § 190 Rdnr. 12; und OLG München, Beschluss vom 4.10.2007, 31 Wx 36/07, wenn es im Rahmen der dort beurteilten Sitzverlegung von Deutschland nach Portugal erklärt, eine identitätswahrende Auswanderung einer Kapitalgesellschaft nach deutschem Recht sei nicht zulässig und dies gelte unabhängig davon, ob sie die Rechtsform der GmbH nach deutschem Recht beibehalten wolle oder – wie dort – eine entsprechende Rechtsform nach dem Recht des Zuzugsstaats annehmen wolle; insoweit dürfte allerdings von erheblicher Bedeutung sein, dass diese Feststellungen des OLG München sogar noch vor dem Urteil des EuGH zu CARTESIO getroffen wurden).

25 Der EuGH hat zunächst bereits in seinem Urteil zu SEVIC (Urteil vom 13.12.2005, C-411/03, Rdnr. 19) dargelegt, dass grenzüberschreitende Verschmelzungen wie andere Gesellschaftsumwandlungen den Zusammenarbeits- und Umgestaltungsbedürfnissen von Gesellschaften mit Sitz in verschiedenen Mitgliedstaaten entsprechen. Diese stellen nach den weiteren Ausführungen des EuGH besondere, für das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes wichtige Modalitäten der Ausübung der Niederlassungsfreiheit dar und gehören damit zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten, hinsichtlich derer die Mitgliedstaaten die Niederlassungsfreiheit nach Art. 43 EGV beachten müssen. Auf diese Feststellungen hat der EuGH dann ausdrücklich in seinem Urteil vom 12.7.2012 zu VALE (C-378/10 Rdnr. 24) Bezug genommen und bestätigt, dass Umwandlungen von Gesellschaften grundsätzlich zu den wirtschaftlichen Tätigkeiten gehören, hinsichtlich derer die Mitgliedstaaten die Niederlassungsfreiheit beachten müssen.

26 Weiterhin hat der EuGH in seinem Urteil zu CARTESIO (a. a. O., Rdnr. 111-113) – wenn auch wohl nur in Form eines obiter dictums – dargelegt, dass der Fall einer Sitzverlegung einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft in einen anderen Mitgliedstaat ohne Änderung des für sie maßgeblichen Rechts von dem – auch hier vorliegenden – Fall zu unterscheiden ist, dass eine Gesellschaft aus einem Mitgliedstaat in einen anderen Mitgliedstaat unter Änderung des anwendbaren nationalen Rechts verlegt und dabei in eine dem nationalen Recht des zweiten Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaftsform umgewandelt wird. In dem letztgenannten Fall können nach den Darlegungen des EuGH sowohl die Befugnis eines Mitgliedstaats, die Anknüpfung zu bestimmen, die eine Gesellschaft aufweisen muss, um nach seinem innerstaatlichen Recht als gegründet angesehen werden und damit in den Genuss der Niederlassungsfreiheit gelangen zu

können, als auch die Anknüpfung, die für den Erhalt dieser Eigenschaft verlangt wird, es nicht rechtfertigen, dass der Gründungsmitgliedstaat die Gesellschaft dadurch, dass er ihre Auflösung und Liquidation verlangt, daran hindert, sich in eine Gesellschaft nach dem nationalen Recht dieses anderen Mitgliedstaats umzuwandeln, soweit dies nach diesem Recht möglich ist. Ein solches Hemmnis für die tatsächliche Umwandlung – ohne vorherige Auflösung und Liquidation – einer solchen Gesellschaft in eine Gesellschaft des nationalen Rechts des Mitgliedstaats, in den sie sich begeben möchte, stellt danach eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit der betreffenden Gesellschaft dar, die, wenn sie nicht zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspricht, nach Art. 43 EGV verboten ist.

27 Auch wenn der EuGH in der oben bereits zitierten Entscheidung zu VALE (a. a. O.) den Anwendungsbereich der Niederlassungsfreiheit bei einer grenzüberschreitenden Umwandlung aus der Sicht des Rechts des Zuzugsstaats – dort also des ungarischen Rechts – zu beurteilen hatte, setzen die dortigen Ausführungen des EuGH denknötenwendigerweise voraus, dass auch der Wegzug aus dem Gründungsstaat zur Vornahme einer grenzüberschreitenden Umwandlung grundsätzlich unter Berücksichtigung der Niederlassungsfreiheit zu beurteilen ist. Diese Niederlassungsfreiheit ist dann bei der nach den weiteren Darlegungen des EuGH zu VALE erforderlichen sukzessiven Anwendung von zwei nationalen Rechtsordnungen zu beachten. Der EuGH hat zu VALE weiterhin dargelegt, dass das abgeleitete Unionsrecht derzeit keine speziellen Vorschriften für grenzüberschreitende Umwandlungen enthalte – auch wenn solche Vorschriften zur Erleichterung grenzüberschreitender Umwandlungen gewiss hilfreich wären –, deren Existenz jedoch keine Vorbedingung für die Umsetzung der in Art. 49 und 54 AEUV verankerten Niederlassungsfreiheit sein könne. Daraus folgt für den EuGH zu VALE, dass die eine grenzüberschreitende Umwandlung ermöglichenden Bestimmungen nur im nationalen Recht zu finden sein können, und zwar im Recht des Herkunftsmitgliedstaats, dem die Gesellschaft unterliegt, die eine Umwandlung vornehmen möchte, und dem Recht des Aufnahmemitgliedstaats, dem die Gesellschaft nach der Umwandlung unterliegen wird. Weiterhin hat der EuGH zu VALE dargelegt, dass der Rechtsuchende ein durch die Unionsrechtsordnung verliehenes Recht hat, eine grenzüberschreitende Umwandlung vorzunehmen, deren Durchführung mangels Unionsregeln von der Anwendung des nationalen Rechts abhängt. Dabei lassen sich nach den Darlegungen des EuGH zu VALE aus den Art. 49 und 54 AEUV zwar keine genauen Regeln ableiten, die an die Stelle der nationalen Vorschriften treten könnten, doch sei deren Anwendung nicht jeder Kontrolle anhand der Art. 49 und 54 AEUV entzogen. Zwar weist der EuGH zu VALE auf seine ständige Rechtsprechung hin, wonach die Modalitäten, die den Schutz der den Rechtssuchenden aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte gewährleisten sollen, in vielen Bereichen mangels einer einschlägigen Unionsregelung die Sache der innerstaatlichen Rechtsordnung eines jeden Mitgliedstaats sind. Diese Modalitäten dürfen nach seinen weiteren Ausführungen jedoch nicht ungünstiger sein, als diejenigen, die gleichartige innerstaatliche Sachverhalte regeln (Äquivalenzgrundsatz) und die Ausübung der durch die Unionsrechtsord-

nung verliehenen Rechte nicht praktisch unmöglich machen oder übermäßig erschweren (Effektivitätsgrundsatz).

28 Unter Berücksichtigung der genannten Urteile des EuGH unterliegt es somit keinem Zweifel, dass eine unionsrechtskonforme Rechtsanwendung dazu führt, dass auch der vorliegende „Herausformwechsel“ nach Italien wegen des durch Art. 49 und 54 AEUV (vormals Art. 43 und 48 EGV) auch für eine Kapitalgesellschaft abgesicherten Rechts auf freie Niederlassung dem Grunde nach zulässig ist.

29 Dem steht hier auch nicht entgegen, dass es sich bei dem vorliegenden „Herausformwechsel“ einer deutschen GmbH in eine italienische S. r. l. genaugenommen nicht um einen Formwechsel im Sinne des deutschen Umwandlungsrechts handelt, bei dem ein Formwechsel einer GmbH in eine andere GmbH nicht vorgesehen ist. Wenn schon ein „rechtsforminkongruenter Herausformwechsel“, dem Grund nach zulässig ist, kann für einen „rechtsformkongruenten Herausformwechsel“ a maiore ad minus nichts anders gelten, zumal der EuGH ja gerade einen derartigen Fall eines „rechtsformkongruenten“ Formwechsels einer italienischen S. r. l. in eine ungarische Kft, also in die ungarische Parallelform zur GmbH, in seinem Urteil zu VALE entschieden hat (vgl. *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481, 1488 f.; vgl. auch *Kindler*, EuZW 2012, 888, 890).

30 Dass bislang weder der europäische noch der deutsche Gesetzgeber die oben dargelegten Ausführungen des EuGH zu SEVIC, CARTESIO und VALE zum Anlass genommen haben, dafür Sorge zu tragen, dass dem somit grundsätzlich zulässigen „Herausformwechsel“ eine Gestalt in Form von entsprechenden und aufeinander abgestimmten Verfahrensnormen gegeben wurde, die zu einer für die Beteiligten, aber auch für die befassten Registergerichte oder Registerstellen erforderlichen Rechtssicherheit hätte führen können, ändert an der Zulässigkeit des „Herausformwechsels“ nichts (zum Stand der allgemein und – wie auch der vorliegende Fall zeigt – zu Recht als dringend angemahnten Maßnahmen im Rahmen einer „Sitzverlegungsrichtlinie“ bzw. von Maßnahmen des deutschen Gesetzgebers vgl. u. a. *Bungert/de Raet*, DB 2014, 761, 762, 763; *Fastrich*, a. a. O., Einl. Rdnr. 34; *Teichmann*, DB 2012, 2085, 2091 f.; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, a. a. O., Rdnr. 18; *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481, 1491, 1492). Der EuGH hat insoweit wie oben bereits dargelegt – zu VALE (a. a. O., Rdnr. 38) zu Recht ausdrücklich dargelegt, dass die Existenz derartiger Normen gerade keine Vorbedingung für die Umsetzung der in Art. 49 und 54 AEUV verankerten Niederlassungsfreiheit sein könne.

31 Allerdings hat der EuGH zu VALE (a. a. O., Rdnr. 37, 43, 44) für die Vornahme einer grenzüberschreitenden Umwandlung in Kenntnis des Umstandes, dass es auch in dem von ihm entschiedenen Fall an entsprechenden den grenzüberschreitenden Formwechsel regelnden Richtlinien oder Gesetzen mangelte, ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die grenzüberschreitende Umwandlung die sukzessive Anwendung von zwei nationalen Rechtsordnungen erfordert, also des Rechts des Herkunftsmitgliedstaats, dem die Gesellschaft unterliegt, die eine Umwandlung vornehmen möchte, und des Rechts des Aufnahmemitgliedstaats, dem die Gesellschaft nach der Umwandlung unterliegen wird. Diese Feststellung des EuGH bestätigt das, was auch überwiegend in der deutschen Litera-

tur vertreten und dort teilweise ausdrücklich als kollisionsrechtliche „Vereinigungstheorie“ bezeichnet wird, nach der sowohl das Recht des Wegzugs- als auch des Zuzugsstaats anzuwenden ist (vgl. zu dieser Begrifflichkeit u. a. *MünchKomm-GmbHG/Mayer*, 2. Aufl. 2015, § 4a Rdnr. 66b; *Schön*, ZGR 2013, 333, 361; *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481, 1490; *Hörtnagl*, a. a. O., Rdnr. 58 ff. m. w. N.). Dabei können die betroffenen Registergerichte oder -behörden jeweils allerdings nur auf das eigene Recht zurückgreifen, das jedoch europarechtskonform auszulegen ist.

32 Wegen des danach auf deutscher Seite insoweit anwendbaren Rechts, das – wie gesagt – noch immer keine speziellen Verfahrensregeln für den vorliegenden „Herausformwechsel“ normiert hat, wird überwiegend abgestellt auf eine entsprechende oder gar direkte Anwendung der – mangels Anwendbarkeit des ausländischen Rechts des Zielortes – nur in Frage kommenden deutschen Regelungen über den Formwechsel in §§ 190 ff. UmwG, teilweise auch ergänzt oder ersetzt durch die Regelungen in § 122a ff. UmwG zur grenzüberschreitenden Verschmelzung oder in §§ 12 ff. SEAG zur Sitzverlegung einer SE, jedenfalls soweit den genannten Bestimmungen keine transnationalen Besonderheiten entgegenstehen, aber auch auf Art. 8 SE-VO, Art. 13 ff. EWIV-VO oder Art. 7 SCE-VO (vgl. im Einzelnen zu den verschiedenen Ansätzen u. a. *Decher/Hoger*, a. a. O., § 190 Rdnr. 39 f.; *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, a. a. O., Rdnr. 17; *Teichmann*, DB, 2012, 2085, 2089 ff.; *Schön*, ZGR 2013, 333, 361 ff.; *Kindler*, EuZW 2012, 888, 890, 892; *Bayer/Schmidt*, ZIP 2012, 1481, 1488, 1491; *Wicke*, DStR 2012, 1756, 1758 f.; *Verse*, ZEuP, 2013, 459, 484 ff.; a. a. O., Rdnr., 50a; *Hübner*, IPrax 2015, 134, 138 f.; *Bungert/de Raet*, DB 2014, 761, 764 f.; das LG Nürnberg geht in seinem Beschluss vom 19.6.2013, a. a. O., Rdnr. 34, unter Berufung auf *Krafka/Kühn*, a. a. O., Rdnr. 1211e von einer europarechtskonformen Anwendung der §§ 190 ff. UmwG aus; kritisch gegenüber einer Anwendung der §§ 190 ff. UmwG: *Neye*, EWIR 2014, 45, 46).

33 Dabei steht einer analogen Anwendung der Bestimmungen des UmwG jedenfalls das in § 1 Abs. 2 UmwG für das deutsche Recht geregelte Analogieverbot nicht entgegen, da auch insoweit die im Unionsrecht normierte Niederlassungsfreiheit Vorrang gegenüber dem inländischen Analogieverbot hat (vgl. u. a. *Ulmer/Habersack/Löbbe/Behrens/Hoffmann*, Großkomm-GmbHG, 2013, Einl. B., B 152; *Hörtnagl*, a. a. O., Rdnr. 58; *Semler/Stengel/Drinhausen*, a. a. O., Einleitung C Rdnr. 34).

34 Damit die nach Ansicht des Senats – wie oben bereits dargelegt – auch für den vorliegenden „Herausformwechsel“ geltende Niederlassungsfreiheit innerhalb der EU letztlich nicht mangels Fehlens jeglicher entsprechender Verfahrensvorschriften faktisch in die Leere läuft, hält der Senat – soweit das deutsche Registergericht durch das Verfahren des „Herausformwechsels“ betroffen ist – zumindest einen Rückgriff auf die zuvor genannten Regelungen des UmwG in §§ 190 ff. UmwG für zulässig, wobei im Einzelfall eine europarechtskonforme entsprechende Anwendung geboten ist.

35 Dem Grundsatz nach ist dem Registergericht vorliegend also beizupflichten, wenn es in seinem angefochtenen Beschluss darlegt, dass auch bei einem „Wegzug“ aus Deutsch-

land eine „Prüfung der formwechselnden Umwandlung“ erfolgt.

36 Der Senat teilt jedoch die Ansicht des Registergerichts nicht, wonach die von ihm – trotz des lediglich in einfacher Kopie übersandten „Auszuges des Handelsregister R“ – bislang nicht weiter in Frage gestellte Eintragung der Beschwerdeführerin im Handelsregister in R (Italien) bei der von ihm vorzunehmenden Prüfung der „Herausumwandlung“ ohne Bedeutung ist.

37 Vielmehr sind bei einer europarechtskonformen Auslegung der entsprechenden deutschen Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes nach Ansicht des Senats für das deutsche Registerverfahren auch die hier maßgeblichen in § 202 Abs. 1 Nr. 1 und 3, Abs. 2 und 3 UmwG normierten Regelungen entsprechend anzuwenden (so bezüglich des Bestandsschutzes bei einer Eintragung, entsprechend § 202 Abs. 3 UmwG wohl auch *Decher/Hoger*, a. a. O., § 202 Rdnr. 55; so jedenfalls bezüglich der Anwendung von § 202 Abs. 1 und 2 UmwG auch *Krafka/Kühn*, a. a. O., Rdnr. 1211d). Wenn man, wie bislang wohl das Registergericht, von einer Eintragung der Beschwerdeführerin im Handelsregister in R (Italien) ausgeht, würde eine Nichtanwendung dieser Regelungen dazu führen, dass die dort normierten Rechtsfolgen nur deswegen nicht zum Tragen kämen, weil es sich bei dem Handelsregister in R (Italien) nicht um ein Handelsregister eines deutschen Registergerichts handelt. Eine derartige selektive Anwendung der deutschen Regelungen zum Umwandlungsrecht, die unterschiedliche Rechtsfolgen an die Eintragung im neuen Register knüpfen würde, je nachdem, ob es sich um den Fall eines innerstaatlichen Formwechsels handeln würde oder aber um einen gleichartigen Fall eines innerhalb der EU erfolgenden „Herausformwechsels“, würde im Ergebnis zu einer Benachteiligung der beschwerdeführenden GmbH führen, die mit dem Äquivalenzgrundsatz nicht vereinbar wäre.

38 Allerdings können nach dem EuGH zu VALE (a. a. O., Rdnr. 39) zwingende Gründe des Allgemeininteresses, wie der Schutz der Interessen von Gläubigern, Minderheitsgesellschaftern und Arbeitnehmern sowie die Wahrung der Wirksamkeit steuerlicher Kontrollen und der Lauterkeit des Handelsverkehrs, die Niederlassungsfreiheit dann einschränken, wenn eine solche Maßnahme zur Erreichung der verfolgten Ziele geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was zu ihrer Erreichung erforderlich ist. An diesem Maßstab sind dann bei der erforderlichen europarechtskonformen Auslegung auch die auf den „Herausformwechsel“ im Einzelnen angewendeten deutschen Normen zu messen. Vorliegend geht es aber gerade nicht um die Frage, welche Normen des deutschen Rechts zum Schutz der genannten Rechte und Ziele bei einem „Herausformwechsel“ grundsätzlich Anwendung finden können. Dabei wird das Registergericht ausgehend von der Annahme der Eintragung im Handelsregister in R (Italien) davon auszugehen haben, dass auch der Umstand eines fehlenden Umwandlungsberichts – dessen Verzicht dem Inhalt der vorgelegten Gesellschafterbeschlüsse schon nicht eindeutig zu entnehmen ist, unabhängig von der Frage, ob insoweit auch die Beurkundung des weiteren Beschlusses durch eine italienische Notarin im Hinblick auf § 192 Abs. 2 Satz 2 UmwG jedenfalls in vorliegendem Kontext ausreichend sein könnte –

die Wirkungen der Eintragung im neuen Register unberührt lässt (entsprechend § 202 Abs. 3 bzw. § 202 Abs. 1 Nr. 3 UmwG).

39 Nichts anderes gilt dann auch für den bislang nicht sämtlichen in § 194 Abs. 1 UmwG aufgestellten Anforderungen erfüllenden Umwandlungsbeschluss und auch für die Frage, ob die Vollmacht des Gesellschafters E zur Vornahme des beschlossenen Formwechsels ausreichte, bzw. wenn nicht, ob der von diesem dann selbst beschlossene Formwechsel – trotz der Beurkundung durch eine italienische Notarin und als entsprechende Bestätigung des [früheren] Beschlusses – das Formerfordernis einer notariellen Beurkundung in vorliegendem Kontext erfüllen würde (§ 193 Abs. 3 Satz 1 UmwG).

40 Letztlich kann vorliegend auch nicht von einem fehlenden Beschluss über den „Herausformwechsel“ oder einem sog. „Nichtbeschluss“ ausgegangen werden, bei denen auch nach deutschem Recht von vorneherein ein Bestandschutz nicht bestehen soll (vgl. hierzu u. a. *Decher/Hoger*, a. a. O., Rdnr. 55 m. w. N.).

41 Somit kann das Registergericht – ausgehend von der von ihm bislang nicht in Frage gestellten Eintragung im Handelsregister in R (Italien) – die Eintragung der formwechselnden Umwandlung der Beschwerdeführerin unter Errichtung der (...) S. r. l. mit dem Sitz in R unter gleichzeitiger Rötung des Registerblattes der Beschwerdeführerin nicht aus den von ihm genannten Gründen zurückweisen.

42 Lediglich vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass der Senat nicht zu klären hatte, ob die Anwendung der Niederlassungsfreiheit die „tatsächliche Ansiedelung“ der Beschwerdeführerin und die „Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ in Italien voraussetzt (vgl. EuGH zu VALE, a. a. O., Rdnr. 34, 35; und zum Streitstand in der hierzu uneinheitlichen Literatur *Schön*, ZGR 2013, 333, 358 ff.) und auch nicht, ob, ein derartiges Erfordernis angenommen und dessen Fehlen unterstellt, dies trotz der von dem Senat bejahten entsprechenden Anwendung von § 202 Abs. 1 Nr. 1 und 3, Abs. 2 und 3 UmwG letztlich überhaupt zu einer anderen Entscheidung führen könnte. Das Registergericht hat nämlich eine „tatsächliche Ansiedelung“ und eine „Ausübung einer wirklichen wirtschaftlichen Tätigkeit“ der Beschwerdeführerin in Italien bislang weder angezweifelt noch zum Gegenstand seines angefochtenen Zurückweisungsbeschlusses gemacht. Im Übrigen spricht auch der Inhalt der Urkunde des [späteren] Gesellschafterbeschlusses, wonach der dort erschienene Mitgesellschafter E einleitend die Gründe erläutert habe, die dazu geführt hätten, den Hauptsitz „der Tätigkeit“ der Gesellschaft nach Italien zu verlegen, nicht für Zweifel in dieser Hinsicht.

(...)

19. Anforderungen an die Erfüllung der Resteinlageschuld eines GmbH-Gesellschafters

OLG München, Urteil vom 12.10.2016, 7 U 1983/16

GmbHG § 19 Abs. 1

ZPO § 286

LEITSÄTZE:

1. **Die Zahlung auf die Resteinlageschuld eines GmbH-Gesellschafters bewirkt nur dann die Erfüllung der Einlageschuld, wenn sie tatsächlich, vollwertig, unbeschränkt und definitiv dem Vermögen der Gesellschaft zufließt.**
2. **Die Aushändigung von Bargeld an den Geschäftsführer und Mitgesellschafter, der sich in „desolater finanzieller Situation befindet“ und das Geld für seinen Lebensunterhalt benötigt, stellt keine Erfüllung der Einlageschuld dar, auch wenn die Kassenabrechnung und das Kassenzählprotokoll entsprechende Eintragungen enthalten.**
3. **Erfüllungswirkung bezüglich der Einlageschuld kann durch Zahlung an den Geschäftsführer als Gläubiger der Gesellschaft aufgrund eines Vergütungsanspruchs nur dann eintreten, wenn diesbezüglich eine hinreichende Bestimmtheit der Drittforderung vorliegt und eine ausdrückliche Tilgungsbestimmung bezogen auf diese Schuld getroffen ist.**

SACHVERHALT:

1 I. Die Parteien streiten über die Einzahlung eines Teils der Stammeinlage der C GmbH, für die der Kläger mit Beschluss des AG München, Insolvenzgericht, zum Insolvenzverwalter bestellt wurde.

(...)

3 Das LG hat die Beklagten, die Gesellschafter der Schuldnerin gewesen waren, zur Zahlung eines Teils der Stammeinlage in Höhe von jeweils 6.250 Euro gemäß §§ 19 Abs. 1, 22 GmbHG verurteilt, weil es den Nachweis dafür, dass die Beklagten die Einlage in voller Höhe durch Barzahlung an Herrn L, an den beide ihre Geschäftsanteile verkauft und abgetreten haben, geleistet haben, wie diese behaupten, als nicht erbracht ansah. Das LG hat hierbei den Vortrag der Parteien, weitere Umstände und Anlagen gewürdigt. Es erging letztlich eine Beweislastentscheidung zulasten der Beklagten.

4 Gegen die Entscheidung haben die Beklagten Berufung eingelegt. Der Beklagte zu 2 hat sein Rechtsmittel wieder zurückgenommen.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. 1. (...)

10 2. Die gemäß §§ 511 ff. ZPO zulässige Berufung der Beklagten zu 1 bleibt in der Sache ohne Erfolg.

11 Zu Recht und mit zutreffenden Erwägungen hat das Erstgericht einen Nachweis dafür, dass die Beklagte zu 1 die Stammeinlage in voller Höhe geleistet hat, als nicht zu seiner Überzeugung erbracht angesehen. Die hiergegen von Seiten der Berufungsführerin vorgebrachten Einwände überzeugen

nicht und vermögen ihrem Rechtsmittel nicht zum Erfolg zu verhelfen.

12 Voranzustellen ist zunächst, dass die Beklagten die Darlegungs- und Beweislast für die Erbringung ihrer jeweiligen Stammeinlageschuld tragen. Entgegen der Auffassung der Beklagten zu 1 trägt der einlagepflichtige Gesellschafter die Beweislast nach allgemeinen Grundsätzen für die erfüllungswirksame Einlageleistung, also nicht nur für den bloßen Mittelzufluss (vgl. *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 8. Aufl., § 19 Rdnr. 20 a; m. w. N.).

13 Der Senat sieht zwar keine durchgreifenden Einwände gegen die erstinstanzliche Würdigung der Angaben der Parteien sowie der vorgelegten Anlagen und geschilderten Umstände. Dass das LG aufgrund dieser keine hinreichende Überzeugung davon gewonnen hat, dass die Beklagten am 15.12.2010 tatsächlich die von ihnen geschuldete Bareinlage in die Kasse der Schuldnerin geleistet haben, beruht auf schlüssiger, widerspruchsfreier und auch nicht gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstoßender Gesamtwürdigung aller Umstände.

14 Entscheidend ist aber, dass vorliegend kein Anlass für eine Beweisaufnahme besteht. Denn auch dann, wenn man die unter Zeugenbeweis gestellte Behauptung als wahr unterstellen würde, ist ein Nachweis für die Leistung der Stammeinlage nicht erbracht.

15 Selbst unterstellt, die Angaben der Parteien, wonach die genannten Beträge in bar an Herrn L am 15.12.2010 übergeben worden sein sollen, träfen zu, rechtfertigt dies die Annahme der Erfüllung der Stammeinlagepflicht nicht.

16 Die zur Erfüllungswirkung einzuhaltenden Zahlungsmodalitäten sind für Leistungen auf die Resteinlageschuld zwar nicht in gleich strenger Weise vorgeschrieben wie für die Mindesteinzahlungen im Gründungsstadium. Gewisse Grundvoraussetzungen eines vollwertigen, unbeschränkten und definitiven Vermögenszuflusses an die Gesellschaft sind aber auch hier anerkannt, andernfalls bewirkt die Leistung keine Erfüllung der Einlageschuld (vgl. *Roth/Altmeyen*, GmbHG, § 19 Rdnr. 16 m. w. N.). Es bestehen vorliegend nämlich auch und insbesondere aufgrund der eigenen Angaben der Beklagten erhebliche Bedenken dagegen, dass diese Barmittel der Gesellschaft effektiv zugeflossen sind und sie in Höhe der Zahlungen einen definitiven Vermögenszufluss erhalten hat. Die Beklagten haben nämlich übereinstimmend vortragen lassen, dass L „aufgrund seiner desolaten finanziellen Lage – er war seit langem vermögenslos – eine Bareinzahlung“ wollte, da er das Geld für seinen Lebensunterhalt benötigte und bei Einzahlung auf das Gesellschafterkonto „das Geld bei der Bank verblieben wäre“ (...).

17 Aufgrund dieser Angaben der Beklagten bestehen erhebliche Zweifel daran, dass die (unterstellten) Zahlungsbeträge tatsächlich der Gesellschaft in der Kasse zugeflossen sind und nicht vielmehr unmittelbar dem Gesellschafter und Geschäftsführer L, was naheliegender wäre. Auch wenn – wie der Beklagtenvertreter in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat geäußert hat – die finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft dergestalt gewesen sein sollten, dass der Geschäftsführer kein Gehalt von der Gesellschaft erhalten hatte/konnte, kommt mit der Aushändigung der Geldbeträge an Herrn L verbunden

mit der Angabe, dass dieser das Geld für seine Lebensführung benötige, allenfalls eine Zahlung an einen Gläubiger der Gesellschaft in Betracht. Eine Erfüllungswirkung bezüglich der Einlageschuld kann jedoch nur dann eintreten, wenn diesbezüglich eine hinreichende Bestimmtheit der Drittforderung und eine ausdrückliche Tilgungsbestimmung bezogen auf diese Schuld getroffen ist. Dies behauptet die Beklagte zu 1) selbst nicht.

18 Auch die Tatsache, dass die Kassenabrechnung und das Kassenzählprotokoll entsprechende Eintragungen enthalten, ist angesichts der obigen Ausführungen nicht geeignet nachzuweisen, dass die Gesellschaft tatsächlich einen entsprechenden Vermögenszufluss erhalten hat.

(...)

20. Wirksame Einziehung von Geschäftsanteilen nach Erbfall wegen fehlender Eintragung in Gesellschafterliste

OLG Naumburg, Urteil vom 1.9.2016, 2 U 95/15

LEITSATZ:

Im Verhältnis zur Gesellschaft darf sich im Falle einer Veränderung in der Person des Gesellschafters nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auf die Rechte eines Gesellschafters nur derjenige berufen, der als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Diese Bestimmung gilt uneingeschränkt auch im Erbfall. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 A. Die Klägerin macht die Unwirksamkeit des Beschlusses der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 23.4.2015 geltend, mit dem der Geschäftsanteil ihres verstorbenen Ehemannes Dr. K eingezogen worden ist.

2 Die Beklagte ist eine GmbH deren Geschäftsgegenstand die Produktion und der Vertrieb von Damen-Hygieneartikeln ist. Sie wurde im Jahre 2012 mit einem Stammkapital von 25.000 € gegründet. Gründungsgesellschafter waren der o. g. Dr. K und C, jeweils mit einem Geschäftsanteil von 12.500 €. C wurde von den Gesellschaftern zum alleinigen Geschäftsführer bestellt.

3 Die Satzung der Gesellschaft enthält in Ziffer VI. Bestimmungen über Gesellschafterversammlungen und -beschlüsse; danach gilt für Abstimmungen grundsätzlich das einfache Mehrheitsprinzip. Eine Bestimmung über die Versammlungsleitung in Gesellschafterversammlungen enthält die Satzung nicht. Weiter ist geregelt, dass – soweit keine notarielle Niederschrift aufgenommen wird – unverzüglich eine Niederschrift anzufertigen ist, in welcher der Tag der Verhandlung oder Beschlussfassung sowie der Inhalt der gefassten Beschlüsse der Gesellschafterversammlung anzugeben sind.

4 Ziffer IX. 2. lit. d) der Satzung sieht unter anderem für den Fall des Versterbens eines Gesellschafters die Einziehung von dessen Geschäftsanteil „ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters“ vor. Nach IX. 3. ist der Beschluss mit einfacher Mehrheit zu fassen, wobei „der betroffene Gesellschafter kein Stimmrecht“ hat. In Ziffer IX. 5. heißt es hierzu weiter:

„Die Einziehung kann jedoch nur innerhalb von drei Monaten nach dem Zeitpunkt beschlossen werden, in dem die Gesell-

schaft und alle Gesellschafter von den Einziehungsvoraussetzungen Kenntnis erlangt haben.“

Im Falle der Einziehung ist dem betroffenen Gesellschafter nach Ziffer X. 1. eine Abfindung zu zahlen, für deren Festsetzung die Satzung weitere Regelungen enthält.

5 Am 26.8.2014 verstarb der Gesellschafter Dr. K. Hierüber informierte die Klägerin den Geschäftsführer der Beklagten telefonisch am 27.8.2014. Am selben Tage hielt dieser eine Gesellschafterversammlung ab und beschloss die Einziehung des Geschäftsanteils des verstorbenen Mitgesellschafters, worüber er eine Niederschrift verfasste. Der Geschäftsführer der Beklagten informierte die Klägerin am 18.9.2014 in einem persönlichen Gespräch über diesen Beschluss. Nach übereinstimmenden Angaben beider Prozessparteien befand sich die Unternehmung im Jahr 2014 in einer wirtschaftlich schwierigen Lage.

6 In der Folgezeit kam es zu verschiedenen Gesprächskontakten zwischen der Klägerin und dem Geschäftsführer der Beklagten. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 19.3.2015, beim jetzigen Prozessbevollmächtigten der Beklagten am 23.3.2015 eingegangen, informierte die Klägerin die Beklagte darüber, dass sie nach den am 18.11.2014 eröffneten Verfügungen des Erblassers von Todes wegen, und zwar in Form zweier Erbverträge, als Alleinerbin eingesetzt worden sei. Dem Schriftsatz waren das Eröffnungsprotokoll des AG – Nachlassgericht – Köln vom 18.11.2014 und beide Erbverträge in Kopie beigelegt. Der Geschäftsführer der Beklagten trug die Klägerin nicht in die Liste der Gesellschafter der Beklagten ein.

7 Mit Schreiben vom 10.4.2015 lud der Geschäftsführer der Beklagten die Klägerin („rein vorsorglich“) zu einer Gesellschafterversammlung am 23.4.2015 ein; als Gegenstand der Versammlung wurde die Erörterung der bisherigen Einziehung des Geschäftsanteils des verstorbenen Mitgesellschafters und dessen vorsorgliche erneute Einziehung angekündigt.

8 An der Gesellschafterversammlung am 23.4.2015 nahmen der Geschäftsführer der Beklagten und Rechtsanwalt W für die Klägerin teil. Der Vertreter der Klägerin, Rechtsanwalt W, widersprach der Versammlungsleitung durch den Geschäftsführer der Beklagten. Der Geschäftsführer der Beklagten verkündete in der Versammlung den Beschluss, den Geschäftsanteil des verstorbenen Mitgesellschafters einzuziehen. Er hat unwidersprochen vorgetragen, dass er während der Verhandlung ein Protokoll erstellt habe; eine Abschrift hiervon ist weder der Klägerin ausgehändigt worden noch zur Gerichtsakte gelangt.

9 Am 25.8.2015 informierte die Klägerin den Geschäftsführer der Beklagten darüber, dass sie die Beantragung eines Erbscheins erwäge und ihr Steuerberater ihr geraten habe zu prüfen, ob sie das Erbe annehmen oder ausschlagen solle. Im Hinblick auf diese Entscheidung erbat sie weitere Informationen.

10 Die Klägerin hat mit ihrer am 26.5.2015 beim LG eingereichten und der Beklagten am 25.6.2015 zugestellten Klage den Gesellschafterbeschluss vom 23.4.2015 angefochten und hilfsweise dessen Nichtigkeit geltend gemacht. Sie hat den Beschluss für fehlerhaft erachtet, weil über die Einziehung des Geschäftsanteils ihres verstorbenen Ehegatten nicht innerhalb der Drei-Monats-Frist entschieden worden sei, weil die Gesellschafterversammlung mangels Wahl eines Versammlungsleiters und mangels Protokollierung keine wirksamen Beschlüsse habe fassen dürfen, weil die Feststellung des Beschlusses mangels Wahl eines Versammlungsleiters nicht habe erfolgen können und weil die Einziehung wegen ausstehender Zahlung des Abfindungsbetrages noch keine Wirksamkeit entfalte. Im Übrigen sei die Einziehung angesichts des geringen Betrags der Abfindung rechtsmissbräuchlich, da die Einziehung nur auf ein Herausdrängen der Klägerin und ihrer Kinder aus der Unternehmung gerichtet gewesen sei.

11 Die Beklagte hat sich auf die Wirksamkeit des (ersten) Einziehungsbeschlusses vom 27.8.2014 berufen und hierzu unwidersprochen – und bestätigt durch Ziffer II. 1. der Gründungsurkunde

– vorgetragen, dass die Gesellschafterversammlungen der Beklagten stets spontan, d. h. ohne förmliche Einberufung, und unter Verzicht auf alle Form- und Fristvorschriften abgehalten worden seien.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

15 B. (...) Die Berufung der Klägerin hat in der Sache keinen Erfolg.

16 Die Anfechtungsklage der Klägerin und deren hilfsweise erhobene Feststellungsklage sind jeweils zulässig, aber unbegründet. Die Einziehung des Geschäftsanteils des Gründungsgesellschafters Dr. K (künftig: der Geschäftsanteil) ist wirksam vorgenommen worden.

17 I. Die auf die Nichtigkeitserklärung bzw. auf die Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 23.4.2015 gerichtete Klage ist zulässig. Die Klägerin hat insbesondere auch ein Rechtsschutzbedürfnis für die von ihr unternommene Rechtsverfolgung.

18 1. Allerdings hat die Beklagte, ohne dass das LG dem nachgegangen wäre, zu Recht darauf verwiesen, dass der Klägerin das für die Prozessführung erforderliche rechtlich schützenswerte Interesse fehlen würde, wenn der Geschäftsanteil bereits mit dem Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 27.8.2014 wirksam eingezogen worden wäre. Das ist jedoch nicht der Fall.

19 2. Der Beschluss vom 27.8.2014 ist gesetzeswidrig und deswegen nichtig, weil entgegen § 51 Abs. 1 GmbHG nicht alle beiden Gesellschafter der Beklagten zu dieser Geschäftsversammlung geladen worden sind. Für diese Feststellung kann noch offen bleiben, wer am 27.8.2014 anstelle des verstorbenen Gesellschafters Dr. K hätte geladen werden müssen. Die Nichtigkeit des Beschlusses ist von Amts wegen zu berücksichtigen; hierfür bedurfte es keiner besonderen Feststellungs- oder Anfechtungsklage.

20 a) aa) Nach Ziffer VI. 1. Satz 1 der Satzung waren Beschlüsse grundsätzlich in einer Gesellschafterversammlung zu fassen; das galt nach § 46 Nr. 4 GmbHG insbesondere auch für den Beschluss über die Einziehung eines Geschäftsanteils. Der Geschäftsführer der Beklagten ging am 27.8.2014 ebenfalls von der Notwendigkeit einer entsprechenden Beschlussfassung in einer Gesellschafterversammlung aus. Nach § 51 Abs. 1 Satz 1 GmbHG hatte die Einberufung der Versammlung durch eingeschriebenen Brief zu erfolgen und war nach Satz 2 mindestens mit einer Frist von einer Woche zu bewirken. Die Satzung enthält keine von § 51 Abs. 1 GmbHG abweichende Regelung zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung.

21 bb) Danach hätte eine form- und fristgerechte Ladung auch gegenüber dem Mitgesellschafter, ggf. gegenüber dessen Vertreter oder dessen Rechtsnachfolger bzw. dessen Vertreter, erfolgen müssen. In Fällen wie dem vorliegenden, in denen die Gesellschaft zwar Kenntnis vom Tod eines Gesellschafters hat – diese Kenntnis erlangte hier der Geschäftsführer der Beklagten am 27.8.2014 vor Einberufung der Gesellschafterversammlung –, aber die Erbfolge noch nicht geklärt ist, kann eine ordnungsgemäße Einberufung und Ladung beispiels-

weise vollzogen werden, wenn für die verstorbene Person ein Vertreter – auch über deren Tod hinaus – bevollmächtigt ist. Denn für die Gesellschaft gilt die verstorbene Person noch als Gesellschafter, weil sie in der Gesellschafterliste eingetragen ist (§ 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG), auch wenn diese Person nicht mehr existiert und ihre Rechte selbst nicht mehr wahrnehmen kann.

22 cc) Es ist unstrittig, dass die Gesellschafterversammlung vom 27.8.2014 spontan, d. h. ohne förmliche Einberufung, vom Geschäftsführer der Beklagten abgehalten wurde und er der einzige Anwesende war. Der weitere eingetragene, zuvor verstorbene Gesellschafter war nicht vertreten.

23 b) Soweit sich die Beklagte darauf berufen hat, dass die beiden Gründungsgesellschafter auf diese Formalien regelmäßig verzichtet hätten, haben sie hierüber keine Satzungsregelung getroffen, sondern – entsprechend der Regelung des § 51 Abs. 3 GmbHG – den Einberufungsmangel jeweils durch das Abhalten einer sog. Vollversammlung aller Gesellschafter unter Einvernehmen mit der Abhaltung der Versammlung geheilt. Das traf jedoch nicht für die Gesellschafterversammlung vom 27.8.2014 zu.

24 c) Wird ein Gesellschafter nicht geladen, so liegt keine ordnungsgemäße Einberufung der Gesellschafterversammlung vor. Hierin liegt ein Nichtigkeitsgrund (vgl. auch § 241 Abs. 1 Nr. 1 AktG analog). Eine Heilung durch eine Vollversammlung (vgl. auch § 242 Abs. 2 Satz 4 AktG) ist per se ausgeschlossen (vgl. *Lange*, NJW 2016, 1852, 1853).

25 II. Die Anfechtungsklage der Klägerin ist unbegründet.

26 1. Das LG hat im Ergebnis zu Recht darauf erkannt, dass der Klägerin die Anfechtungsbefugnis für die Erhebung dieser Klage fehlt. Die Beklagte darf sich im vorliegenden Rechtsstreit auch auf die fehlende Anfechtungsbefugnis der Klägerin berufen.

27 a) Im Verhältnis zur Gesellschaft, hier zur Beklagten, darf sich im Falle einer Veränderung in der Person des Gesellschafters nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auf die Rechte eines Gesellschafters nur derjenige berufen, der als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Diese Bestimmung gilt uneingeschränkt auch im Erbfall.

28 aa) Allerdings haben die Prozessparteien, insbesondere die Klägerin im Rahmen ihrer Berufungsbegründung, zutreffend darauf verwiesen, dass die Auslegung der vorgenannten Vorschrift in der gesellschaftsrechtlichen Literatur umstritten ist. Dies gilt insbesondere unter Berücksichtigung des Umstandes, dass der Gesetzgeber sich mit der Neuregelung des § 16 Abs. 1 GmbHG an der Vorschrift des § 67 Abs. 2 AktG orientiert hat, welche das Konzept der relativen Rechtsstellung des Gesellschafters bereits für die Namensaktie begründet hatte (vgl. BR-Drucks. 354/07, S. 84: „Die Änderung des § 16 lehnt sich an das Regelungsmuster des § 67 Abs. 2 AktG an.“; S. 85: „Die Gesellschafterliste wird dogmatisch an das Aktienregister bei der Namensaktie angenähert, bei dem sich Probleme aus der relativen Rechtsstellung nicht ergeben haben.“). Für die Parallelvorschrift geht die wohl (noch) überwiegende Meinung davon aus, dass mit dem Erbfall nicht nur die

materiellrechtliche Inhaberschaft übergeht, sondern auch die formellrechtliche Legitimation als ein selbstständiger, von der Mitgliedschaft losgelöster Vermögenswert (vgl. *Lutter/Drygala*, KK-AktG, 3. Aufl. 2011, § 67 Rdnr. 71; *Großkomm-AktG/Hopt/Wiedemann/Merkt*, 4. Aufl. 2008, § 67 Rdnr. 76). Dem folgt für das GmbHG lediglich eine Mindermeinung (vgl. *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 8. Aufl. 2015, § 16 Rdnr. 21 f.). Der Senat schließt sich der teilweise für das Aktienrecht (vgl. *Spindler/Stilz/Cahn*, AktG, 2007, § 67 Rdnr. 38), mehrheitlich jedoch für das GmbH-Recht vertretenen Gegenauffassung an, wie zuvor bereits das OLG Zweibrücken (vgl. Beschluss vom 15.12.2011, 3 W 144/11, GmbHR 2012, 689, juris Tz. 5).

29 bb) Der insoweit eindeutige Wortlaut des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG n. F. differenziert nicht nach der Art der Rechtsnachfolge, sondern erfasst sowohl die Einzel- als auch die Gesamtrechtsnachfolge.

30 cc) Die Gesetzesgenese zeigt, dass eine Differenzierung zwischen Einzel- und Gesamtrechtsnachfolge auch nicht gewollt war. In der Begründung des Gesetzesentwurfs ist das ausdrücklich niedergelegt (vgl. BR-Drucks. 354/07, S. 86: „Die Vorschrift gilt nicht nur bei rechtsgeschäftlicher Übertragung durch Abtretung, sondern bei allen Formen des Anteilsübergangs, insbesondere bei der Gesamtrechtsnachfolge.“). Damit ist der Gesetzgeber der ihm bekannten Rechtsauffassung zu § 67 Abs. 2 AktG bewusst nicht gefolgt.

31 dd) Mit der vom Gesetzgeber vorgegebenen Regelungssystematik lässt sich eine Differenzierung zwischen den Fällen der Einzelrechtsnachfolge und den Fallgestaltungen der Gesamtrechtsnachfolge, insbesondere der erbrechtlichen Universalsukzession, nicht vereinbaren. Die vorgenannte gesetzliche Vorschrift folgt, ebenso wie bereits die Vorgängerregelung des § 16 Abs. 1 GmbHG a. F., dem Konzept der relativen Rechtsstellung des Gesellschafters. Im Unterschied zur Vorgängerregelung, welche an die ordnungsgemäße Anmeldung des Gesellschafterwechsels und damit zwar an ein formales, aber hinsichtlich der Ordnungsgemäßheit der Anmeldung immer noch streitträchtiges Kriterium anknüpfte, hat der Gesetzgeber mit der Schaffung der Gesellschafterliste durch das am 1.1.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) ein Rechtsinstitut geschaffen, das die Frage, wen die Gesellschaft als Gesellschafter zu behandeln hat, nicht nur von dem mitunter schwer festzustellenden Umstand, wer materiellrechtlich wirksam Inhaber der Geschäftsanteile ist, entkoppelt hat, sondern auch von weiteren formalen Prüfungsfragen – der Blick auf die im Handelsregister hinterlegte Liste schafft ohne Weiteres Rechtsklarheit (vgl. nur *Heidinger*, ZNotP 2012, 449, 453; *Miersch*, NZG 2015, 1336; *Scholz/Seibt*, GmbHG, 11. Aufl. 2012-2015, § 16 Rdnr. 1 und 2 m. w. N.; vgl. auch Entwurf der Bundesregierung für das MoMiG vom 25.5.2007, BR-Drucks. 354/07, S. 85: „Ohne die Eintragung und die Aufnahme der Liste in das Handelsregister bleibt dem Neugesellschafter allerdings die Ausübung seiner Mitgliedschaftsrechte verwehrt, da ihm gegenüber der Gesellschaft erst mit Aufnahme der entsprechend geänderten Gesellschafterliste in das Handelsregister die Gesellschafterstellung zukommt.“ und: „Das Abstellen auf diesen Zeitpunkt dient der durch die Neufassung angestrebten Transparenz der

Anteilsverhältnisse, da die Liste ab der Aufnahme im Handelsregister eingesehen werden kann.“). Daraus folgt zugleich, dass die materiellrechtliche Inhaberschaft an den Geschäftsanteilen und die formellrechtliche Legitimation als Gesellschafter auseinanderfallen können. Die Gesellschaft darf und muss nur denjenigen als einen Gesellschafter mit mitgliedschaftlichen Rechten und Pflichten behandeln, der formellrechtlich legitimiert ist; auf die materielle Rechtslage kommt es nicht an (st. Rspr. des BGH, vgl. nur Urteil vom 13.10.2008, II ZR 76/07, GmbHR 2009, 38, juris Tz. 7 m. w. N. – noch zu § 16 GmbHG a. F.).

32 ee) Entscheidend ist aus Sicht des Senats, dass der Zweck der Legitimationsvorschrift, Rechtssicherheit zu schaffen, durch eine Ausnahme vom Abstellen auf den formalen Legitimationsträger eingeschränkt werden würde (so auch *Miersch*, a. a. O., S. 1337). Die Gesellschaft soll gerade von den Risiken der Unsicherheiten über die materielle Rechtslage befreit werden. Diese Unsicherheiten bestehen auch beim Erbfall. Es ist zwar gewiss, dass der Verstorbene seine mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten nicht mehr ausüben bzw. erfüllen kann, im Zusammenhang mit der Erbschaft können jedoch eine Vielzahl von Unsicherheiten auftreten, gerade für einen juristischen Laien, so zum Beispiel im Hinblick auf eine etwaige Testierunfähigkeit des Erblassers, auf Formmängel der letztwilligen Verfügung oder Zweifel an deren Authentizität bzw. im Hinblick auf die Auslegung einer letztwilligen Verfügung, bezüglich der Erbenermittlung (vgl. *Baumbach/Hueck/Fastrich*, GmbHG, 20. Aufl. 2015, § 16 Rdnr. 17), oder auch im Hinblick darauf, ob die Erbschaft von einem berufenen Erben (wirksam) ausgeschlagen worden ist bzw. noch ausgeschlagen werden kann, ob Haftungsbeschränkungen für den oder die Erben gelten u. s. w. (vgl. *Heidinger*, a. a. O., S. 454; *Seibt*, a. a. O., § 16 Rdnr. 18, 22, 24).

33 ff) Soweit die Gegenauffassung mit dem Eintritt des Erben in die formale Legitimation argumentiert, ist darauf zu verweisen, dass der rechtsgeschäftliche Erwerber ebenso in die (gesamte) Rechtsstellung des veräußernden Gesellschafters eintritt, d. h. im Zweifel nicht nur in die materielle, sondern zumindest konkludent auch in dessen formale Rechtsstellung; insoweit unterscheidet sich der Erbfall nicht von jedem anderen Erwerbstatbestand (vgl. *Wolff*, BB 2010, 454, 455). Das Gesetz erfordert gleichwohl eine aktive Umsetzung durch Aktualisierung der Gesellschafterliste.

34 gg) Tatsächlich unterscheidet sich die erbrechtliche Rechtsnachfolge nur dadurch von der rechtsgeschäftlichen Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung, dass im Erbfall der bisherige Gesellschafter nicht mehr in der Lage ist, seine Gesellschafterrechte selbst auszuüben oder seinen Rechtsnachfolger, den Erben, zur Ausübung der Gesellschaftsrechte zu ermächtigen, also in der sog. Vakanz. Hierdurch ist aber eine Abweichung vom ausdrücklichen gesetzgeberischen Willen nicht gerechtfertigt. Dem Gesellschafter ist eine rechtsgeschäftliche Vorsorge durch Erteilung einer Vollmacht von Todes wegen bzw. über den Todesfall hinaus möglich (vgl. *Wolff*, a. a. O., S. 456). Die Gesellschaft hat es in der Hand, im Falle eilbedürftiger Entscheidungen durch das Hinwirken auf die Bestellung eines Nachlasspflegers für die (noch) unbekannteren Erben und dessen Eintragung in die Gesellschafter-

liste eine Möglichkeit der Einberufung und Durchführung der Gesellschafterversammlung herzustellen. Der Erbprätendent wiederum kann seine Eintragung in die Gesellschafterliste durch die Mitteilung und den Nachweis seiner Erbenstellung, zum Beispiel durch Vorlage eines Erbscheins, rasch herbeizuführen (vgl. *Miersch*, a. a. O., S. 1338; auch BR-Drucks. 354, S. 86: „Dem eintretenden Gesellschafter steht ein Rechtsanspruch auf Einreichung der Gesellschafterliste zum Handelsregister zu. Eine entsprechende einklagbare Verpflichtung der Gesellschaft gegenüber dem Neugesellschafter ist bei § 67 Abs. 2 AktG ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung anerkannt. Gleiches gilt aufgrund der Parallelität der Vorschriften künftig auch für die GmbH. Insbesondere finden auch für den Anspruch auf Einreichung der Gesellschafterliste die Regeln des einstweiligen Rechtsschutzes Anwendung. [...]“). Der Gesetzgeber hat, wie seine Entwurfsbegründung erkennen lässt, der Rechtssicherheit den Vorrang vor praktischen Umsetzungsproblemen und damit verbundenen Verzögerungen eingeräumt (vgl. BR-Drucks. 354/07, S. 86: „Die Verkehrsfähigkeit von GmbH-Anteilen wird hierdurch nicht eingeschränkt, da die Eintragung in die Gesellschafterliste sehr zeitnah erfolgen kann, wozu auch die elektronische Einreichung zum Handelsregister beiträgt.“).

35 hh) Soweit die Gegenauffassung – und so argumentiert auch die Klägerin – schließlich in einem Erbschein ein höherwertiges Beweismittel als in der Gesellschafterliste sieht und deswegen die Ausnahme vom formalen Listensystem für geboten erachtet, ist der Gesetzgeber dieser Wertung evident nicht gefolgt. Wie sich aus den Vorausführungen ergibt, besteht im Falle des Vorliegens eines Erbscheins auch keine Notwendigkeit, den Grundsatz der formalen Legitimation zu durchbrechen, weil mit diesem Erbrechtsnachweis die formale Legitimation schnell herbeigeführt werden kann und auch insoweit der Verkehrssicherheit der Vorrang vor einer (scheinbar höheren) Einzelfallgerechtigkeit einzuräumen ist. Zudem hat im vorliegenden Fall die Klägerin der Beklagten jedenfalls bis zum 23.4.2015 keinen Erbschein vorgelegt. Wie sich aus der E-Mail ihres Rechtsanwalts vom 25.8.2015 ergibt, hat sie bis zu diesem Zeitpunkt die Erteilung eines Erbscheins nicht einmal beantragt und vielmehr noch eine Ausschlagung der Erbschaft erwogen.

36 b) Die Klägerin war und ist nicht in die Liste der Gesellschafter der Beklagten eingetragen, sodass sie gegenüber der Beklagten keine mitgliedschaftlichen Rechte geltend machen kann, insbesondere auch keine Befugnis zur Anfechtung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung innehat.

37 c) Der Beklagten ist es auch nicht ausnahmsweise verwehrt, sich auf die fehlende Eintragung der Klägerin in die Gesellschafterliste zu berufen. Insbesondere kann der Senat nicht feststellen, dass die Geltendmachung der fehlenden Anfechtungsbefugnis der Klägerin durch die Beklagte hier rechtsmissbräuchlich wäre. Die Nichterweislichkeit eines Rechtsmissbrauchs fällt der Klägerin zur Last, die sich hierauf berufen hat.

38 aa) Allerdings wird es allgemein als rechtsmissbräuchlich angesehen, wenn sich die Gesellschaft gegenüber einem Neugesellschafter auf die fehlende Eintragung in die Gesellschafterliste beruft, obwohl sie die Unrichtigkeit der Gesellschafterliste selbst zu vertreten hat (vgl. nur *Baumbach*/

Hueck/Fastrich, § 16 Rdnr. 11 m. w. N.). Das kann insbesondere deswegen der Fall sein, weil der Geschäftsführer der Gesellschaft nach § 40 Abs. 1 GmbHG nach Mitteilung des Erbfalls und nach der Vorlage von Nachweisen zum Erbrecht, deren Qualität in der Vorschrift nicht näher beschrieben ist, verpflichtet ist, die Gesellschafterliste unverzüglich zu aktualisieren. Eine rechtsmissbräuchliche Verweigerung der Eintragung der Klägerin in die Gesellschafterliste der Beklagten hat die Klägerin jedoch nicht schlüssig dargelegt.

39 bb) Die telefonische Mitteilung der Klägerin an den Geschäftsführer der Beklagten vom Versterben des Mitgesellschafters am 27.8.2014 genügte hierfür nicht. Die ordnungsgemäße Mitteilung sollte, auch wenn das Gesetz keine Form vorschreibt, jedenfalls in den Fällen, in denen eine Erzwingung der Änderungseintragung in Betracht kommt, grundsätzlich schriftlich erfolgen im Hinblick auf die Ernsthaftigkeit, die Prüfung der Mitteilungsbefugnis und aus Beweisgründen. Inhaltlich muss die Mitteilung im Erbfall nicht nur die Nachricht vom Versterben des bisherigen Gesellschafters, sondern auch die Bezeichnung des konkreten Rechtsnachfolgers unter Berücksichtigung der Pflichtangaben in der Gesellschafterliste umfassen. Hieran fehlte es in der Mitteilung vom 27.8.2014. Notwendig ist nach dem Wortlaut des § 40 Abs. 1 GmbHG weiter die Vorlage von Nachweisen. Solche Nachweise des Erbrechts lagen dem Geschäftsführer der Beklagten am 27.8.2014 nicht vor. Angesichts des klaren Gesetzeswortlauts kann sich die Klägerin nicht erfolgreich darauf berufen, dass diese Voraussetzungen wegen des wechselseitigen Näheverhältnisses zwischen dem Geschäftsführer der Beklagten und der Familie des Erblassers entbehrlich gewesen wären.

40 cc) Es kann nicht sicher festgestellt werden, ob der Geschäftsführer der Beklagten aufgrund des Schriftsatzes der Beklagten vom 19.3.2015 rechtlich verpflichtet war, die Änderung der Gesellschafterliste durch Eintragung der Klägerin als Gesellschafterin an Stelle ihres verstorbenen Ehemannes zu bewirken.

41 (1) Die Mitteilung der Beklagten vom 19.3.2015 war nach den o. g. Maßstäben zwar inhaltlich ausreichend, denn sie enthielt die Angabe, dass die Klägerin Alleinerbin nach dem verstorbenen Mitgesellschafter sei. Die Ernsthaftigkeit dieser Angabe steht im vorliegenden Fall aber ausnahmsweise deswegen im Zweifel, weil sich die Klägerin, anwaltlich vertreten, noch im Mai 2015, also zwei Monate danach, unsicher darüber äußerte, ob sie die Erbschaft annehmen oder (wohl zugunsten ihrer Kinder) ausschlagen sollte. Da die Klägerin auch auf den Vorhalt dieser schriftlichen Äußerungen keine überzeugende Darstellung abgegeben hat, auch nicht zu der Frage, wieso sie bis Mai 2015 keinen Erbschein zu ihren Gunsten beantragt hat, ist nicht auszuschließen, dass sie ihre Zweifel dem Geschäftsführer der Beklagten gegenüber auch in den Gesprächen bis einschließlich März 2015 geäußert und ihm dadurch Veranlassung gegeben hat, an der Ernsthaftigkeit der Mitteilung zu zweifeln.

42 (2) Es kann offen bleiben, ob sich der vorgenannte Umstand auch auf die Aussagekraft der Nachweise der Klägerin für ihr Erbrecht auswirkt. Der Nachweis i. S. v. § 40 Abs. 1 GmbHG muss – seiner Funktion nach – eine schlüssige und nach Lage der Dinge für den Geschäftsführer überzeugende

Unterrichtung über die Veränderung in der Person des Gesellschafters sein (vgl. in *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, § 40 Rdnr. 25). Dabei ist der Nachweis des Erbrechts nicht auf die Vorlage des Erbscheins beschränkt. Im vorliegenden Fall, in dem die Erbverträge bereits im November 2014 vom Nachlassgericht eröffnet worden waren, war es zumindest ungewöhnlich, dass die Klägerin bis März 2015 die Erteilung des Erbscheins, welcher sie als Alleinerbin ausgewiesen hätte, noch nicht beantragt hatte. Die bloße Vorlage der Erbverträge musste für einen juristischen Laien noch keine Sicherheit hinsichtlich des Erbrechts vermitteln. Spätere abweichende Erbverträge, zum Beispiel zugunsten der Kinder, bzw. die Erbaus-schlagung durch die Klägerin waren nicht ausgeschlossen.

43 (3) Eine Rechtsmissbräuchlichkeit der Berufung der Beklagten auf die fehlende Eintragung der Klägerin in die Gesellschafterliste ergibt sich hier auch nicht daraus, dass der Geschäftsführer der Beklagten sich insoweit etwa widersprüchlich verhalten hätte. Er hat die Klägerin zwar am 10.4.2015, „rein vorsorglich“ – zu einer Gesellschafterversammlung geladen, primär jedoch dazu, die aus seiner Sicht bereits wirksam erfolgte Einziehung des Geschäftsanteils zu erörtern. Im Einladungsschreiben verwies er darauf, dass er die Klägerin auch materiellrechtlich nicht als Gesellschafterin ansehe und dass sie insbesondere bislang nie Einwendungen gegen die Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses vom 27.8.2014 geltend gemacht habe.

44 2. Selbst wenn man – anders als der erkennende Senat – davon ausginge, dass die Klägerin anfechtungsbefugt sei bzw. dass sich die Beklagte auf die fehlende formelle Legitimation der Klägerin als Gesellschafterin nicht berufen dürfe, fehlte es an einem Anfechtungsgrund.

45 a) Der am 23.4.2015 ergangene Beschluss über die Einziehung des Geschäftsanteils ist nicht außerhalb der in der Satzung vorgesehenen Entscheidungsfrist von drei Monaten gefasst worden.

46 aa) Nach dem Inhalt der Satzung sollte die Drei-Monats-Frist mit dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung aller verbleibenden Gesellschafter, hier des Geschäftsführers der Beklagten, „von den Einziehungsvoraussetzungen“ beginnen. Welche Voraussetzungen dies im Einzelnen sind, ist nicht beschrieben. Soweit sich die Klägerin darauf beruft, dass die einzige Voraussetzung für die Einziehung nach Ziffer IX. 2 lit. d) der Tod des Gesellschafters sei, könnte hierfür der Wortlaut der Satzungsregelungen sprechen, weil eine weitere Voraussetzung nicht ausdrücklich genannt ist, sowie die von der Beklagten dargelegten Intention beider Gründungsgesellschafter, dem verbleibenden Gesellschafter unmittelbar nach dem Eintritt der Vakanz eine Handlungsmöglichkeit zu verschaffen.

47 bb) Die Satzung ist jedoch nach §§ 133, 157 BGB ergänzend auszulegen.

48 (1) Wie oben aufgezeigt, war eine wirksame Einziehung des Geschäftsanteils eines verstorbenen Gesellschafters durch den längerlebenden Gesellschafter nicht ohne Weiteres möglich, insbesondere bedurfte es hierzu zwingend der wirksamen Durchführung einer Gesellschafterversammlung. Die Gründungsgesellschafter hatten bei Festlegung der vorgenannten Satzungsbestimmung nicht bedacht, dass die Einberufung

einer Gesellschafterversammlung im Falle des Todes eines Gesellschafters auf besondere Schwierigkeiten stößt. Es ist aber davon auszugehen, dass sie eine Satzungsbestimmung treffen wollten, die wirksam umsetzbar ist. Es war daher im Rahmen einer wertenden Betrachtung zu ermitteln, wie die beiden Gründungsgesellschafter die Regelung der Ziffer IX. 5. formuliert hätten, wenn sie sich dieser Schwierigkeiten bewusst gewesen wären.

49 (2) Allerdings bestehen keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür, dass die Gründungsgesellschafter in diesem Falle in der Satzung geregelt hätten, dass die Frist zur Herbeiführung eines Einziehungsbeschlusses erst ab dem Zugang der Mitteilung und des Nachweises des Erbrechts zu laufen beginnt, wie es die Beklagte geltend gemacht hat. Die Gründungsgesellschafter wollten vielmehr nach dem unwidersprochen gebliebenen Vorbringen der Beklagten den Eintritt eines Dritten in die Gesellschaft gerade ausschließen, d. h. dass die Einziehung ohne Ansehen der Person des Erben erfolgen konnte.

50 (3) Ausgehend vom Interesse an der Vollziehbarkeit der Satzungsbestimmungen ist davon auszugehen, dass die Gründungsgesellschafter unter den Begriff „Einziehungsvoraussetzungen“ erweiternd nicht nur den Tod des Gesellschafters, sondern auch die Möglichkeit der Gesellschaft zur Einberufung einer Gesellschafterversammlung verstanden hätten. Diese Möglichkeit konnte, wie oben dargestellt, auf verschiedene Weisen herbeigeführt werden, entweder durch die wechselseitige Erteilung einer Vertretungsvollmacht über den Tod hinaus zu Lebzeiten, durch das Hinwirken des Längerlebenden auf die Bestellung eines Nachlasspflegers oder durch das Abwarten der Klärung der Erbfolge.

51 (4) Die Möglichkeit zur wirksamen Einberufung einer Gesellschafterversammlung bestand frühestens ab dem 23.3.2015, dem Zeitpunkt des Zugangs des Schriftsatzes der Klägerin vom 19.3.2015. Ab diesem Zeitpunkt hätte der Geschäftsführer der Beklagten die Eintragung der Klägerin in die Gesellschafterliste der Beklagten bewirken und die Klägerin form- und fristgerecht zu einer Gesellschafterversammlung zur Beschlussfassung über die Einziehung des Geschäftsanteils einladen können. Gerechnet ab diesem frühestmöglichen Beginn des Fristlaufs war zur Zeit der Beschlussfassung in der Gesellschafterversammlung vom 23.4.2015 die Drei-Monats-Frist gewahrt.

52 b) Die von der Klägerin gerügten Verfahrensverstöße haben sich auf die Beschlussfassung jedenfalls nicht ausgewirkt.

53 aa) Fehler bei der Einberufung und Vorbereitung der Beschlussfassung macht die Klägerin schon nicht geltend. Solche lägen selbst dann nicht vor, wenn man von der Rechtsmissbräuchlichkeit einer Berufung der Beklagten auf die fehlende formale Legitimation ausginge, weil die Klägerin wie eine Gesellschafterin form- und fristgerecht zur Gesellschaftsversammlung am 23.4.2015 geladen und ihr das Thema der avisierten Beschlussfassung mitgeteilt worden ist.

54 bb) Etwaige Fehler der Versammlungsleitung waren jedenfalls für die Beschlussfassung nicht relevant.

55 (1) Es ist davon auszugehen, dass der Geschäftsführer der Beklagten zur Versammlungsleitung berufen war. Zwar enthält

die Satzung der Beklagten keine ausdrückliche Bestimmung über den Versammlungsleiter in einer Gesellschafterversammlung. Angesichts der Bestellung des einen Gründungsgesellschafters zum Alleingeschäftsführer und der unstrittig passiven Stellung des anderen Gesellschafters ist die Satzung dahin auszulegen, dass dem Geschäftsführer auch die Versammlungsleitung in der Gesellschafterversammlung obliegen sollte. Ginge man von einer solchen Auslegung der Satzung aus, so wäre in dem „Widerspruch“ des Vertreters der Klägerin gegen die Ausübung der Versammlungsleitung durch den Geschäftsführer der Beklagten in der Gesellschafterversammlung ein Antrag auf Abwahl des Versammlungsleiters zu sehen, der keine Mehrheit gefunden hätte (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 2.10.2012, 5 U 10/12, juris Tz. 57 ff.).

56 (2) Selbst wenn der Geschäftsführer der Beklagten im Folgenden als nicht ordnungsgemäß gewählter Versammlungsleiter agiert hätte, so hätte dieser Verfahrensfehler die Willensbildung des einzigen stimmberechtigten Gesellschafters nicht beeinflusst. Soweit ein Gesellschafter kraft seiner Mitgliederstellung die Gelegenheit haben muss, seine Auffassung über die anstehende Beschlussfassung vorzutragen und Einwendungen geltend zu machen (vgl. nur BGH, Urteil vom 12.7.1971, II ZR 127/69, WM 1971, 1150, juris Tz. 7), hat der Geschäftsführer der Beklagten als Versammlungsleiter der Klägerin diese Gelegenheit eingeräumt. Die Klägerin konnte in der Gesellschafterversammlung ihre Einwendungen gegen die Einziehung des Geschäftsanteils vorbringen. Danach erfolgte die Abstimmung. Die Feststellung des Beschlussinhalts und des Abstimmungsergebnisses war durch die Person des Versammlungsleiters nicht beeinflusst. Denn die Klägerin selbst hatte kein Stimmrecht für die Entscheidung über die Einziehung des Geschäftsanteils, weil der betroffene Gesellschafter laut Satzung nicht mitstimmen durfte. Bei der Abgabe einer einzigen Stimme ist auszuschließen, dass ein anderer Versammlungsleiter eine andere Feststellung getroffen hätte. Die fehlende Relevanz des möglichen Verfahrensverstößes in Form der Versammlungsleitung durch eine nicht ordnungsgemäß gewählte Person steht einer erfolgreichen Anfechtung entgegen (vgl. nur *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, § 45 Rdnr. 100 m. w. N.).

57 cc) Es ist auch nicht ersichtlich, inwieweit der Umstand, dass der Klägerin keine Niederschrift über die Beschlussfassung übergeben worden ist, von Relevanz für die Beschlussfassung gewesen sein soll. Insoweit handelt es sich lediglich um eine Ordnungsvorschrift; der Beschlussinhalt ist zwischen den Parteien nicht im Streit (vgl. *Scholz/K. Schmidt*, § 45 Rdnr. 99).

58 c) Der Umstand, dass die Beklagte an die Klägerin bislang eine Abfindung für den Geschäftsanteil nicht gezahlt hat, ist nach Angaben der Beklagten darauf zurückzuführen, dass der Geschäftsanteil im Jahr 2014 wertlos gewesen sei. Selbst wenn dies nicht zuträfe, berührte dieser Umstand die Wirksamkeit der Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung nicht; vielmehr ist ein wirksamer Einziehungsbeschluss Voraussetzung für einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Zahlung einer angemessenen Abfindung.

59 d) Der Einziehungsbeschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten ist schließlich auch nicht als rechtsmiss-

bräuchlich zu bewerten. Es entspricht der in der Satzung zum Ausdruck gebrachten Ansicht der Gründungsgesellschafter, dass im Falle des Versterbens eines Gesellschafters die Einziehung seines Geschäftsanteils erfolgen soll und damit das vom Willen des verbleibenden Gesellschafters unabhängige Eintreten eines Dritten in die Gesellschaft durch Erbfolge vermieden werden kann.

60 III. Die hilfsweise auf Feststellung der Nichtigkeit des Beschlusses der Gesellschafterversammlung vom 23.4.2015 gerichtete Klage ist unbegründet. Einen Nichtigkeitsgrund im Sinne von § 241 AktG analog hat die Klägerin schon nicht benannt. Der geltend gemachte Mangel der Versammlungsleitung, der schon für eine Anfechtbarkeit nicht genügt, begründet erst recht keine Nichtigkeit des in der Gesellschafterversammlung gefassten Einziehungsbeschlusses. Die unterlassene Aushändigung der Niederschrift des Beschlusses ist kein Beurkundungsfehler im Sinne von § 241 Abs. 1 Nr. 2 AktG analog, weil nach der Satzungsregelung lediglich eine Ordnungsvorschrift existiert, wonach Gesellschafterbeschlüsse unverzüglich nach der Gesellschafterversammlung schriftlich niederzulegen sind. Schließlich liegt auch der Nichtigkeitsgrund der Sittenwidrigkeit im Sinne von § 241 Abs. 1 Nr. 4 AktG analog nicht vor. Die Einziehung der Geschäftsanteile des verstorbenen Gesellschafters einer zweigliedrigen Gesellschaft stellt keine das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verletzende Rechtshandlung dar, gerade auch unter den hier gegebenen Umständen des fehlenden oder zumindest sehr geringen Werts dieser Geschäftsanteile.

(...)

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

21. Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den teils entgeltlich, teils unentgeltlich zugewandten Gegenstand

BGH, Urteil vom 15.12.2016, IX ZR 113/15
(Vorinstanz: KG Berlin, Urteil vom 27.3.2015, 14 U 63/13)

AnfG § 4 Abs. 1, §§ 11, 12

LEITSÄTZE:

1. Der Anfechtungsgläubiger hat gegen den Empfänger einer teils entgeltlichen, teils unentgeltlichen Leistung des Schuldners einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den zugewandten Gegenstand.
2. Der gutgläubige Empfänger einer teils entgeltlichen, teils unentgeltlichen Leistung, der eine Gegenleistung erbracht hat, kann bevorzugte Befriedigung seines Anspruchs auf Rückgewähr der Gegenleistung aus dem Verwertungserlös verlangen.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

22. Nachweis einer Vollmacht gegenüber dem Grundbuchamt durch notarielle Bescheinigung

OLG Nürnberg, Beschluss vom 9.1.2017, 15 W 2134/16; mitgeteilt von **Andreas Leuzinger**, Richter am OLG Nürnberg

BNotO § 21 Abs. 3
GBO § 34
BGB § 181

LEITSÄTZE:

- 1. Den Anforderungen des § 34 GBO i. V. m. § 21 Abs. 3 BNotO genügt eine Bescheinigung, mit der als Ergebnis einer Subsumtion des Notars bestätigt wird, dass in Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft der Vertreter kraft Vollmacht für den Vertretenen handeln durfte. Nicht erforderlich ist, dass die abstrakten Grenzen der Vertretungsberechtigung – wie die Befugnis zum Selbstkontrahieren – wiedergeben werden.**
- 2. Nur wenn konkrete Tatsachen bekannt sind, die auf eine Unrichtigkeit der vorgelegten Bescheinigung hindeuten, ist ausnahmsweise eine Überprüfung der notariellen Bescheinigung vorzunehmen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 I. Mit Schreiben vom 12.1.2016 beantragte der Bevollmächtigte des Beschwerdeführers den Endvollzug eines Tauschvertrags, an dem der Beschwerdeführer beteiligt ist. Im Rahmen dessen wurde auch die Freigabe eines zugunsten der Mutter des Beschwerdeführers bestehenden Wohnungsrechts beantragt, das im Grundbuch eingetragen ist. Die Berechtigte wurde bei der Abgabe der Bewilligung dabei vom Beschwerdeführer vertreten, wobei der beurkundende Notar bescheinigte, dass der Beschwerdeführer zur Abgabe der Erklärung durch notarielle Vollmacht vom 17.7.2013 bevollmächtigt worden war.

2 Mit Zwischenverfügung vom 9.8.2016 beanstandete das AG – Grundbuchamt –, dass durch die Bescheinigung kein Nachweis über eine Befreiung von der Beschränkung des § 181 BGB erbracht worden sei.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Den Anforderungen des § 34 GBO i. V. m. § 21 Abs. 3 BNotO genügt eine Bescheinigung, mit der als Ergebnis einer Subsumtion des Notars bestätigt wird, dass in Bezug auf ein konkretes Rechtsgeschäft der Vertreter kraft Vollmacht für den Vertretenen handeln durfte. Nicht erforderlich ist, dass die abstrakten Grenzen der Vertretungsberechtigung – wie die Befugnis zum Selbstkontrahieren – wiedergeben werden.

6 1. Mit der Neufassung von § 21 Abs. 3 BNotO und § 34 GBO hat der Gesetzgeber durch das Gesetz zur Übertragung von Aufgaben im Bereich der freiwilligen Gerichtsbarkeit auf Notare vom 26.6.2013 (BGBl. I, S. 1800) die Möglichkeit eröffnet, Vollmachten durch eine notarielle Bescheinigung nachzu-

weisen. Wird davon Gebrauch gemacht, verlagert sich ein Teil der Prüfung der Vertretungsberechtigung von dem Grundbuchamt auf den Notar. Der Notar darf die Bescheinigung ausstellen, wenn er sich zuvor durch Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde über die Begründung der Vertretungsmacht vergewissert hat, § 21 Abs. 3 Satz 2 BNotO. Vom Notar wird damit eine inhaltliche Überprüfung der Vertretungsmacht verlangt (OLG Frankfurt, Beschluss vom 16.11.2015, 20 W 316/15, Rdnr. 14; *Keller/Munzig/Volmer*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 34 GBO Rdnr. 10); insofern trifft ihn eine Amtspflicht. Dies setzt in entsprechenden Konstellationen auch eine Auseinandersetzung mit der Regelung des § 181 BGB voraus, weil das Verbot zum Selbstkontrahieren das rechtliche Können des Vertreters beschränkt (*Palandt/Ellenberger*, 76. Aufl., § 181 Rdnr. 1; *BeckOK-BGB/Schäfer*, 41. Edition, § 181 Rdnr. 2; *Jauernig/Mansel*, BGB, 16. Aufl., § 181 Rdnr. 1). Für ein Insichgeschäft hat der Vertreter grundsätzlich keine Vertretungsmacht (*MünchKomm-BGB/Schubert*, 7. Aufl., § 181 Rdnr. 2; *Erman/Maier-Reimer*, BGB, 14. Aufl., § 181 Rdnr. 1).

7 2. Davon zu trennen ist die Frage, was der Notar gegenüber dem Grundbuchamt nachweisen muss (BGH, Beschluss vom 22.9.2016, V ZB 177/15, juris Rdnr. 10). Zwar hat der Notar nicht nur das Endergebnis der Prüfung der ihm vorgelegten Nachweise der rechtsgeschäftlichen Vertretungsberechtigung zu bescheinigen. Das folgt aus § 21 Abs. 3 Satz 3 BNotO; danach muss der Notar in der Bescheinigung angeben, in welcher Form und an welchem Tag ihm die Vollmachtsurkunde vorgelegen hat. Dass eine Bescheinigung über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht im Sinne des § 21 Abs. 2 Satz 1 BNotO weitere Einzelheiten zum Umfang der Vertretungsmacht enthalten muss, ist aber nicht vorgesehen. Nach dem Gesetzestext braucht die Notarbescheinigung insbesondere keine Zusammenfassung der vorgelegten Vollmachtsurkunde(n) zu enthalten.

8 Entsprechendes zu verlangen, stünde im Widerspruch zur Zielsetzung der Regelung, die inhaltliche Prüfung auf den Notar zu verlagern. Dem entspricht es, dass eine formal ordnungsgemäße Notarbescheinigung die Prüfung durch das Grundbuchamt, ob die rechtsgeschäftliche Vollmacht besteht und der Vertreter auch unter Berücksichtigung von § 181 BGB das konkrete Rechtsgeschäft kraft Vollmacht tätigen darf, regelmäßig entbehrlich macht. Mit der Bescheinigung nach § 21 Abs. 3 BNotO liegt der für das Grundbuchamt erforderliche Nachweis in der Regel vielmehr vor. Dem Legalitätsprinzip wird dadurch Rechnung getragen, dass – wenn konkrete Tatsachen bekannt sind, die auf eine Unrichtigkeit der vorgelegten Bescheinigung hindeuten – ausnahmsweise eine Überprüfung der notariellen Bescheinigung vorzunehmen ist (OLG Hamm, Beschluss vom 10.3.2016, 15 W 45/16, juris Rdnr. 11; *Meikel/Krause*, GBO, 11. Aufl., § 35 Rdnr. 8; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 35 Rdnr. 6). Ist – anders als im vorliegenden Fall – die Reichweite der notariellen Vollmachtsbescheinigung betroffen, ist hingegen die Prüfungskompetenz des Grundbuchamts ohne Einschränkungen eröffnet (BGH, Beschluss vom 22.9.2016, V ZB 177/15, juris Rdnr. 10).

(...)

23. Notarielle Amtshaftung wegen Nichtwahrung der Entwurfsfrist

LG Paderborn, Urteil vom 22.4.2016, 2 O 404/15

BeurkG § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2

BNotO § 19 Abs. 1 Satz 1, § 46 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. **Die Nichtwahrung der Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG stellt keine Amtspflichtverletzung des Notars dar, wenn der Verbraucher erklärt, die Beurkundung zu wünschen und Auskünfte von Angehörigen steuerberatender Berufe über steuerliche und wirtschaftliche Auswirkungen des Rechtsgeschäfts eingeholt zu haben. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Dem Verbraucher obliegt die sekundäre Darlegungslast hinsichtlich des hypothetischen Kausalverlaufs bei Einhaltung der 14-Tages-Frist. Er muss darlegen, dass er bei Einhaltung der 14-Tages-Frist das Geschäft nicht abgeschlossen hätte. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 Die Kläger machen gegen den beklagten Notar u. a. einen Anspruch auf Schadensersatz wegen angeblicher Verletzungen von Amtspflichten im Zusammenhang mit einem 2005 geschlossenen notariellen Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung in Berlin geltend.

2 Die Kläger erwarben die Wohnung seinerzeit von der D GmbH & Co. KG C (im Folgenden: „Verkäuferin“) zu einem Kaufpreis von 77.100 €. Deren persönlich haftende Gesellschafterin war die D GmbH. Die D GmbH & Co. KG C firmierte später unter „Dritte D AG & Co. KG“ und wurde am 10.3.2014 aus dem Handelsregister gelöscht. Die persönlich haftende Gesellschafterin, die D GmbH, wurde später in die D AG umgewandelt und besteht, mittlerweile unter „Q AG“ firmierend, noch immer fort. Vermittelt wurde den Klägern das Anlageobjekt durch die Fa. U Management GmbH (im Folgenden: „Vermittlerin“). Im Vorfeld des Erwerbs kam es am 15.7.2005 zu einem Notartermin bei dem beklagten Notar. Dessen amtlich bestellter Vertreter, der Zeuge Rechtsanwalt L, beurkundete in diesem Termin ein notarielles Kaufangebot der Kläger an die oben genannte Verkäuferin, welchem als Anlage A der Wohnungseigentumskaufvertrag beigelegt war.

3 Zu Ziffer 4. „Vollzug“ des Angebots wurde in den Text maschinenschriftlich eingefügt:

„Über die steuerlichen und wirtschaftlichen Fragen hatte der Angebotsnotar keine Auskünfte zu erteilen. Er hat auf die Inanspruchnahme einer entsprechenden Beratung durch Angehörige der steuerberatenden Berufe hingewiesen. Die Erschienenen erklärten, dass sie die Auskünfte wahrgenommen haben.“

Zu Ziffer 6. „Schlussbestimmungen“ heißt es einleitend:

„Der Käufer erklärt im Sinne der Bestimmungen des § 17 Abs. 2a Beurkundungsgesetz, dass ihm ein Mustertext der heutigen Urkunde zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt worden ist.“

Im Anschluss hieran wurde maschinenschriftlich folgender Passus eingefügt:

„Diese Frist wurde nicht eingehalten. Die Erschienenen wünschten dennoch ausdrücklich die Beurkundung, trotz Hinweis auf die damit verbundenen Gefahren.“

4 Im Nachgang zu dem Beurkundungsvorgang nahmen die Kläger zum Zwecke des Erwerbs der Immobilie bei der H Bank GmbH (nunmehr firmierend unter: „B GmbH“) ein Darlehen in Höhe des Kaufpreises auf, wobei der Darlehensbetrag auf zwei Darlehenskonten aufgeteilt wurde. [Danach] kam es zur Beurkundung der notariellen Annahmeerklärung der Verkäuferin. (...)

5 Die Kläger behaupten, die von ihnen erworbene, im Vorfeld nicht besichtigte Wohnung sei ihnen deutlich überteuert verkauft worden. Es seien pro Quadratmeter etwa 1.600 € bis 1.700 € bezahlt worden, während Wohnungen in unmittelbarer Umgebung lediglich einen Wert in Höhe von höchstens 800 € pro qm gehabt hätten. Die Verkäuferin ihrerseits habe die Wohnungen für nur 530 € pro qm erworben. Sie meinen, dass hierin eine sittenwidrige Überteuering der Wohnung liege und behaupten, dass ihnen die vollständige Fremdfinanzierung des Kaufvertrages durch den Vertrieb „im Paket“ mit angeboten worden sei. Die Kläger behaupten weiter, sie hätten vor dem Beurkundungstermin keine Gelegenheit gehabt, den konkreten Vertragsinhalt vorab und in Ruhe prüfen zu können. Der Beklagte habe nicht sichergestellt, dass den Klägern ausreichend Zeit zur Prüfung verbleibe. Die Kläger meinen, dass der amtlich bestellte Vertreter des Beklagten seine notariellen Amtspflichten dadurch verletzt habe, dass er die Beurkundung vorgenommen habe, obwohl die in § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG vorgesehene Zwei-Wochen-Frist nicht gewahrt worden sei, was sich der Beklagte nach § 46 Satz 1 BNotO zurechnen lassen müsse. Der amtliche bestellte Vertreter hätte vielmehr darauf hinwirken müssen, dass die Kläger als Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhielten, sich vor der Beurkundung mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen. Zudem habe er nicht gewährleistet, dass den Klägern zwei Wochen vor der Beurkundung der abzuschließende Vertrag zur Verfügung gestellt worden sei. Hätten die Kläger ausreichend Zeit zur eingehenden Prüfung, insbesondere zur Prüfung der Angemessenheit des Kaufpreises gehabt, hätten sie von dem streitgegenständlichen Geschäft Abstand genommen und insbesondere nicht den Darlehensvertrag vom 26.8.2015 unterzeichnet. Es wäre dann auch nicht zu einer Übertragung des Wohneigentums auf sie gekommen. Darüber hinaus habe der amtlich bestellte Vertreter das Angebot beurkundet, obwohl es eine überlange und damit unwirksame Bindungsfrist vorsehe. Die Kläger meinen, dass sie über keine anderweitigen Ersatzmöglichkeiten verfügen würden. Die Inanspruchnahme der Verkäuferin sei aus wirtschaftlichen Gründen nicht möglich. Die seit dem 20.1.2016 unter „Q AG“ firmierende D AG habe in den Jahren 2011 bis 2014 ungedeckte Fehlbeträge in sich aufsummierender Millionenhöhe produziert. Eine Klage gegen die darlehensgebende Bank sei durch Urteil des KG abgewiesen worden.

(...)

8 Die Auffassung vertretend, anlässlich der Beurkundung bereits keine Amtspflicht verletzt zu haben, behauptet der Beklagte, dass die Kläger im Notartermin auf Nachfrage seines Vertreters erklärt hätten, sich eingehend mit dem Rechtsgeschäft befassen zu haben, bevor sie zu dem Notartermin erschienen seien. Sein Vertreter habe mit den Klägern eingehend geklärt, dass diese sich über die Auswirkungen ihres Handelns bewusst seien und im Vorfeld genügend Zeit gehabt hätten, sich mit dem beabsichtigten Geschäft auseinanderzusetzen. Hierbei habe sein Vertreter auch Informationen zu den im Vorfeld der Beurkundung mit den Klägern geführten Verkaufs- und Beratungsgesprächen erfragt. Der Beklagte behauptet weiter, dass die Kläger die Beurkundung auch bei Einhaltung der Zwei-Wochen-Frist vorgenommen lassen hätten und meint deshalb, dass eine etwaige Amtspflichtverletzung nicht kausal für den Schaden geworden sei. Eine plausible und substantiierte Darlegung der Kläger, warum sie bei einer Verschiebung des Termins den Vertrag nicht in der gleichen Form geschlossen hätten, fehle. Sein amtlich bestellter Vertreter treffe an einer etwaigen Amtspflichtverletzung auch kein Verschulden. Einschlägige Rechtsprechung des BGH zur Tragweite der Vorgaben der Zwei-Wochen-Frist sei erst in den Jahren ab 2013 ergangen. (...) Schließlich sei die Klage auch allein schon deshalb abzuweisen, weil die Kläger

es versäumt hätten, anderweitige Ersatzmöglichkeiten in Anspruch zu nehmen. Die Kläger hätten nicht den Versuch unternommen die Verkäuferin in Anspruch zu nehmen. Insbesondere sei nicht vorgetragen, aus welchen Gründen die Inanspruchnahme der Vermittlerfirma und deren Vertreter sowie der Verkäuferin vor deren Löschung nicht in Betracht gekommen sei. Dasselbe gelte für die persönliche haftende Gesellschafterin der Verkäuferin und ihrer Rechtsnachfolgerin. Schließlich enthalte das beurkundete Angebot auch keine überlange Bindungsfrist. Die Frist sei ausgehandelt worden und erreiche die in der Rechtsprechung vorgesehene Höchstfrist nicht.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

11 Die zulässige Klage ist unbegründet. Die Kläger haben gegen den Beklagten keinen Anspruch auf Schadensersatz in Höhe von 97.792,60 € Zug um Zug gegen Abgabe der sich aus dem Klageantrag ergebenden notariellen Erklärung. Ein solcher Anspruch ergibt sich weder aus den § 19 Abs. 1 Satz 1, § 46 Satz 1 BNotO noch aus einem sonstigen Rechtsgrund.

12 Nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO hat der Notar, der vorsätzlich oder fahrlässig die ihm einem anderen gegenüber obliegende Amtspflicht verletzt, diesem den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen, wobei er dann, wenn ihm nur Fahrlässigkeit zur Last fällt, nur dann in Anspruch genommen werden kann, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Dabei bestimmt § 46 Satz 1 BNotO, dass der Notar auch für eine Amtspflichtverletzung seines amtlich bestellten Vertreters haftet. Die Voraussetzungen der Haftungsnorm des § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO liegen hier nicht vor.

13 Der amtliche bestellte Vertreter des Beklagten hat im Rahmen der Beurkundung des Angebots schon keine Amtspflichten verletzt.

14 Zwar ist unstreitig, dass bei Vornahme der Beurkundung die sich aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG ergebende Zwei-Wochen-Frist nicht gewahrt wurde. Aus dieser Vorschrift in der zum Zeitpunkt der Beurkundung geltenden Fassung vom 1.8.2002 bis 30.9.2013 folgte, dass der Notar bei Verbraucherverträgen darauf hinwirken soll, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen, bei Verbraucherverträgen, die – wie vorliegend – der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB unterliegen, soll dies im Regelfall dadurch geschehen, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird. Diese Regelfrist wurde nicht eingehalten, da den Klägern nach ihrem Vortrag, der von dem Beklagten nicht widerlegt wurde, der zu beurkundende Text im Vorfeld der Beurkundung nicht zur Verfügung gestellt wurde. Gleichwohl liegt trotz der Nichteinhaltung der Regelfrist eine Amtspflichtverletzung nicht vor.

15 Nach der Rechtsprechung des BGH ist der Zweck der Vorschrift des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BNotO, den Verbraucher vor unüberlegtem Handeln zu schützen, zwar regelmäßig nur dann erreicht, wenn dem Verbraucher nach Mitteilung des Textes des zu beurkundenden Rechtsgeschäfts eine Überlegungsfrist von zwei Wochen bleibt. Ein Abweichen von der Regelfrist – die auch im Spannungsverhältnis zu der in § 15

Abs. 1 Satz 1 BNotO vorgesehenen Verpflichtung des Notars zu sehen ist, die Urkundstätigkeit nicht ohne ausreichenden Grund verweigern zu dürfen – kommt aber dann in Betracht, wenn im Einzelfall nachvollziehbare Gründe es rechtfertigen, die dem Verbraucher zugedachte Schutzfrist zu verkürzen, mithin ein sachlicher Grund für die Abkürzung besteht und der vom Gesetz bezweckte Übereilungsschutz auf andere Weise, als durch die Einhaltung der Regelfrist gewährleistet ist (vgl. BGH, Urteil vom 25.6.2015, III ZR 292/14).

16 Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze liegt eine Amtspflichtverletzung nicht vor. Zur Überzeugung der Kammer steht fest, dass ein sachlicher Grund für die Nichteinhaltung der Frist bestand und der Übereilungsschutz auf andere Weise, sichergestellt worden ist. Wie sich Ziffer 6 des beurkundeten Angebots entnehmen lässt, hat der Zeuge L die Kläger ausdrücklich darauf hingewiesen, dass ihnen der zu beurkundende Text grundsätzlich zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt werden muss. In Ziffer 6 wurde insoweit maschinenschriftlich hinzugefügt, dass diese Frist nicht eingehalten wurde, die Erschienenen aber dennoch ausdrücklich die Beurkundung wünschten, trotz Hinweises auf die damit verbundenen Gefahren. Unter Ziffer 4 ist ferner maschinenschriftlich aufgenommen worden, dass der Angebotsnotar über die steuerlichen und wirtschaftlichen Fragen keine Auskünfte zu erteilen hatte, er auf die Inanspruchnahme einer entsprechenden Beratung durch Angehörige der steuerberatenden Berufe hingewiesen und die Erschienenen erklärt hatten, dass sie die Auskünfte wahrgenommen haben. Der Zeuge L hat darüber hinaus, wenngleich er an den Beurkundungstermin keine konkreten Erinnerungen mehr hatte, glaubhaft bestätigt, dass er üblicherweise auf die Zwei-Wochen-Frist hinweise, auch auf den Hintergrund und die Bedeutung der Frist, insbesondere den Schutz des Verbrauchers vor einem voreiligen Abschluss eines Vertrages. Er hat insoweit weiter bekundet, dass er bei Nichteinhaltung der Frist erfrage, welcher Grund vorliege und ob eine entsprechend fundierte Kaufentscheidung getroffen worden sei unter Hinweis darauf, dass man sich ansonsten ggf. in zwei Wochen nochmals treffen könne. Ferner hat er glaubhaft bestätigt, dass die aufgenommene Erklärung, dass die Beteiligten Auskünfte der steuerberatenden Berufe wahrgenommen haben, im Rahmen der Beurkundung von den Beteiligten gekommen sein müsse. Die Kammer hält den Zeugen L auch für glaubhaft. Wenngleich er am Ausgang des Rechtsstreits ein Eigeninteresse hat, war für die Kammer nicht feststellbar, dass er sich hiervon in seinem Aussageverhalten hat leiten lassen, zumal er offen eingeräumt hat, an den konkreten Beurkundungstermin aufgrund des Zeitablaufs keine konkreten Erinnerungen mehr zu haben.

17 Vor dem Hintergrund des eindeutigen Inhalts der notariellen Urkunde, insbesondere der eingefügten maschinenschriftlichen Zusätze und der glaubhaften Aussage des Zeugen L, der den üblichen Beurkundungsablauf samt der Belehrungen plausibel geschildert hat, steht für die Kammer fest, dass dem amtlich bestellten Notarvertreter bei sachgerechter Abwägung zwischen der grundsätzlich einzuhaltenden Zwei-Wochen-Frist und der ihn grundsätzlich treffenden Beurkundungspflicht, keine Amtspflichtverletzung vorzuwerfen ist und die diesbezüglich abweichenden Angaben der Kläger in der persönlichen Anhörung widerlegt sind. Insoweit wurde dem amt-

lich bestellten Notarvertreter zu verstehen gegeben, dass die Beteiligten sich mit dem Geschäft im Vorfeld hinreichend beschäftigt und Auskünfte eingeholt hatten, sodass er in vertretbarer Weise davon ausgehen konnte, dass der Übereilungsschutz anderweitig sichergestellt worden ist. Auf die von den Beteiligten ihm gegenüber gemachten Angaben hierzu, die in den vorbenannten Ziffern mitbeurkundet worden sind und deren Richtigkeit die Beteiligten durch Unterzeichnung der Urkunde bestätigt haben, durfte der Zeugen L als amtlich bestellter Vertreter des Beklagten vertrauen.

18 Unabhängig vom Fehlen von Amtspflichtverletzungen ist die Unterschreitung der Regelfrist für den von den Klägern geltend gemachten Schaden aber letztlich auch nicht ursächlich geworden. Die Kammer geht davon aus, dass die Kläger das beurkundete Rechtsgeschäft auch nach Ablauf der Regelfrist in gleicher Form abgeschlossen hätten. Die Kammer verkennt nicht, dass den Beklagten die Darlegungs- und Beweislast für diesen von ihm vorgebrachten Einwand fehlender Kausalität und des behaupteten hypothetischen Verlaufs im Falle der Terminverschiebung trifft. Gleichwohl obliegt den Klägern insoweit eine sekundäre Darlegungslast, als diese plausibel darlegen müssen, warum sie das Rechtsgeschäft bei einer Verschiebung des Notartermins nicht in der vorgesehenen Form abgeschlossen hätten. Denn den Klägern ist ohne Weiteres zuzumuten, zu den einzelnen Umständen, der Motivation und den sonstigen Hintergründen des Geschäftsabschlusses, die ihren eigenen Wahrnehmungsbereich betreffen und die der Gegenseite nicht zugänglich sind, nähere Angaben zu machen.

19 Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze sind die Kläger ihrer sekundären Darlegungslast schon nicht hinreichend nachgekommen, ihr Vortrag hierzu ist jedenfalls nicht plausibel.

20 Die Kläger haben im Rahmen ihrer Anhörung ausgeführt, dass ihnen die Immobilie unter Vermittlung im Rahmen eines Steuersparmodells angeboten worden sei, wobei die telefonische Kontaktaufnahme im März 2005 begonnen habe. Bei einem ersten Termin bei der Vermittlerin sei ihnen das Wohnungseigentumsmodell vorgestellt und ihnen eine entsprechende Broschüre ausgehändigt worden. Bei einem weiteren Termin sei es um die Vorlage bestimmter Unterlagen, wie Verdienstbescheinigungen, gegangen. Im Anschluss an den dritten Termin sei es zu der notariellen Beurkundung gekommen. In der Zwischenzeit bis zur Beurkundung habe man auch mal mit Bekannten über das Geschäft gesprochen, wobei ihnen das ein oder andere Mal Zweifel gekommen sei. Der Vermittler habe sie aber beruhigt. Nach dem Erwerb sei es so gewesen, dass sich das Objekt in den ersten drei bis vier Jahren durchaus finanziell getragen habe, danach die Steuerauswirkungen aber nachgelassen hätten und auch mal Mietausfälle zu verzeichnen gewesen seien, woraufhin die Vermittlerin sie vertröstet habe. Nach etwa vier Jahren hätten sie bemerkt, dass sich das Geschäft finanziell nicht rechne. Bei einer Verschiebung des Notartermins um zwei Wochen hätten sie sich in ihrem Bekanntenkreis und bei ihrer Hausbank näher erkundigt, auch wenn sich bezüglich der Immobilie in diesen zwei Wochen nichts Neues ergeben habe. Aufgrund der Unstimmigkeiten im Urkundstermin und weil sie den Vertragstext nicht als

Entwurf bekommen hätten, wären sie dieses Geschäft wahrscheinlich nicht eingegangen.

21 Dieser pauschale Vortrag zum Verhalten bei hypothetischer Terminverschiebung um zwei Wochen genügt nach Auffassung der Kammer nicht den Anforderungen, die an ein Vorbringen zur Erfüllung der sekundären Darlegungslast zu stellen sind, und ist vor dem Hintergrund des vor- und nachvertraglichen Verhaltens der Kläger auch nicht plausibel. Das von den Klägern geschilderte Verhalten im Vorfeld und im Nachgang zu der Beurkundung lassen in keiner Weise nachvollziehbar erscheinen, dass bei Verschiebung des Notartermins das Rechtsgeschäft nicht zwei Wochen später genauso beurkundet worden wäre. Die Kläger haben sich in der Zeit zwischen erstmaliger Kontaktaufnahme im März 2005 und den anschließenden Terminen bei der Vermittlerin bis zur Beurkundung nach ihren eigenen Angaben nicht fachlich, auch nicht steuerfachlich, beraten lassen, das Objekt entgegen der Angaben in der Urkunde nicht besichtigt und allenfalls mal mit Bekannten über das Geschäft gesprochen. Hinsichtlich aufkommender Zweifel seien sie durch die Vermittlerin seinerzeit beruhigt worden. Aus welchem Grunde bei dieser Sachlage eine Verschiebung des Notartermins um zwei Wochen zu einer abweichenden Entscheidung geführt hätte, ist nicht nachvollziehbar. Die Kläger haben ganz offensichtlich auf die Richtigkeit der Angaben der Vermittlerin und des von ihr vorgetragenen Konzepts samt angebotener Finanzierung vertraut und aufkommende Zweifel aufgrund der Erklärungen der Vermittlerin zurückgestellt. Aber auch das nachvertragliche Verhalten spricht gegen eine abweichende Entscheidung der Kläger im Falle einer Terminverschiebung. Im Zeitraum zwischen Beurkundung des Angebots und der Annahme der Verkäuferin haben die Kläger offenbar ebenfalls keine weitere Überprüfung des Geschäfts vorgenommen oder durch außenstehende Dritte vornehmen lassen, sondern etwa sechs Wochen nach notarieller Beurkundung des Angebots zur Kaufpreisfinanzierung einen entsprechenden Darlehensvertrag auf Veranlassung der Vermittlerin abgeschlossen. Nach Abschluss des Geschäfts haben die Kläger sodann die Verträge nach ihren eigenen Angaben einige Jahre beanstandungslos vollzogen, bis ihnen dann erstmals nach etwa vier Jahren aufgefallen sei, dass sich das Geschäft finanziell nicht rechne. Nach alledem ergibt sich aus dem gesamten Ablauf des Geschäfts, dass die Kläger die Beurkundung auch bei Verschiebung des Termins um zwei Wochen in gleicher Art und Weise vorgenommen und eine näheren Prüfung des Geschäfts, ggf. unter Einschaltung Dritter, auch in diesem Fall unterlassen hätten, da sie auf die Angaben der Vermittlerin vertrauten und von dem Anlagekonzept überzeugt waren.

22 Schließlich scheidet aber ein Schadensersatzanspruch der Kläger gegen den Beklagten schon deswegen aus, weil den Klägern anderweitige Ersatzmöglichkeiten im Sinne des § 19 Abs. 1 Satz 2 BNotO zur Verfügung standen. Hiernach kann der Notar für den Fall, dass ihm lediglich Fahrlässigkeit – wie hier bei unterstellter Annahme einer Amtspflichtverletzung – zur Last fällt, nur dann in Anspruch genommen werden, wenn der Verletzte nicht auf andere Weise Ersatz zu erlangen vermag. Es handelt sich um eine negative Anspruchsvoraussetzung, bei dem der Geschädigte schlüssig darzulegen und zu beweisen hat, dass anderweitige Ersatzmöglichkeiten fehlen,

also eine Haftung Dritter ausscheidet (vgl. BGH, Urteil vom 3.3.2005, III ZR 353/04). Als anderweitige Ersatzmöglichkeiten kommen alle Möglichkeiten tatsächlicher und rechtlicher Art in Betracht. Die anderweitige Ersatzmöglichkeit setzt lediglich voraus, dass sie ihre Grundlage in demselben Tatsachenkreis findet, der für das Entstehen des Amtshaftungsanspruchs maßgebend ist und dass die anderweitige Ersatzmöglichkeit rechtlich und wirtschaftlich begründete Aussicht auf Erfolg bietet, wobei der Geschädigte weiträumige, unsichere und im Ergebnis zweifelhafte Wege hingegen nicht einzuschlagen braucht (vgl. BGH, Urteil vom 11.11.2004, III ZR 101/03, Rdnr. 12 m. w. N.). Die Vorschrift gilt auch dann, wenn früher vorhandene Ersatzmöglichkeiten versäumt worden sind und der Geschädigte dies zu vertreten hat.

23 Im vorliegenden Fall haben die Kläger schon nicht schlüssig vorgetragen, dass anderweitiger Ersatz gegen die weiteren Beteiligten des zugrundeliegenden Geschäfts nicht zu erlangen war. Nach dem eigenen klägerischen Vorbringen kommen Ansprüche sowohl gegen die Verkäuferin, deren persönlich haftende Gesellschafterin sowie gegen die kreditfinanzierende Bank und gegen die Vermittlerin und deren Vertreter in Betracht.

24 Die Kläger haben insoweit allein die kreditfinanzierende Bank gerichtlich in Anspruch genommen, wobei die Klage ausweislich des eingereichten Urteils des KG abgewiesen wurde. Zu den weiteren Ersatzmöglichkeiten fehlt indes hinreichender Sachvortrag, worauf der Beklagte in den vorbereitenden Schriftsätzen mehrfach hingewiesen hat. Soweit die Kläger vortragen, dass die Verkäuferin als Ersatzmöglichkeit ausscheide, weil sie 2014 aus dem Handelsregister gelöscht worden sei, so fehlt substantiiertes Vortragen dazu, warum diese nicht vor Löschung in Anspruch genommen worden ist, wenn die Kläger, wie sie in der persönlichen Anhörung bekundet haben, nach Ablauf von vier Jahren, also ab 2009, bemerkt haben wollen, dass sich das Geschäft finanziell nicht trägt. Insoweit hätte die Verkäuferin bereits ab diesem Zeitpunkt wegen der behaupteten sittenwidrigen Übertreibung des Objekts aus den § 280 Abs. 1, §§ 812, 826 BGB in Anspruch genommen werden können. Dasselbe gilt für die persönlich haftende Gesellschafterin der Verkäuferin, die unter Zugrundelegung des klägerischen Vortrages ebenfalls über § 128 HGB hätte mit in Anspruch genommen werden können und die auch aktuell noch als „Q AG“ firmierend rechtlich existent ist. Der Einwand, dass die persönlich haftende Gesellschafterin ab 2011 ungedeckte Fehlbeträge in Millionenhöhe produziert habe, ist vor dem Hintergrund der ab dem Jahr 2009 bestehenden Kenntnis der Kläger unzureichend. Unabhängig hiervon fehlt aber auch jeder Sachvortrag dazu, aus welchen Gründen gegenüber der Vermittlerin die mit der Abwicklung des Geschäfts ganz wesentlich befasst war, keine Schadensersatzansprüche aus § 280 Abs. 1 BGB wegen fehlerhafter Anlageberatung geltend gemacht wurden.

25 Der amtlich bestellte Notarvertreter hat auch nicht gegen andere Amtspflichten verstoßen, die zu einer Schadensersatzverpflichtung führen können. Entgegen der Auffassung der Kläger weist das beurkundete Angebot eine überlange Bindungsfrist nicht auf. Ein Verstoß gegen § 147 Abs. 2 BGB i. V. m. § 308 Nr. 1 BGB liegt nicht vor. Die Kläger haben inso-

weit schon nicht vorgetragen, dass es sich bei der Bindungsfrist um von der Verkäuferin gestellte AGB handelt. Den Vortrag des Beklagten, wonach es sich um eine individuell ausgehandelte Bindungsfrist handele, haben sie vielmehr schon nicht bestritten. Aber auch dann, wenn man von AGB ausginge, läge kein Verstoß gegen die genannten Vorschriften vor. Die Bindungsfrist war vor dem Hintergrund, dass die Finanzierung bei Beurkundung des Angebots noch nicht gesichert war und das Darlehen erst am 26.8.2005 aufgenommen wurde, nicht unangemessen lang. Die sich aus der Rechtsprechung ergebende Höchstfrist von bis zu drei Monaten wird zudem unterschritten (vgl. BGH, Urteil vom 27.9.2013, V ZR 52/12; OLG Nürnberg, Urteil vom 31.1.2012, 1 U 1522/11).

26 Im Übrigen geht die Kammer davon aus, dass der Vertrag auch bei unterstelltem Hinweis des Notars auf eine überlange Angebotsbindungsfrist ebenfalls in der beabsichtigten Form zustande gekommen wäre. Insofern kann auf die obigen Ausführungen, auch zu den anderweitigen Ersatzmöglichkeiten, Bezug genommen werden.

(...)

24. Notarieller Vorbescheid wegen Beglaubigung für Reichsbürger

LG Arnsberg, Beschluss vom 10.12.2015, 4 T 1/15

*BNotO § 14 Abs. 2, § 15 Abs. 2
BeurkG § 4*

LEITSATZ:

Ein Notar würde gegen die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland verstoßen, wenn er durch seine Tätigkeit dem Ansinnen, eine Unterschrift unter einem ausgefüllten „Antrag auf Feststellung der deutschen Staatsangehörigkeit“, in welchem unter Staatsangehörigkeit „Preußen“ angegeben ist, sowie eine „Willenserklärung“ betreffend einer angeblichen Staatsangehörigkeit zum „Königreich Preußen“ zu beglaubigen, entsprechen würde.

SACHVERHALT:

1 I. Der Beschwerdeführer hat sich im Juli 2015 an den Beschwerdegegner gewandt und diesen beauftragt, seine Unterschrift unter einen ausgefüllten „Antrag auf Feststellung der deutschen Staatsangehörigkeit“, in welchem unter Staatsangehörigkeit „Preußen“ angegeben ist, sowie eine „Willenserklärung“ betreffend seiner angeblichen Staatsangehörigkeit zum „Königreich Preußen“ zu beglaubigen.

2 Der Beschwerdegegner lehnte dieses Ansinnen mit Schreiben vom 4.9.2015 ab. Zur Begründung verwies er unter anderem auf Informationen der Westfälischen Notarkammer mit Hinweisen des Präsidenten des OLG Hamm, wonach den Notaren eine Mitwirkung bei solchen Ersuchen, sei es auch in Form von Beglaubigungen, gemäß § 14 Abs. 2 BNotO i. V. m. § 4 BeurkG, u. a. aufgrund der damit verbundenen Leugnung der verfassungsrechtlichen Lage verweigert sei.

3 Gegen diese Entscheidung des Beschwerdegegners hat der Beschwerdeführer Beschwerde eingelegt. Der Beschwerdegegner hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Zur Begründung hat er auf seine

Entscheidung Bezug genommen und zudem ausgeführt, dass er mit der Durchführung der vom Antragsteller gewünschten Beglaubigung gegen die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland und des Landes Nordrhein-Westfalen verstoßen würde.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 II. Die Beschwerde des Beschwerdeführers ist zulässig, insbesondere statthaft gemäß § 15 Abs. 2 BNotO sowie form- und fristgerecht eingelegt worden, §§ 63, 64 FamFG.

5 Sie ist jedoch der Sache nicht begründet. Zu Recht hat der Beschwerdegegner seine Mitwirkung durch Beglaubigung von Unterschriften des Antragstellers unter die oben genannten Dokumente verweigert. Der Antragsteller hält seine Zugehörigkeit zur Bundesrepublik Deutschland für nichtig und meint, er besitze die Staatsangehörigkeit des Königreichs Preußen, die er durch Abstammung erhalten habe.

6 Da dem jedoch nicht so ist, würde ein Notar gegen die verfassungsmäßige Ordnung der Bundesrepublik Deutschland und des Landes Nordrhein-Westfalen verstoßen, wenn er durch seine Tätigkeit, sei es auch nur durch Unterschriftsbeglaubigung, dem Ansinnen des Antragstellers entsprechen würde. Dass ein „Königreich Preußen“ heute nicht mehr existiert, bedarf keiner weiteren gerichtlichen Ausführungen.

(...)

KOSTENRECHT

25. Geschäftswert eines Zustimmungsbeschlusses zu einem Unternehmensvertrag mit automatischer Verlängerung

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.11.2016, I-10 W 278/16

GNotKG § 52 Abs. 3 Satz 2, § 108 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Ein **Zustimmungsbeschluss zu einem Unternehmensvertrag mit Gewinnabführungs- und/oder Verlustausgleichsvereinbarung ist ein Beschluss mit bestimmtem Geldwert im Sinne des § 108 Abs. 1 GNotKG.**
2. **Enthält ein Unternehmensvertrag mit Gewinnabführungs- und/oder Verlustausgleichsvereinbarung eine Verlängerungsklausel, die eine automatische Verlängerung vorsieht, wenn der Vertrag nicht rechtzeitig gekündigt wird, ist kostenrechtlich von einem auf unbestimmte Dauer eingegangenen Vertragsverhältnis auszugehen. Nach § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG ist als Geschäftswert der auf die ersten zehn Jahre entfallende Wert der Leistungen anzunehmen.**

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

3 Zu Recht hat die Kammer ihrer Entscheidung die Motive zu § 108 GNotKG (BT-Drucks. 17/11471 [neu], S. 185) zugrunde

gelegt. Dort wird das Beispiel des „Zustimmungsbeschlusses zu einem Unternehmensvertrag mit Gewinnabführungs- und/oder Verlustausgleichsvereinbarungen“ aufgeführt und ausdrücklich darauf verwiesen, dass mit dem neu eingefügten § 108 Abs. 2 GNotKG die insoweit uneinheitliche Praxis und die divergierende Rechtsprechung beseitigt werden und „Zustimmungs- und Ermächtigungsbeschlüsse generell und systemgerecht als Beschlüsse mit bestimmtem Geldwert eingeordnet werden“ sollen. An die in der Entstehungsgeschichte der Vorschrift mithin deutlich zum Ausdruck kommende Entscheidung des Gesetzgebers, dass ein Zustimmungsbeschluss zu einem Unternehmensvertrag mit Gewinnabführungs- und/oder Verlustausgleichsvereinbarung als Beschluss mit bestimmtem Geldwert im Sinne des § 108 Abs. 1 GNotKG zu behandeln ist, ist auch der Senat gebunden. Eine grundlegende Änderung der tatsächlichen Verhältnisse, die der Gesetzgeber nicht bedacht hat und auch nicht bedenken konnte, sodass die Entstehungsgeschichte ihre Bedeutung für die Auslegung verloren hätte, ist seitdem nicht eingetreten. Eine Auslegung des Gesetzes gegen den eindeutigen Willen des Gesetzgebers ist den Gerichten im Hinblick auf Art. 20 Abs. 3 GG verwehrt (vgl. BGH, Beschluss vom 12.3.1997, VIII ARZ 3/96, juris Rdnr. 16).

4 Der in § 108 Abs. 1 Satz 1 GNotKG enthaltene Verweis auf § 105 Abs. 4 GNotKG greift folglich nicht ein. Der Geschäftswert für den Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag, der gemäß § 108 Abs. 2 GNotKG mit dem Geschäftswert des Zustimmungsbeschlusses identisch ist, richtet sich nach § 52 GNotKG. Die Gewinnabführungsverpflichtung (bzw. die Verpflichtung zum Ausgleich von Verlusten) ist eine Verpflichtung über wiederkehrende Leistungen. Maßgebend ist der nach § 52 GNotKG zu kapitalisierende Wert. Der Jahreswert der Abführungs- oder Ausgleichspflicht ist vorliegend auf Grundlage des Jahresgewinns bzw. des Jahresfehlbetrags der letzten Jahre zutreffend unter Zugrundelegung eines durchschnittlichen Jahreswertes ermittelt worden (vgl. *Korintenberg*, GNotKG, 19. Auflage 2015, § 36 Rdnr. 53; Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rdnr. 1421). Der Beherrschungs- und Ergebnisabführungsvertrag ist für die Dauer bis zum 31.12.2020, mindestens aber für fünf Zeitjahre nach dem Beginn des Wirtschaftsjahres, für das die Rechtsfolgen des § 14 Abs. 1 Satz 1 KStG erstmals eintreten, abgeschlossen worden. Der Vertrag enthält jedoch eine Verlängerungsklausel, die eine automatische Verlängerung um jeweils ein weiteres Jahr vorsieht, wenn der Vertrag nicht rechtzeitig gekündigt wird. Deshalb ist kostenrechtlich von einem auf unbestimmte Dauer eingegangenen Vertragsverhältnis auszugehen (vgl. *Korintenberg*, a. a. O.). Nach § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG ist mithin als Geschäftswert der auf die ersten zehn Jahre entfallende Wert der Leistungen anzunehmen.

(...)

HINWEIS DER SCHRIFTFÜHRUNG:

Das OLG Düsseldorf bestätigt die Auffassung der *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 1960 ff.

ÖFFENTLICHES RECHT

26. Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters in Bayern

BGH, Urteil vom 18.11.2016, V ZR 266/14 (Vorinstanz: OLG Nürnberg, Urteil vom 28.10.2014, 4 U 1900/13)

BayGO Art. 38 Abs. 1

LEITSATZ:

Die organschaftliche Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde ist im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt; infolgedessen wird die Gemeinde auch durch solche Rechtshandlungen des ersten Bürgermeisters berechtigt und verpflichtet, die dieser ohne die erforderliche Beschlussfassung des Gemeinderats vorgenommen hat.

SACHVERHALT:

1 Die Klägerin ist eine Große Kreisstadt in Bayern. Im Zuge der Verlegung zweier Bundesstraßen erwarb die beklagte Bundesrepublik Deutschland von einem Dritten 1986 ein Grundstück, an dem eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in Gestalt eines Rohrleitungsrechts zugunsten der Klägerin bestand. Ausweislich der Bestellungsurkunde war die Klägerin verpflichtet, im Falle einer Wegmessung nicht betroffener Grundstücksteile die „Pfandfreigabe“ zu erklären.

2 Aus Neuvermessungen ging unter anderem ein Grundstück hervor, auf dem eine durch die Dienstbarkeit gesicherte Rohrleitungstrasse der Klägerin die Bundesstraße B 2 unterquert. 1997 erklärte der damalige Oberbürgermeister der Klägerin als deren Vertreter gegenüber einem Notar unter anderem für dieses Grundstück die Pfandfreigabe. Daraufhin wurde das Rohrleitungsrecht im Grundbuch gelöscht. Als die Leitung im Jahr 2009 wegen Baumaßnahmen der Beklagten tiefer gelegt werden sollte, wurde die fehlende dingliche Sicherung der Leitung bemerkt.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

6 II. Die Revision hat Erfolg. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung, wonach die von dem Oberbürgermeister der Klägerin hinsichtlich des Rohrleitungsrechts abgegebene Pfandfreigabeerklärung unwirksam ist, weil der nach der gemeindeinternen Zuständigkeitsverteilung erforderliche Gemeinderatsbeschluss fehlt, kann eine Unrichtigkeit des Grundbuchs im Sinne von § 894 BGB nicht angenommen werden.

7 1. Für das Kommunalrecht anderer Bundesländer entspricht es ständiger Rechtsprechung des BGH, dass die organschaftliche Vertretungsmacht des Bürgermeisters (bzw. des Landrats) im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt ist. Die Gemeinde wird durch seine Erklärungen grundsätzlich auch dann verpflichtet, wenn es an einem erforderlichen Beschluss der Gemeindevertretung fehlt (Senat, Urteil vom 20.4.1966, V ZR 50/65, MDR 1966, 669; Baden-Württemberg; BGH, Urteil vom 16.11.1978, III ZR 81/77, NJW 1980, 117, 118; Rheinland-Pfalz; BGH, Urteil vom 20.9.1984, III ZR 47/83, BGHZ 92, 164, 169 f.; Nordrhein-Westfalen; BGH, Urteil vom 6.3.1986, VII ZR 235/84, BGHZ 97, 224, 226; Saarland; BGH, Urteil vom 17.4.1997, III ZR 98/96, VersR 1998,

118; BGH, Urteil vom 4.11.1997, VI ZR 348/96, BGHZ 137, 89, 93 f.: DDR-Kommunalverfassung). Dies orientiert sich an der im Kommunalrecht anerkannten strikten Unterscheidung zwischen interner Willensbildung und externer Vertretungsbefugnis (BGH, Urteil vom 17.4.1997, III ZR 98/96, VersR 1998, 118 m. w. N.) und an der herrschenden Meinung für die Vertretung juristischer Personen des Zivilrechts durch ihre Organe (BGH, Urteil vom 20.2.1979, VI ZR 256/77, NJW 1980, 115). Von einer unbeschränkten Vertretungsmacht des Bürgermeisters geht auch das BAG für die Länder Baden-Württemberg (BAGE 47, 179, 184 f.) und Sachsen (NJW 2002, 1287, 1289) aus.

8 2. Ob diese Erwägungen auf das bayerische Kommunalrecht übertragbar sind, ist umstritten. Der BGH hat diese Rechtsfrage bislang offen gelassen (Urteil vom 20.2.1979, VI ZR 256/77, NJW 1980, 115; Beschluss vom 25.4.2006, 1 StR 539/05, wistra 2006, 306; Urteil vom 11.6.1992, VII ZR 110/91, NJW-RR 1992, 1435 f. zu Art. 35 Abs. 1 BayLKrO).

9 a) In ständiger Rechtsprechung verneinen die bayerischen Gerichte – wie das Berufungsgericht – eine unbeschränkte Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters (vgl. BayObLGZ 1952, 271 ff.; 1971, 252, 256; 1974, 81, 84; 1974, 374, 376; 1986, 112; 1997, 37, 41; BayObLG, BayVBl. 1973, 131, 313; 1974, 706; 1998, 122; BayVerfGH 25, 27, 43; BayVGh, BayVBl. 2012, 177 Rdnr. 30; 2012, 341; OLG München, MittBayNot 2009, 222 f.; 2012, 248 ff.; Beschluss vom 18.6.2010, 34 Wx 65/10, juris Rdnr. 7; Beschluss vom 28.1.2013, 34 Wx 390/12, juris Rdnr. 9; offen gelassen durch BayObLG, BayVBl. 1999, 473). Diese Ansicht hat auch das BAG in einem Urteil vom 8.12.1959 vertreten (3 AZR 348/56, juris Rdnr. 25; vgl. auch BAG, Urteil vom 18.10.1990, 2 AZR 157/90, juris Rdnr. 24 zu Art. 35 Abs. 1 BayLKrO – obiter dictum). Art. 38 Abs. 1 BayGO begründet lediglich das Vertretungsrecht des ersten Bürgermeisters, nicht aber seine Vertretungsmacht. Letztere ergebe sich aus Art. 37 BayGO, sofern das Rechtsgeschäft unter den dort genannten Voraussetzungen in seinen eigenen Zuständigkeitsbereich falle. Soweit dagegen der Gemeinderat als willensbildendes Organ der Gemeinde zu entscheiden habe (Art. 29 BayGO), werde die Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters erst durch einen entsprechenden Gemeinderats- oder Ausschussbeschluss begründet (vgl. nur BayObLGZ 1974, 81, 84; BayObLG, BayVBl. 1974, 706). Insoweit sei der erste Bürgermeister bloßes Vollzugsorgan (Art. 36 Abs. 1 BayGO). Die Rechtsprechung des BGH zu anderen Bundesländern sei wegen der Eigenständigkeit des jeweiligen Gemeinderechts nicht auf Bayern zu übertragen. Die jahrzehntelang dauernde tatsächliche Übung und in Bayern herrschende Meinung könne sich nicht nur auf das Gesetz, sondern auch auf die Gesetzesmaterialien und das Herkommen stützen (vgl. nur BayObLGZ 1986, 112, 114 f.; 1997, 37, 41). Entgegen dieser internen Zuständigkeitsverteilung vorgenommene zivilrechtliche Rechtsgeschäfte seien nach §§ 177 ff. BGB schwebend unwirksam (BayVGh, BayVBl. 2012, 177 Rdnr. 30 m. w. N.).

10 Dieser Ansicht folgen Teile der Rechtsliteratur (*Masson*, GO für den Freistaat Bayern, 1952, Art. 38 BayGO Anm. 2; *Berg/Knemeyer/Papier/Steiner/Steiner*, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 6. Aufl., S. 137, 145; *Widtmann/*

Grasser/Glaser, BayGO, Stand Dezember 2014, Art. 29 BayGO Rdnr. 25, und, Stand November 2013, Art. 38 BayGO Rdnr. 3; *Demharter*, GBO, 29. Aufl., § 19 Rdnr. 85; *Bauer/von Oefele/Schaub*, GBO, 3. Aufl., AT VII Rdnr. 327 ff.; *Schulz/Wachsmuth/Zwick/Wachsmuth*, Kommunalverfassungsrecht Bayern, Stand Juni 2013, Art. 38 BayGO Anm. 2.2, anders allerdings, Stand Mai 2015, Art. 36 BayGO Anm. 3.5; *Boley*, BayBgm 1953, 244 f. und 267; *Wegmann*, BayKommP 1997, 313, 316).

11 b) In weiten Teilen der Rechtsliteratur wird die Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters dagegen im Grundsatz als unbeschränkt angesehen (*Hözl/Hien/Huber*, GO mit VGemO, LKrO und BezO für den Freistaat Bayern, Stand Oktober 2013, Art. 38 BayGO Erl. 2.1; *Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke*, Kommunalrecht in Bayern, Stand März 2015, Art. 38 GO Anm. 1.1; *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Stand Juli 2015, Art. 38 BayGO Rdnr. 3; *Schmidt-Jortzig*, Kommunalrecht, 1982, Rdnr. 257 Fn. 86; *Gern*, Deutsches Kommunalrecht, 3. Aufl., Rdnr. 369 und 433; *Lange*, Kommunalrecht, 2013, Kap. 8 Rdnr. 166 ff.; *Lissack*, Bayerisches Kommunalrecht, 3. Aufl., § 4 Rdnr. 36; *Becker/Heckmann/Kempfen/Mansen/Becker*, Öffentliches Recht in Bayern, 6. Aufl., Rdnr. 166; *Burgi*, Kommunalrecht, 3. Aufl., S. 173 f.; *Schoch/Röhl*, Besonderes Verwaltungsrecht, 15. Aufl., Kommunalrecht Rdnr. 147 Fn. 448; *Berroth*, Die Vertretung der Gemeinde nach außen, 1964, S. 71 f.; *Fritz*, Vertrauensschutz im Privatrechtsverkehr mit Gemeinden, 1983, S. 63 f.; *Karsendiek*, Vertretungsmängel bei öffentlichen Auftraggebern, 1990, S. 63 ff.; *Habermehl*, DÖV 1987, 144, 147 Fn. 23; *Reuter*, DtZ 1997, 15, 16; *Brötel*, NJW 1998, 1676, 1679 ff.).

12 3. Der Senat entscheidet die Rechtsfrage im Sinne der zweiten Ansicht. Die organschaftliche Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters einer bayerischen Gemeinde gemäß Art. 38 Abs. 1 BayGO ist im Außenverhältnis allumfassend und unbeschränkt; infolgedessen wird die Gemeinde auch durch solche Rechtshandlungen des ersten Bürgermeisters berechtigt und verpflichtet, die dieser ohne die erforderliche Beschlussfassung des Gemeinderats vorgenommen hat. Soweit der Dritte Senat des BAG in seinem Urteil vom 8.12.1959 (3 AZR 348/56) die gegenteilige Auffassung vertreten hat, hat der nunmehr zuständige Zweite Senat des BAG auf vorgeschaltete Anfrage (...) mitgeteilt, dass er hieran nicht festhält (BAG, Beschluss vom 22.8.2016, 2 AZB 26/16, NZA 2016, 1296). Im Ergebnis kann deshalb dahinstehen, ob ein Geschäft der laufenden Verwaltung im Sinne von Art. 37 Abs. 1 Nr. 1 BayGO vorlag oder ob sich aus der Geschäftsordnung der Klägerin eine Eigenentscheidungsbefugnis des ersten Bürgermeisters ergab.

13 Ob Beschränkungen Außenwirkung haben, ist durch Auslegung der die Vertretung regelnden Normen zu ermitteln; die Regelungen der BayGO weisen keine Besonderheiten auf, die eine von der Rechtslage in den anderen Bundesländern abweichende Reichweite der Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters rechtfertigen könnten.

14 a) Unter der Überschrift „Verpflichtungsgeschäfte; Vertretung der Gemeinde nach außen“ regelt Art. 38 Abs. 1 BayGO, dass der erste Bürgermeister die Gemeinde nach außen vertritt. Nur dieser (und nicht der Gemeinderat) kann für die Ge-

meinde nach außen handeln. Aus dem Wortlaut der Norm ergeben sich keine Einschränkungen der Vertretungsbefugnis. Danach begründet sie im Zweifel nicht nur ein formelles Vertretungsrecht, sondern eine unbeschränkte organschaftliche Vertretungsmacht (vgl. BGH, Urteil vom 7.11.1977, II ZR 236/75, MDR 1978, 388 f.) oder – mit anderen Worten – die materielle Befugnis zur Vornahme des betreffenden Geschäfts im Außenverhältnis.

15 b) Die systematische Auslegung ergibt nichts Gegenteiliges. Die Vorschriften der BayGO, die die Zuständigkeit von Gemeinderat und erstem Bürgermeister abgrenzen (Art. 29, Art. 30 Abs. 2, Art. 36, 37 BayGO), regeln lediglich die gemeindeinterne Kompetenzverteilung. Insbesondere trifft Art. 36 Satz 1 BayGO, wonach der erste Bürgermeister die Beschlüsse des Gemeinderats vollzieht, keine Aussage über die in Art. 38 Abs. 1 BayGO eigenständig geregelte Vertretung der Gemeinde nach außen. Der Bestimmung lässt sich auch nicht entnehmen, dass der erste Bürgermeister „bloßes Vollzugsorgan“ ist. In Art. 29 BayGO wird er wie der Gemeinderat ausdrücklich als Hauptorgan bezeichnet. Als grundsätzlich gleichwertiges Hauptorgan neben dem Gemeinderat hat er einen eigenen, in Art. 37 BayGO positiv definierten Aufgabenbereich (*Hözl/Hien/Huber*, GO mit VGemO, LKrO und BezO für den Freistaat Bayern, Stand Mai 2006, Art. 38 BayGO Erl. 2.1; *Bauer/Böhle/Ecker*, Bayerische Kommunalgesetze, Stand Juli 2015, Art. 29 BayGO Rdnr. 1; *Gönnenwein*, Gemeinderecht, 1963, S. 320 f.; ähnlich *Widtmann/Grasser/Glaser*, BayGO, Stand Dezember 2014, Art. 29 BayGO Rdnr. 21).

16 c) Der Entstehungsgeschichte der BayGO lässt sich ein auf eine Beschränkung der Vertretungsmacht gerichteter Wille des Gesetzgebers nicht entnehmen.

17 aa) Eine ausdrückliche Stellungnahme hierzu findet sich in den Gesetzesmaterialien nicht. Soweit in dem Regierungsentwurf zu Art. 39 Abs. 1 (entspricht Art. 38 Abs. 1 BayGO) ausgeführt wird, die Vertretung der Gemeinde im Rechtsverkehr sei herkömmlich Sache des ersten Bürgermeisters, der allerdings den betreffenden Gemeinderats- oder Ausschussbeschluss dem Vertragspartner der Gemeinde oder dem beurkundenden Notar auf Verlangen nachzuweisen habe (Regierungsentwurf, Landtagsdrucks. 1951/1952 Beilage 1140, S. 35), ist dies unergiebig (a. A. BayObLGZ 1952, 271, 274). Denn der Entwurf erfuhr im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens noch umfangreiche Änderungen, durch die die Stellung des ersten Bürgermeisters gegenüber dem Gemeinderat deutlich gestärkt wurde. So wird der erste Bürgermeister in allen Gemeinden vom Volk gewählt (Art. 17 BayGO), während der Regierungsentwurf eine direkte Wahl nur in Gemeinden bis zu 20.000 Einwohnern und für größere Gemeinden die Wahl durch den Gemeinderat vorgesehen hatte (Art. 17 Abs. 1, Art. 35 Abs. 1 Satz 2 BayGO). Art. 29 BayGO, wonach der Gemeinderat die Gemeinde verwaltet, soweit nicht der erste Bürgermeister selbstständig entscheidet, erhielt die Überschrift „Hauptorgane“ (vgl. Sitzungsprotokoll der 60. Sitzung des Landtags vom 19.12.1951, S. 1083, 1085). In Art. 30 Abs. 2 BayGO wurde die Passage eingefügt, wonach der Gemeinderat (nur) „im Rahmen des Art. 29“ über alle Angelegenheiten bestimmt, für die nicht beratende Ausschüsse bestellt sind (Sitzungsprotokoll der 60. Sitzung des Landtags

vom 19.12.1951, S. 1085). Dieser Einschub nimmt die in Art. 37 BayGO festgelegten selbstständigen Befugnisse des ersten Bürgermeisters ausdrücklich vom Aufgabenbereich des Gemeinderates aus. Schließlich wurde dem Gemeinderat auf Einwendung des Bayerischen Senats die ursprünglich in Art. 38 Abs. 2 Sätzen 2 und 3 des Entwurfs vorgesehene Möglichkeit genommen, den von dem ersten Bürgermeister getätigten dringlichen Anordnungen und unaufschiebbaren Geschäften vorbehaltlich entstandener Rechte Dritter die Genehmigung zu versagen (vgl. Protokoll der Plenarsitzung des Bayerischen Senats vom 11.1.1952, Anlage 5, S. 7; und Sitzungsprotokoll der 66. Sitzung des Landtags vom 18.1.1952, S. 1305 f., 1310).

18 bb) Demgegenüber spricht der Vergleich mit den in dem Regierungsentwurf nicht erwähnten Vorgängerregelungen in den Gemeindeordnungen vom 17.10.1927 (GVBl. S. 293) und vom 18.12.1945 (GVBl. 1946 S. 225) eher für eine nunmehr unbeschränkte Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters im Außenverhältnis (*Fritz*, Vertrauensschutz im Privatrechtsverkehr mit Gemeinden, 1983, S. 64; a. A. BayObLGZ 1952, 271, 274). In diesen Vorgängerregelungen kam die außerhalb der Eigenentscheidungsbefugnis bestehende Abhängigkeit der Vertretungsmacht von der internen Willensbildung im Gesetzeswortlaut nämlich noch deutlich zum Ausdruck. Nach Art. 17 Abs. 1 Satz 3 BayGO 1927 vollzog der erste Bürgermeister die Beschlüsse des Gemeinderats und vertrat „hierbei“ den Gemeinderat (Art. 23 Abs. 1 Satz 2 BayGO 1945: die Gemeinde) nach außen. Deshalb wurde ein solcher Beschluss als Voraussetzung der Vertretungsmacht angesehen (vgl. *Stöhsel/Stenger*, Die neue bayerische Gemeindegesetzgebung, 1929, Art. 17 BayGO Anm. 5; *Woerner*, Kommentar zur BayGO vom 17.10.1927, 1931, Art. 17 BayGO Anm. 11). Diese Einschränkung findet sich in der nunmehr geltenden Fassung des Art. 38 Abs. 1 BayGO gerade nicht mehr.

19 d) Signifikante Unterschiede zu dem Kommunalrecht der anderen Bundesländer, die nur in Bayern die Annahme einer beschränkten Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters im Außenverhältnis erlauben könnten, sind nicht ersichtlich. Im Gegenteil entspricht die dualistische Struktur der bayerischen Kommunalverfassung derjenigen der GO BW. Dieses Konzept der süddeutschen Kommunalverfassung ist in Abwandlungen inzwischen in den meisten Bundesländern übernommen worden (näher *Wolff/Bachhof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht II, 7. Aufl., § 97 Rdnr. 7; *Knemeyer*, Bayerisches Kommunalrecht, 12. Aufl., Rdnr. 292). Auch der baden-württembergische Gemeinderat ist gemäß § 24 Abs. 1 Satz 2 GO BW Hauptorgan der Gemeinde. Gleichwohl ist die Vertretungsmacht des Bürgermeisters gemäß § 42 Abs. 1 Satz 2 GO BW unbeschränkt (vgl. Senat, Urteil vom 20.4.1966, V ZR 50/65, MDR 1966, 669; sowie BAGE 47, 179 ff. zu § 37 Abs. 1 Satz 2 LKrO BW). Selbst für das frühere nordrhein-westfälische Kommunalverfassungsrecht, das eine Allzuständigkeit des Gemeinderats (§ 28 GO NRW a. F.) und eine entsprechend schwächere Stellung des Gemeindedirektors vorsah, war die umfassende Außenvertretungsmacht des Gemeindedirektors anerkannt (eingehend OLG Köln, DVBl. 1960, 816, 817 f. m. Anm. *Roemer*; BGH, Urteil vom 20.9.1984, III ZR 47/83, BGHZ 92, 164, 169 zu §§ 28, 55 GO NRW i. d. F. 1969).

20 e) Entscheidend für die Auslegung des Art. 38 Abs. 1 BayGO als Einräumung einer umfassenden Vertretungsmacht im Außenverhältnis spricht – wie in den anderen Bundesländern auch – das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und angemessenem Verkehrsschutz (vgl. BGH, Urteil vom 17.4.1997, III ZR 98/96, VersR 1998, 118; *U. Stelkens*, Verwaltungsprivatrecht, 2005, S. 207: sinnvolles Ordnungsprinzip; hierzu auch BAG, Beschluss vom 22.8.2016, 2 AZB 26/16, NZA 2016, 1296 Rdnr. 11).

21 aa) Der Erklärungsempfänger – in der Regel der Bürger – muss sich auf die Vertretungsbefugnis des für die Gemeinde nach außen handelnden Organs verlassen können. Demgegenüber bleibt es der Gemeinde unbenommen, gegen ihr pflichtwidrig handelndes Organ beamtenrechtliche Sanktionen zu verhängen bzw. Schadensersatzforderungen geltend zu machen. Es erscheint unangemessen, das Risiko fehlerhaften Organhandelns dem Erklärungsempfänger aufzubürden, der die Vorgänge bei der internen Willensbildung als außenstehender Dritter in aller Regel nicht erkennen kann. Insbesondere wird ein ausreichender Schutz nicht dadurch gewährleistet, dass er von der für die Gemeinde handelnden Person den Nachweis ihrer Befugnis zur Vornahme des betreffenden Geschäfts verlangen kann (vgl. BGH, Urteil vom 7.11.1977, II ZR 236/75, MDR 1978, 388; a. A. BayObLGZ 1952, 271, 274; 1974, 374, 376; 1986, 112, 115 m. w. N.). Dabei verbleiben nämlich erhebliche Ungewissheiten. Wird dem Erklärungsempfänger die Ausfertigung eines Gemeinderatsbeschlusses vorgelegt (vgl. Art. 54 BayGO), müsste er überprüfen, ob dieser wirksam ist und das konkrete Rechtsgeschäft umfasst. Hat der Gemeinderat keinen Beschluss gefasst, kann eine schwierige Abgrenzung der gemeindeinternen Zuständigkeiten erforderlich sein, insbesondere im Hinblick auf die oft zweifelhafte Einordnung einer Rechtshandlung als Geschäft der laufenden Verwaltung (vgl. hierzu etwa BayObLGZ 1974, 374, 377). Dies ist umso problematischer, als sich die Gemeinde im Falle einer Fehleinschätzung unter Umständen noch Jahrzehnte später auf eine fehlende Vertretungsbefugnis des für sie handelnden Bürgermeisters berufen kann (vgl. z. B. BayObLG, MittBayNot 1997, 120 ff.).

22 bb) Vor denselben praktischen Schwierigkeiten und der damit verbundenen Rechtsunsicherheit stehen nach der bislang in Bayern herrschenden Meinung die dortigen Grundbuchämter. Sie dürfen Eintragungen in das Grundbuch nur dann vornehmen, wenn die Vertretungsbefugnis des ersten Bürgermeisters in der Form des § 29 GBO nachgewiesen ist. Dementsprechend betrifft ein großer Teil der oben (unter II. 2 a) zitierten Entscheidungen der bayerischen Gerichte die Frage, ob dieser Nachweis als erbracht anzusehen ist oder nicht (vgl. nur aus jüngerer Zeit OLG München, MittBayNot 2009, 222 f.; 2012, 248 ff.; Beschluss vom 18.6.2010, 34 Wx 65/10; Beschluss vom 28.1.2013, 34 Wx 390/12). Den Grundbuchämtern wird in diesem Zusammenhang ggf. die Auslegung von Gemeinderatsbeschlüssen abverlangt (vgl. z. B. OLG München, MittBayNot 2012, 248 ff.); sie haben strenge Anforderungen an die Beweisführung zu stellen und die Eintragung im Zweifel abzulehnen (BayObLGZ 1974, 374, 376 ff.). Nach der von dem Senat vorgenommenen Auslegung des Art. 38 Abs. 1 BayGO ist dieser Nachweis entbehrlich; es ist nicht Aufgabe der Grundbuchämter, die Einhaltung der gemeindlichen Zuständigkeitsordnung zu überwachen.

23 f) Schließlich kann den Überlegungen des BayObLG, wonach die von den bayerischen Gerichten seit 1952 vorgenommene Auslegung des Art. 38 Abs. 1 BayGO zu der Entstehung von Gewohnheitsrecht geführt haben könnte (BayObLGZ 1986, 112, 115), nicht beigetreten werden. Gewohnheitsrecht entsteht durch längere tatsächliche Übung, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine ist und von den Beteiligten als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird (vgl. nur Senat, Urteil vom 21.11.2008, V ZR 35/08, NJW-RR 2009, 311 Rdnr. 12; BVerfGE 122, 248, 269). Diese Voraussetzungen liegen schon deshalb nicht vor, weil der BGH die Frage bereits 1966 für die sehr ähnlich gelagerte GO BW anders entschieden und dies im Jahr 1979 für Bayern ausdrücklich offen gelassen hat; zudem wurden in der Rechtsliteratur schon frühzeitig Bedenken im Hinblick auf den Verkehrsschutz erhoben (vgl. z. B. *Peters/Walz*, Handbuch der kommunalen Wissenschaft und Praxis, 1. Aufl. 1956, Bd. I, S. 235, 266 f.). Darüber hinaus hat der Zweite Senat des BAG in seinem (auf Anfrage des erkennenden Senats in dieser Sache ergangenen) Beschluss vom 22.8.2016 (2 AZB 26/16, NZA 2016, 1296 Rdnr. 11) zutreffend darauf hingewiesen, dass die Vertretungsmacht des ersten Bürgermeisters nach Art. 38 Abs. 1 BayGO nicht auf der Bildung einer Rechtsüberzeugung in den beteiligten Kreisen beruhe; da zu diesen auch Dritte gehörten, die in rechtsgeschäftliche Beziehungen zu den bayerischen Kommunen treten, dürfte schon wegen des Umfangs und der Unbestimmtheit dieses Personenkreises eine einheitlich als richtig angesehene Rechtsüberzeugung nicht feststellbar sein.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. Dr. **Herbert Grziwotz**, Regen und Zwiesel

1. Willensbildung und Vertretungsbefugnis

Die organschaftliche Vertretungsmacht entscheidet darüber, wer außenwirksame Handlungen für eine juristische Person des öffentlichen Rechts, wie zum Beispiel Verwaltungsakte und privatrechtliche Willenserklärungen, vornehmen kann.¹ Gemäß Art. 38 Abs. 1 BayGO vertritt der 1. Bürgermeister die Gemeinde nach außen. Dieser Wortlaut entspricht den Regelungen in den meisten Gemeindeordnungen bzw. Kommunalverfassungen der anderen Bundesländer.² Die Vertretungsmacht des Bürgermeisters als der Verwaltungsspitze wird dahingehend verstanden, dass der Bürgermeister alle nicht nur im internen Bereich der Gemeinde verbleibenden Maßnahmen treffen kann.³ Ob er hierzu intern eines

Beschlusses des Gemeinderats bedarf, entscheidet sich in den anderen Bundesländern danach, ob der Bürgermeister zuständig ist oder aufgrund Eilbedürftigkeit handeln kann;⁴ in diesem Fall bedarf er keiner Mitwirkung des Gemeinderats. In allen anderen Angelegenheiten, die zum Zuständigkeitsbereich des Gemeinderats gehören, ist intern die Zustimmung des Gemeinderats durch Beschluss erforderlich. In diesem Bereich vollzieht der 1. Bürgermeister lediglich durch sein außenwirksames Handeln den Willen des Gemeinderats. Diese Zuständigkeitsverteilung gilt in sämtlichen Bundesländern mit Ausnahme von Bayern.⁵ Allerdings haben einige OLG in den neuen Bundesländern zunächst eine abweichende Linie vertreten und die Wirksamkeit des Handelns des Bürgermeisters nach außen in Angelegenheiten, die in den Zuständigkeitsbereich des Gemeinderats fielen, von einem Gemeinderatsbeschluss abhängig gemacht.⁶ Der BGH hat diese Rechtsprechung allerdings korrigiert. Eine Willenserklärung des 1. Bürgermeisters ist gemäß seiner Judikatur nach außen hin grundsätzlich immer wirksam. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Geschäftspartner die fehlende interne Zustimmung des Gemeinderats kennt, diese offensichtlich ist oder das Vertrauen in die Vertretungsmacht des Bürgermeisters sonst nicht als schutzwürdig erscheint.⁷

2. Der bayerische Sonderweg⁸

Die bayerische Rechtsprechung⁹ und die wohl herrschende Lehre in Bayern¹⁰ haben abweichend von dieser Linie des

4 Vgl. Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 und Abs. 3 GO.

5 Vgl. nur BGH, Urteil vom 17.4.1997, III ZR 98/96, DtZ 1997, 358; BGH, Urteil vom 18.12.1997, VII ZR 155/96, VIZ 1998, 280; BGH, Urteil vom 4.11.1997, VI ZR 348/96, BGHZ 137, 89; VGH Mannheim, Urteil vom 16.10.1989, 1 S 1056/88, VBl. BW 1990, 140.

6 Vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 15.2.1996, 7 U 66/95, DtZ 1996, 320; OLG Naumburg, Urteil vom 18.1.1994, 7 U 19/93, OLG-NL 1994, 154; OLG Jena, Beschluss vom 10.4.1996, 6 W 100/96, Rpfleger 1996, 407; OLG Naumburg, Beschluss vom 8.5.1996, 8 U 32/95, DtZ 1997, 34; OLG Jena, Urteil vom 9.10.1996, 7 U 766/95, DtZ 1997, 130; a. A. allerdings OLG Rostock, Urteil vom 15.4.1993, 1 U 197/92, NJW-RR 1994, 661, 662; OLG Rostock, Urteil vom 7.12.1994, 2 U 22/94, OLG-NL 1995, 145; und OLG Brandenburg, Urteil vom 28.2.1996, 4 U 9/95, DtZ 1996, 323 (zur Vertretungsmacht des Landrats); krit. *Reuter*, DtZ 1997, 15, 16; siehe dazu auch *Kreissl*, LKV 1997, 120 ff.

7 *Becker/Hedemann/Kempfen/Manssen/Becker*, Öffentliches Recht in Bayern, 6. Aufl. 2015, 2. Teil Rdnr. 166.

8 *Waldhoff*, JuS 2017, 94, 96 spricht von einer „verfehlten bayerischen Auffassung“.

9 BayVerfGH, Entscheidung vom 29.2.1972, Vf 85-V-70, BayVerfGH 25, 27, 43; BayObLG, Beschluss vom 15.1.1997, 3 Z BR 153/96, MittBayNot 1997, 120; BayVGH, Beschluss vom 18.2.2002, 4 ZS 01.3026, NVwZ 2002, 742; BayVGH, Beschluss vom 31.8.2011, 8 ZB 11.549, BayVBl. 2012, 177; BayVGH, Beschluss vom 27.5.2014, 15 ZB 13.105, NVwZ-RR 2014, 693; OLG München, Beschluss vom 4.2.2009, 34 Wx 114/08, MittBayNot 2009, 222; OLG München, Beschluss vom 18.6.2010, 34 Wx 065/10, BeckRS 2010, 33291; OLG München, Beschluss vom 28.1.2013, 34 Wx 390/12, NJOZ 2013, 1046.

10 Siehe nur *Berg/Knemeyer/Papier/Steiner/Steiner*, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 6. Aufl. 1996, S. 137, 145; *Knemeyer*, Bayer. Kommunalrecht, 12. Aufl. 2007, Rdnr. 256.

1 S. nur *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht, Band 1, 12. Aufl. 2007, § 55 Rdnr. 2.

2 Vgl. § 42 Abs. 1 Satz 2 GemOBW; § 57 Abs. 1 BbgKVerf; § 71 Abs. 1 Satz 1 HGO; § 38 Abs. 2 Satz 1, § 39 Abs. 2 Satz 1 KVM-V; § 86 Abs. 1 Satz 2 NKomVG; § 63 Abs. 1 Satz 1 GONRW; § 47 Abs. 1 Satz 1 GemORP; § 59 Abs. 1 KSVG; § 51 Abs. 1 Satz 2 SächsGO; § 60 Abs. 2 KVGLSA; § 56 Abs. 1 GOSH u. § 31 Abs. 1 ThürKO.

3 *Wolff/Bachof/Stober/Kluth*, Verwaltungsrecht, Band 2, 7. Aufl. 2010, § 97 Rdnr. 145.

BGH stets eine abweichende Lösung vertreten. Danach bedarf der Bürgermeister, soweit er nicht selbst zuständig ist, für ein rechtswirksames Handeln der Mitwirkung des Gemeinderats. Dies schützt die Gemeindeverwaltungen.¹¹ Im Privatrecht hat diese Rechtsprechung zur Folge, dass insbesondere notarielle Verträge, die aufgrund der Zuständigkeitsverteilung in die Kompetenz des Gemeinderats fallen, bis zur Zustimmung dieses Gremiums schwebend unwirksam sind (§ 177 BGB).¹² Sie werden erst durch die nachträgliche Beschlussfassung des Gemeinderats wirksam. Wird die Genehmigung versagt, ist der Vertrag endgültig unwirksam; die Erklärung des Bürgermeisters im Außenverhältnis ist der Gemeinde nicht zuzurechnen. Die bayerischen Gerichte haben diese Lösung insbesondere auch im Hinblick auf den Willen des bayerischen Gesetzgebers so vertreten. Der BGH hat nunmehr angenommen, dass den Gesetzesmaterialien dieser Wille der bayerischen Legislative nicht zu entnehmen wäre. Die Maßgeblichkeit der Entscheidung des BGH ist eine Folge der Abschaffung des BayObLG im Jahre 2006. Mit ihr fällt die Zuständigkeit für die Auslegung des diesbezüglichen bayerischen Landesrechtes nicht mehr in die Kompetenz der obersten bayerischen Gerichte, sondern in die Zuständigkeit der Bundesgerichte, vgl. § 133 GVG und § 8 EGGVG.¹³ Die Auslegung des BGH und des BAG ist für die bayerischen Zivil- und Arbeitsgerichte, wollen sie keine Aufhebung ihrer Entscheidung riskieren, faktisch bindend. Weichen die Verwaltungsgerichte hiervon ab, müsste das BVerwG diese Frage dem Gemeinsamen Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes vorlegen (§ 11 RsprEinhG).¹⁴ Allerdings beabsichtigt der bayerische Gesetzgeber, seinen Willen durch Ergänzung des Art. 38 Abs. 1 BayGO um einen Satz 2 doch zur Geltung zu bringen, indem er die Vertretungsmacht des Bürgermeisters ausdrücklich auf seine Befugnisse beschränkt. Damit ist die alte Rechtslage ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung der BayGO wieder hergestellt.¹⁵ Der bayerische Gesetzgeber geht insoweit von einer Klarstellung aus und nicht von einer Gesetzesänderung.¹⁶ Nach seinem Willen soll diese (geänderte) Rechtslage ununterbrochen gelten haben. Der BGH und ihm folgend das BAG hätten danach Art. 38 Abs. 1 BayGO a. F. lediglich unzutreffend interpretiert.

3. Die Rechtslage bis zum Inkrafttreten der „Klarstellung“

Auch wenn der bayerische Gesetzgeber lediglich von einer Klarstellung ausgeht, haben der BGH und ihm folgend das BAG höchstrichterlich entschieden, dass die Vertretungs-

macht des bayerischen Bürgermeisters nicht auf seine Befugnisse beschränkt ist. Da diese Entscheidung nicht lediglich Wirkungen für die Zukunft hat, bedeutet dies, dass Verträge, die Bürgermeister zwischenzeitlich ohne den entsprechenden Gemeinderatsbeschluss abgeschlossen haben, nicht schwebend unwirksam, sondern aufgrund der diesbezüglichen Vertretungsmacht im Außenverhältnis wirksam sind. Auch einseitige Rechtsgeschäfte, die ohne Gemeinderatsbeschluss bei fehlender Vertretungsmacht des Bürgermeisters nach der Rechtsprechung der bayerischen Gerichte regelmäßig nichtig sind (§ 180 Satz 1 BGB), sind aufgrund der vom BGH lediglich festgestellten bestehenden Vertretungsmacht wirksam. Auf die Frage der fehlenden Rüge der fehlenden Vertretungsmacht (§ 180 Satz 2 BGB) kommt es deshalb beim einseitigen rechtsgeschäftlichen Handeln des Bürgermeisters nicht an. Dies bedeutet, dass auch beispielsweise die Zustimmung des Bürgermeisters in Vertretung der Gemeinde bei der Veräußerung eines Erbbaurechtes ausreichte, selbst wenn der Gemeinderat seine Zustimmung später verweigert hat. Auch Streitfälle, in denen umstritten war, ob es sich um ein Geschäft der laufenden Verwaltung handelte oder eine Eilhandlungskompetenz gegeben war, sind durch die Entscheidung des BGH ex tunc wirksam geworden. Ausnahmen gelten, wie oben dargestellt, nur in den jeweiligen Fällen, in denen die fehlende Organzuständigkeit des Bürgermeisters bekannt oder offensichtlich war oder aus sonstigen Gründen das Vertrauen des Privaten nicht schutzwürdig war. Hiervon in allen Fällen auszugehen, in denen bisher auf die Erforderlichkeit eines Gemeinderatsbeschlusses hingewiesen wurde, um auf diesem Weg die bisherige Rechtslage für „Altfälle“ wiederherzustellen, widerspricht der eindeutigen Entscheidung des BGH. Diese Rechtslage gilt bis zum Inkrafttreten der „gesetzlichen Klarstellung“, die, auch wenn dies der bayerische Landesgesetzgeber anders sieht, aufgrund der Rechtsprechung des BGH eine Neuregelung darstellt.

In der notariellen Praxis empfiehlt es sich, bis zum Inkrafttreten der Neuregelung die bisherige Handhabung fortzusetzen. Das bedeutet, dass bei einseitigen Rechtsgeschäften die Einwilligung, d. h. die vorherige Zustimmung, des Gemeinderats vorliegen und dass zu Verträgen weiterhin die Zustimmung, und zwar zweckmäßigerweise bei einem grundbuchamtlichen Vollzug als Genehmigung zum konkreten Vertrag, des Gemeinderats eingeholt werden muss. Da es sich bei der Vertretungsmacht des Bürgermeisters um eine organschaftliche handelt und nicht um eine Bevollmächtigung, kann er nicht darauf verzichten, von ihr Gebrauch zu machen, was bei einer Bevollmächtigung unproblematisch möglich wäre. Wenn er jedoch bei Verträgen selbst auf seine fehlende Vertretungsmacht hinweist, kann ein Vertrauen des privaten Geschäftspartners auf die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht entstehen.¹⁷ Es handelt sich um einen „Vertragsschluss“ mit Genehmigungsvorbe-

11 Siehe dazu die Argumentation OLG Naumburg, Urteil vom 18.1.1994, 7 U 19/93, OLG-NL 1994, 154; *Becker/Hedemann/Kempen/Manssen/Becker*, Öffentliches Recht in Bayern, 2. Teil Rdnr. 167.

12 Siehe nur BayVG, Urteil vom 31.3.2003, 4 B 00.2823, BayVBl. 2003, 501, 503.

13 Krit. zur Abschaffung *Hirsch*, NJW 2006, 3255 ff.

14 Siehe nur *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 75. Aufl. 2017, Anh. zu § 140 GVG Rdnr. 2.

15 Vgl. LT-Drucks. 17/14651, S. 6 und 17.

16 Vgl. LT-Drucks. 17/14651, S. 17.

17 Vgl. zur Überschreitung der Grenzen im Innenverhältnis durch ein Organ BGH, Urteil vom 14.3.1988, II ZR 211/87, NJW 1988, 2241; BGH, Urteil vom 13.11.1995, II ZR 113/94, DNotZ 1996, 810; BGH, Urteil vom 23.6.1997, II ZR 353/95, DNotZ 1998, 963.

halt“,¹⁸ bei dem der Vertragspartner Kenntnis davon erhält, dass die Zustimmung des intern zuständigen Gremiums fehlt und der Bürgermeister seine Kompetenzen bei einem Vertragsschluss ohne Zustimmung des Gemeinderats überschreiten würde.¹⁹ Der Vertrag bleibt in diesem Fall bis zur Genehmigung durch den Gemeinderat schwebend unwirksam.²⁰ Damit wird gleichsam schon vor der landesgesetzlichen Korrektur die Vertretungsmacht des Bürgermeisters auf seine Befugnisse vertraglich beschränkt. Auf diese Weise wird die bayerische Rechtslage, wie dies dem Willen des Landesgesetzgebers entspricht, jedenfalls von den bayerischen Notariaten überwiegend kontinuierlich fortgesetzt.

18 Vgl. hierzu *Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider*, GmbHG, 11. Aufl. 2014, § 35 Rdnr. 190 zum Geschäftsführer.

19 Dogmatisch denkbar ist auch ein Vertragsschluss unter der aufschiebenden Bedingung der Genehmigung des Gemeinderats; allerdings muss dann ausdrücklich bei Grundstücksgeschäften klargestellt werden, dass die Bedingung nicht für eine in der Urkunde enthaltene Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB) und auch nicht für grundbuchmäßige Bewilligungen (siehe nur OLG Hamm, Beschluss vom 2.8.2010, 15 W 265/10, FGPrax 2011, 10; *Demharter*, GBO, 30. Aufl. 2016, § 19 Rdnr. 31; *Hügel/Holzer*, GBO, 3. Aufl. 2016, § 19 Rdnr. 42) gilt. Bei Nichteintritt der Bedingung, d. h. verweigerter Genehmigung durch den Gemeinderat, würde z. B. die erklärte Auflassung bestehen bleiben, aber kondizierbar sein.

20 *Baumbach/Hueck/Zöller/Noack*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 35 Rdnr. 162.

27. Erbbaurechtsvertrag bedarf der Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde

BGH, Urteil vom 22.1.2016, V ZR 27/14
(Vorinstanz: OLG Celle, Urteil vom 7.1.2014, 4 U 85/13)

BauGB § 1 Abs. 3 Satz 2, Abs. 6

LEITSATZ:

Ein Erbbaurechtsvertrag bedarf als kreditähnliches Rechtsgeschäft der Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde, wenn er eine Verpflichtung der Gemeinde begründet, einen Erbbauzins zu zahlen. Der Erwerb durch Ersitzung trägt seinen Rechtsgrund in sich und schließt Ansprüche gegen den Erwerber aus ungerechtfertigter Bereicherung aus.

SACHVERHALT:

1 Mit notariellem Vertrag aus dem Jahr 1974 bestellte der Vater des Klägers einer nachfolgend in die beklagte Stadt eingegliederten Gemeinde ein Erbbaurecht an einer Teilfläche seines Grundstücks für 99 Jahre. Die Gemeinde war danach berechtigt, auf dem Erbbaugrundstück eine Sportanlage mit den dazu gehörenden Gebäuden zu errichten. Sie verpflichtete sich in Art. 1 Nr. 5 Erbbaurechtsvertrag, einen Bebauungsplan aufzustellen, der die Bebauung eines anderen Grundstücks des Vaters des Klägers mit mindestens elf Einfamilien-

häusern ermöglicht. Der Erbbauzins wurde auf jährlich 1 DM/m² vereinbart; er sollte sich rückwirkend auf 1,55 DM/m² erhöhen, falls der aufzustellende Bebauungsplan nicht bis zum 30.7.1976 rechtswirksam sein sollte. Weiter wurden eine Anpassung des Erbbauzinses an den Preisindex für die Lebenshaltungskosten sowie die Eintragung einer Erbbaurechtslast bis zu einem Preis von 1,55 DM/m² vereinbart. Zeitlich vor dem Erbbaurechtsvertrag hatten die Parteien einen Pachtvertrag mit im Wesentlichen gleichen Verpflichtungen geschlossen.

2 Einen Bebauungsplan gemäß dem Erbbaurechtsvertrag stellte die Beklagte nicht auf. Die Eintragung des Erbbaurechts erfolgte 1975. Die Beklagte zahlte zunächst den Erbbauzins gemäß der eingetragenen Reallast von 1 DM/m² im Jahr, in den nachfolgenden Jahren schloss sie mit dem Kläger als Rechtsnachfolger und neuem Eigentümer Vereinbarungen über dessen Erhöhung auf der Grundlage der vereinbarten Anpassungsklausel.

3 2011 kündigte die Beklagte den Pachtvertrag. Im Januar 2012 stellte sie die Zahlung des Erbbauzinses ein. Sie berief sich darauf, dass nach ihren Unterlagen der Erbbaurechtsvertrag von der Kommunalaufsichtsbehörde nicht genehmigt worden sei. Auf Antrag der Beklagten vom Mai 2012 versagte der Regierungspräsident im Juli 2012 die Genehmigung des Erbbaurechtsvertrags.

4 Der Kläger hat Klage auf Zahlung des Erbbauzinses für das Jahr 2012 i. H. v. 40.972,36 € erhoben. Das LG hat die Klage abgewiesen; das OLG hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Zahlungsantrag weiter; die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels. (...)

AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Das Berufungsurteil hält den Angriffen der Revision insofern stand, als sich aus dem festgestellten Sachverhältnis kein Anspruch des Klägers auf Zahlung eines Erbbauzinses oder eines anderen Entgelts für die Nutzung des Erbbaugrundstücks im Jahr 2012 ergibt.

8 1. Dabei geht das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei davon aus, dass der Erbbaurechtsvertrag ohne die nichtigen Bestimmungen zustande gekommen ist.

9 a) Der Vertrag war allerdings mit dem vereinbarten Inhalt sowohl nach § 134 BGB als auch nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Unwirksam war die in Art. 1 Nr. 5 Erbbaurechtsvertrag begründete Verpflichtung der Gemeinde, einen inhaltlich näher bestimmten Bebauungsplan innerhalb einer bestimmten Zeit aufzustellen. Das verstieß gegen das – nunmehr in § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB geregelte – Verbot, nach dem solche Verträge wegen der mit ihnen verbundenen Beschränkungen des gemeindlichen Planungsermessens nichtig sind (Senat, Urteil vom 2.10.2015, V ZR 307/13, juris Rdnr. 10; BGH, Urteil vom 8.6.1978, III ZR 48/76, BGHZ 71, 386, 390; Urteil vom 22.11.1979, III ZR 186/77, BGHZ 76, 16, 22; BVerwG, NJW 1980, 2538, 2539). Ebenfalls unwirksam war die in Art. 1 Nr. 5 Erbbaurechtsvertrag vereinbarte bedingte Verpflichtung des Vaters des Klägers, auf eine Erhöhung des Erbbauzinses bei Aufstellung eines Bebauungsplans zu verzichten. Diese Vertragsbestimmung war wegen Verstoßes gegen das Kopplungsverbot nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weil die Gemeinde sich dadurch eine unzulässige Gegenleistung für den Erlass eines Bebauungsplans hatte versprechen lassen (vgl. Senat, Urteil vom 18.9.2009, V ZR 2/09, NVwZ 2010, 398 Rdnr. 15).

10 b) Die Einwendungen der Revisionserwiderung gegen die Wirksamkeit des (restlichen) Erbbaurechtsvertrags sind unbegründet.

11 aa) Der Erbbaurechtsvertrag ist teilbar. Der Vertrag kann nach Aussonderung der nichtigen Teile als selbstständiges Rechtsgeschäft auf Bestellung eines Erbbaurechts mit einem wertgesicherten Erbbauzins von 1 DM/m² Bestand haben. Das Berufungsgericht weist zu Recht darauf hin, dass die Parteien den Vertrag über Jahrzehnte hinweg auch so vollzogen haben.

12 bb) Die Erbbauzinsvereinbarung in Art. 4 Abs. 1 des Vertrags ist nicht unmittelbar sittenwidrig und nichtig. Die Vereinbarung eines Erbbauzinses, der um 36,67 % unter dem Marktüblichen liegt, begründet kein grobes Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung.

13 cc) Das Berufungsgericht nimmt auch zu Recht an, dass der Erbbaurechtsvertrag ohne die nichtigen Bestimmungen nach § 139 BGB aufgrund der salvatorischen Klausel aufrechtzuerhalten ist, weil die Beklagte nicht nachgewiesen habe, dass der Vertrag ohne den nichtigen Teil nicht geschlossen worden wäre. Ohne Erfolg wendet die Revisionserwiderung dagegen ein, dass die Aufrechterhaltung einzelner Bestimmungen nach dem hypothetischen Parteiwillen nicht in Betracht komme, weil § 139 BGB unanwendbar sei, wenn sich aus dem Zweck der Verbotsnorm eine abweichende Regelung ergebe (vgl. BGH, Urteil vom 16.12.1999, IX ZR 117/99, NJW 2000, 1333, 1335).

14 (1) Der Zweck des Verbots gebietet es nicht, Verträge, in denen eine Gemeinde eine Verpflichtung zur Aufstellung eines Bebauungsplans eingegangen ist, auch ohne diese Bestimmung als insgesamt nichtig anzusehen. Das Verbot soll eine ungebundene und umfassende Abwägung der in § 1 Abs. 6 BauGB bezeichneten Belange gewährleisten, die Gemeinden aber nicht vor allen Nachteilen aus dem Abschluss von Verträgen bewahren, die sie im Hinblick auf die von ihrem Vertragspartner erwartete Aufstellung eines bestimmten Bebauungsplans abgeschlossen haben (vgl. Senat, Urteil vom 2.10.2015, V ZR 307/13, juris Rdnr. 10 f.). Das Verbot erfordert nur, dass diejenigen Vertragsbestimmungen keine Wirksamkeit entfalten, welche die Gemeinde unmittelbar zum Erlass eines bestimmten Bebauungsplans verpflichten, es steht jedoch einer Aufrechterhaltung des Vertrags im Übrigen nach den in § 139 BGB bestimmten Grundsätzen nicht entgegen (vgl. BGH, Urteil vom 22.11.1979, III ZR 186/77, BGHZ 76, 16, 22; BVerwG, NJW 1980, 2538, 2539).

15 (2) Die Beklagte kann die Gesamtnichtigkeit des Erbbaurechtsvertrags auch nicht daraus herleiten, dass ihre Rechtsvorgängerin sich eine unzulässige Gegenleistung (den Verzicht auf eine Erbbauzinsanhebung) für einen von ihr aufzustellenden Bebauungsplan hat versprechen lassen. Diese Kopplung besteht infolge der Nichtigkeit der darauf bezogenen Vertragsbestimmungen nicht. Die Unwirksamkeit dieser Vertragsbestimmung ist nur für den Kläger nachteilig, der ungeachtet dessen den Vertrag weiter durchführen will. Unter diesen Umständen ist der Beklagten die Geltendmachung der Gesamtnichtigkeit des Erbbaurechtsvertrags versagt. Eine Partei kann sich nämlich nach Treu und Glauben nicht unter Berufung auf

§ 139 BGB von ihren Vertragspflichten insgesamt befreien, wenn nur die den anderen Teil begünstigenden Vertragsbestimmungen unwirksam sind und dieser dennoch am Vertrag festhalten will. Der andere Teil kann dann der Geltendmachung der Gesamtnichtigkeit die Einrede der Arglist entgegensetzen (vgl. BGH, Urteil vom 27.10.1983, IX ZR 95/81, WM 1983, 267, 268; Urteil vom 7.1.1993, IX ZR 199/91, NJW 1993, 1587, 1589; Urteil vom 30.1.1997, IX ZR 133/96, NJW-RR 1997, 684, 686).

16 2. Ebenfalls rechtsfehlerfrei sieht das Berufungsgericht den Erbbaurechtsvertrag als ein nach § 92 Abs. 6 NdsGO der Genehmigung durch die Kommunalaufsicht bedürftiges kreditähnliches Rechtsgeschäft an.

17 a) Die Genehmigungsbedürftigkeit des 1974 geschlossenen Erbbaurechtsvertrags ist nach den Vorschriften der am 1.11.2011 außer Kraft getretenen NdsGO zu beurteilen, weil die Voraussetzungen für die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts sich grundsätzlich nach den im Zeitpunkt seines Abschlusses geltenden Vorschriften bestimmen (vgl. BGH, Urteil vom 4.4.1966, VIII ZR 20/64, BGHZ 45, 322, 326; Urteil vom 18.2.2002, KVR 24/01, BGHZ 154, 21, 26). Anders verhielte es sich nur bei einem Wegfall des Genehmigungserfordernisses, der zur Behebung einer schwebenden Unwirksamkeit führt (vgl. Senat, Urteil vom 20.7.1962, V ZR 219/60, BGHZ 37, 233, 236). Das ist aber nicht eingetreten, weil § 120 Abs. 6 NdsKomVG i. d. F. 17.12.2010 (Niedersächsisches GVBl. S. 576) einen § 92 Abs. 6 NdsGO inhaltsgleichen Genehmigungsvorbehalt enthält.

18 b) Ob ein Vertrag nach den kommunalrechtlichen Vorschriften genehmigungsbedürftig ist, haben die Zivilgerichte selbstständig zu entscheiden (vgl. BGH, Urteil vom 4.2.2004, XII ZR 301/01, BGHZ 158, 19, 21; Urteil vom 7.3.2013, IX ZR 7/12, WM 2013, 708 Rdnr. 11).

19 c) Nach § 92 Abs. 6 Satz 1 NdsGO (die Gemeindeordnungen bzw. Kommunalverfassungen der anderen Länder enthalten gleichlautende Bestimmungen) bedarf die Begründung einer kreditähnlichen Zahlungsverpflichtung der Gemeinde der Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde. Ob ein Vertrag eine derartige Verpflichtung der Gemeinde begründet, ist nach dem Zweck des Genehmigungserfordernisses zu beurteilen. Dieses soll verhindern, dass unter Ausnutzung der Gestaltungsmöglichkeiten des Privatrechts die kommunalrechtlichen Bestimmungen über die Kreditaufnahme umgangen werden. Eine solche Umgehung liegt vor, wenn das betreffende Rechtsgeschäft bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu dem gleichen Erfolg führen würde wie die Aufnahme eines Kredits. Das ist der Fall, wenn die Gemeinde im laufenden Haushaltsjahr im Wesentlichen die volle Leistung erhält, die dafür zu erbringende Gegenleistung jedoch erst zu einem späteren Zeitpunkt erbringen muss (vgl. BGH, Urteil vom 4.2.2004, XII ZR 301/01, BGHZ 158, 19, 23; OLG Dresden, OLG-NL 2001, 268, 270). Allerdings kommt nicht jede Verpflichtung, die eine Gemeinde zur Erlangung einer Leistung im laufenden Haushaltsjahr eingeht und die teilweise oder ganz erst in späteren Haushaltsjahren zu erfüllen ist, einer genehmigungsbedürftigen Kreditaufnahme gleich (Senat, Urteil vom 2.4.2004, V ZR 105/03, WM 2004, 2183). Maßgebliches Kriterium für ein kreditähnliches Geschäft ist die

Fälligkeit der Zahlungsverpflichtung der Gemeinde. Ist die Gegenleistung der Gemeinde an sich mit der Leistung ihres Vertragspartners fällig, wird die Zahlung aber auf eine spätere Zeit hinausgeschoben, handelt es sich um ein kreditähnliches Rechtsgeschäft (OLG Dresden, a. a. O.). Anders ist es dagegen, wenn – wie bei einem Miet- oder Pachtvertrag (BGH, Urteil vom 4.2.2004, XII ZR 301/01, BGHZ 158, 19, 23) – die Zahlung ein Entgelt für die jeweils gewährte Nutzungsmöglichkeit darstellt.

20 d) Gemessen daran ist der 1974 geschlossene Vertrag ein kreditähnliches Rechtsgeschäft.

21 aa) Ein Erbbaurechtsvertrag ist allerdings nicht schon dann genehmigungsbedürftig, wenn eine Gemeinde Erbbaurechtsnehmerin ist. Ob und welches Entgelt der Erbbauberechtigte für die Bestellung eines Erbbaurechts zahlen soll, steht im Belieben der Vertragsparteien; die Gegenleistung ist kein wesentliches Merkmal eines Erbbaurechtsvertrags (Senat, Urteil vom 23.10.1957, V ZR 270/56, RdL 1958, 7, 9; Urteil vom 27.2.1970, V ZR 49/67, NJW 1970, 944). Ein unentgeltlich oder gegen eine einmalige Zahlung im laufenden Haushaltsjahr bestelltes Erbbaurecht begründet keine kreditähnliche Zahlungsverpflichtung.

22 bb) Ein Erbbaurechtsvertrag bedarf jedoch als kreditähnliches Rechtsgeschäft der Genehmigung durch die Kommunalaufsichtsbehörde, wenn er eine Verpflichtung der Gemeinde begründet, einen Erbbauzins zu zahlen.

23 (1) Dabei kommt es nicht darauf an, ob die Pflicht zur Zahlung des Erbbauzinses auf einer im Erbbaugrundbuch eingetragenen Erbbauzinsreallast (dinglicher Erbbauzins) oder allein auf einer vertraglichen Vereinbarung beruht (schuldrechtlicher Erbbauzins). Rechtlich betrachtet bestehen zwar Unterschiede insoweit, als bei Vereinbarung eines dinglichen Erbbauzinses die Bestellung des Stammrechts (der Erbbauzinsreallast), jedoch nicht die aus diesem zu leistenden wiederkehrenden Zahlungen die Gegenleistung für die Bestellung des Erbbaurechts ist (Senat, Urteil vom 9.10.2009, V ZR 18/09, NJW 2010, 224 Rdnr. 9; von Oefele, MittBayNot 2011, 55), während die Verpflichtung zu wiederkehrenden Zahlungen beim schuldrechtlichen Erbbauzins in der Regel die Leistung ist, die der Schuldner um der Begründung oder der Übertragung des Erbbaurechts willen übernommen hat (vgl. Senat, Urteil vom 9.10.2009, V ZR 18/09, NJW 2010, 224 Rdnr. 10). Für die Entscheidung der Frage, ob der Erbbaurechtsvertrag ein kreditähnliches Geschäft im Sinne der Gemeindeordnungen der Länder ist, kommt es jedoch nicht auf den Rechtsgrund der Verpflichtung, sondern allein darauf an, ob die Gegenleistung der Gemeinde für einen Erwerb im laufenden Haushaltsjahr in die kommenden Haushaltsjahre verlagert wird. Solche Rechtsgeschäfte der Kommunen sind im Interesse des Staates an einer geordneten Haushaltswirtschaft der Gemeinden und an einem Erhalt ihrer dauernden Leistungsfähigkeit einem Genehmigungsvorbehalt durch die Kommunalaufsicht unterworfen (vgl. OLG Dresden, OLG-NL 2001, 268, 270).

24 (2) Danach bedarf ein Erbbaurechtsvertrag mit einer Erbbauzinspflicht der Gemeinde der Genehmigung. Ein solcher Erbbaurechtsvertrag steht zwar auch bei einer wirtschaftlichen Betrachtung einem kreditierten Erwerbsgeschäft nicht in jeder

Beziehung gleich; er erfüllt aber die wesentlichen Merkmale eines kreditähnlichen Rechtsgeschäfts.

25 (a) Für den Grundstückseigentümer sind die Erbbauzinsen einer Miete oder einer Pacht wirtschaftlich vergleichbare Einkünfte. Er erhält mit dem Erbbauzins wie bei einer Miete oder Pacht eine Verzinsung des Bodenwerts für das dem Vertragspartner gewährte Recht zur Nutzung seines Grundstücks (vgl. Grziwotz, Das Erbbaurecht in der Finanzierungspraxis, S. 78).

26 (b) (aa) Für den Erbbauberechtigten stellt der Erbbauzins dagegen ein Entgelt dar, das er künftig für das dingliche Recht zahlen muss, welches ihn berechtigt, auf dem fremden Grundstück ein Bauwerk zu haben. Die Gegenleistung wird nicht bei Erwerb des Erbbaurechts geleistet, sondern in den kommenden Jahren erbracht, in denen das Erbbaurecht besteht. Insofern wird die Fälligkeit der Gegenleistung – ähnlich wie bei einer Stundung – über den bei einem Rechtskauf üblichen Zeitpunkt hinaus, abweichend von dem Grundsatz der Zugum-Zug-Leistung, in die Zukunft verschoben. Damit liegt das wesentliche Merkmal eines kreditähnlichen Rechtsgeschäfts (vgl. Senat, Urteil vom 2.4.2004, V ZR 105/03, WM 2004, 2183, 2184) vor.

27 (bb) Einzuräumen ist allerdings, dass bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise die Pflicht zur Zahlung des Erbbauzinses sich nicht von derjenigen zur Zahlung der Miete oder der Pacht aus einem langfristigen Vertragsverhältnis unterscheidet. Der Abschluss eines Erbbaurechtsvertrags mit einer Verpflichtung der Gemeinde zur Zahlung eines Erbbauzinses ist jedoch nicht – wie die Revision meint – deswegen dem Abschluss eines langfristigen Miet- und Pachtvertrags mit einer entsprechenden Zahlungsverpflichtung gleichzustellen. Zwar sind Erbbauzinsen den Mieten und Pachten vergleichbare Zahlungen; die dafür erworbenen Rechte unterscheiden sich jedoch grundlegend. Mit dem Erbbaurecht erwirbt der Erbbaurechtsnehmer für die gesamte Vertragszeit ein – über die für die Miet- und Pachtverträge geltende zeitliche Begrenzung von 30 Jahren (§ 544 BGB) hinausgehendes – dingliches Recht an dem Grundstück, das hinsichtlich seiner Übertragbarkeit, Beleihbarkeit und der Rechte gegenüber Dritten dem Eigentum an dem Grundstück weitgehend gleichsteht. Aus diesen Gründen stellt sich der Erwerb eines Erbbaurechts unter wirtschaftlichen Aspekten – weit öfter als der Abschluss eines Miet- und Pachtvertrags – als eine Alternative zu einem kreditfinanzierten Grundstückserwerb dar.

28 (c) Vor diesem Hintergrund ist die Zuordnung der Erbbaurechtsverträge, in denen sich die Gemeinden zur Zahlung von Erbbauzinsen verpflichten, zu den kreditähnlichen Rechtsgeschäften auch vom Zweck des Genehmigungsvorbehalts in den Gemeindeordnungen der Länder geboten, Umgehungen von genehmigungspflichtigen Kreditgeschäften zu verhindern. Eine Gemeinde kann ihre künftige Leistungsfähigkeit auch dadurch gefährden, dass sie statt eines finanzierten Grundstückskaufs einen Erbbaurechtsvertrag mit der Verpflichtung zur Zahlung von Erbbauzinsen abschließt, der – was die bauliche Nutzung des Erbbaugrundstücks betrifft – zu einem im Wesentlichen gleichen Ergebnis wie ein Kauf führt.

29 (3) Der 1974 geschlossene Erbbaurechtsvertrag war kein Rechtsgeschäft der laufenden Verwaltung der Rechtsvorgän-

gerin der Gemeinde, das nach § 92 Abs. 6 Satz 3 NdsGO genehmigungsfrei gewesen wäre. Die Ausführungen des Berufungsgerichts dazu sind rechtsfehlerfrei und werden im Revisionsverfahren auch nicht angegriffen.

(...)

31 4. Im Ergebnis rechtsfehlerfrei verneint das Berufungsgericht auch einen Zahlungsanspruch des Klägers nach der Ersitzung des Erbbaurechts durch die Beklagte.

32 a) Die Beklagte ist allerdings auf Grund des 30-jährigen Bestehens ihrer Eintragung als Inhaberin des Erbbaurechts und ihres Eigenbesitzes durch Buchersitzung (§ 900 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 BGB) Erbbauberechtigte geworden. Diese Vorschriften finden auf das Erbbaurecht Anwendung (MünchKomm-BGB/Kohler, 6. Aufl., § 900 Rdnr. 2; von Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl., Rdnr. 5.79; Staudinger/Gursky, Neubearb. 2013, § 900 Rdnr. 26; RGRK/Augustin, BGB, 12. Aufl., § 900 Rdnr. 4; NK-BGB/Krause, 3. Aufl., § 900 Rdnr. 3; jurisPK-BGB/Toussaint, 7. Aufl., § 900 Rdnr. 6). Behördlicher Genehmigung bedarf der Rechtserwerb durch Ersitzung nicht (Staudinger/Gursky, a. a. O. Rdnr. 23; NK-BGB/Krause, § 900 Rdnr. 11; Böhringer, NotBZ 2003, 85). Da der Erbbauzins jedoch nicht Inhalt des Erbbaurechts ist, führt die Ersitzung nach § 900 BGB allein nicht zu einer Pflicht des Erbbauberechtigten, den im Erbbaurechtsvertrag vereinbarten Erbbauzins zu zahlen.

33 b) Die Pflicht ergibt sich allerdings in der Regel aus der eingetragenen Erbbauzinsrealast. So verhält es sich hier jedoch nicht. Die Beklagte hat das Erbbaurecht nämlich ohne die eingetragene Erbbauzinsrealast ersonnen. Die Erbbauzinsrealast war infolge der Versagung der kommunalaufsichtsrechtlichen Genehmigung des Erbbaurechtsvertrags nicht wirksam bestellt worden. Der Kläger konnte die Realast nicht nach § 900 Abs. 2 Satz 1 BGB ersitzen, da sie kein Recht ist, das zum Besitz des Grundstücks berechtigt oder deren Ausübung nach den für den Besitz geltenden Vorschriften geschützt ist. Mit Ablauf der Frist für die Ersitzung ist daher ein sog. erbbauzinsloses Erbbaurecht entstanden. Eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 900 BGB auf andere Rechte an Grundstücken verstieße gegen den Wortlaut des Gesetzes und gegen den erklärten Willen des Gesetzgebers, da Anträge, die Ersitzung auf die Hypothek zu erstrecken, im Gesetzgebungsverfahren abgelehnt wurden (vgl. Prot. II, S. 4320 ff. = *Mugdan*, Materialien, Bd. III. S. 574 ff.). Daher ist auch der von *Heck* (Grundriss des Sachenrechts, 1930, § 45 Anm. 4a) vertretene Auffassung nicht zu folgen, nach der derjenige, der sein Recht nur auf den Buchinhalt stützen kann, die buchmäßigen Belastungen mit in Kauf nehmen soll. Sie kann zudem zu unsachgemäßen Ergebnissen führen. Im hier zu beurteilenden Fall liefe es dem Zweck des Genehmigungserfordernisses zuwider, wenn die Beklagte trotz Versagung der Genehmigung – und damit entgegen dem mit dem Vorbehalt verfolgten Interesse des Staates an einer geordneten Haushaltswirtschaft und dem Erhalt der Leistungsfähigkeit der Gemeinden – infolge der Tabularersitzung den Erbbauzins über 60 Jahre weiterzahlen müsste. Geboten ist allerdings im Einzelfall eine dem Zweck des Genehmigungsvorbehalts entsprechende Korrektur nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB), die das Berufungsgericht allerdings auch vorgenommen hat (siehe unten IV. 2.).

34 c) Erst recht nicht geheilt worden ist der schuldrechtliche Vertrag über die Bestellung des Erbbaurechts mit dem sich daraus ergebenden Anspruch auf den schuldrechtlichen Erbbauzins. Die Vorschriften über die Ersitzung (§ 900 Abs. 1 Satz 1, § 937 Abs. 1 BGB) ordnen den Erwerb des Eigentums nach einer bestimmten Besitzzeit an, bei einem Grundstück nach dem Bestehen einer Eintragung (sog. Buchbesitz) und einem Eigenbesitz von 30 Jahren, bei einer beweglichen Sache nach einem Eigenbesitz von zehn Jahren. Sie sehen jedoch nicht die Heilung des Rechtsgeschäfts vor, aufgrund dessen der Besitz erlangt wurde. Eine Heilung des Rechtsgeschäfts ist auch vom Zweck der Buchersitzung nicht begründet. Dass der bisherige Rechtsinhaber sein nicht gebuchtes Recht verliert, beruht auf dem öffentlichen Interesse, ein dauerndes Auseinanderfallen von Recht und Grundbuchlage zu vermeiden, nachdem die Ansprüche aus dem nicht eingetragenen Recht nach Eintritt der Verjährung nicht mehr durchsetzbar und damit inhaltsleer geworden sind (Prot. II, S. 3673 = *Mugdan*, Materialien, S. 573). Die Heilung des unwirksamen Rechtsgeschäfts ginge über das mit der Buchersitzung verfolgte Ziel hinaus. Dies folgt aus den Erwägungen, mit denen eine Erstreckung der Tabularersitzung auf die Hypothek abgelehnt wurde. Die Ersitzung sollte nicht auch die Mängel der Forderung heilen, von deren Bestand die Hypothek abhängig sei (Prot. II, S. 4372 = *Mugdan*, Materialien, Bd. III. S. 575).

35 d) Die Beklagte muss die Vereinbarung über den Erbbauzins auch nicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) gegen sich gelten lassen, obwohl sie ihrer Pflicht nicht nachgekommen ist, alles zu tun, um die Genehmigung des Vertrags herbeizuführen (zu dieser Pflicht aus dem Vertragsschluss: Senat, Urteil vom 25.6.1976, V ZR 121/73, BGHZ 67, 34, 35; Urteil vom 10.7.1998, V ZR 76/97, VIZ 1998, 577). Ein solches treuwidriges Verhalten der Gemeinde vermag einen Anspruch des Vertragspartners auf Erfüllung nicht zu begründen. In der Rechtsprechung ist seit langem anerkannt, dass die zum Schutz öffentlichrechtlicher Körperschaften geschaffenen gesetzlichen Regelungen durch die Berufung auf Treu und Glauben nicht außer Kraft gesetzt werden können (BGH, Urteil vom 10.3.1959, VIII ZR 44/58, WM 1959, 672, 673; Urteil vom 2.3.1972, VII ZR 143/70, NJW 1972, 940, 941; Urteil vom 20.9.1984, III ZR 47/83, BGHZ 92, 164, 174). Die den Aufsichtsbehörden zugewiesene Zuständigkeit darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass ein genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft wegen des gegen die Grundsätze von Treu und Glauben verstoßenden Handelns der Gemeinde als wirksam behandelt wird, wenn die Genehmigung nicht eingeholt oder versagt wird (vgl. BGH, Urteil vom 21.4.1955, II ZR 328/53, NJW 1955, 985; *Reinicke*, Rechtsfolgen formwidrig abgeschlossener Verträge, S. 148).

36 e) Dem Kläger steht schließlich auch nicht ein Anspruch auf Herausgabe der von der Beklagten im Jahr 2012 gezogenen Nutzungen nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB i. V. m. § 818 Abs. 1 BGB zu. Ob bereicherungsrechtliche Ansprüche aus rechtsgrundloser Leistung infolge der Ersitzung ausgeschlossen sind, ist allerdings umstritten.

37 aa) Ein Teil des Schrifttums geht im Anschluss an eine Entscheidung des RG zur Mobiliarersitzung nach § 937 BGB (RGZ 130, 69) davon aus, dass die Ersitzung zwar keine Ver-

letzung des Zuweisungsgehalts des Rechts des früheren Eigentümers darstelle und dieser daher nicht im Wege der Eingriffskondiktion (§ 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 2 BGB) von dem neuen Eigentümer die Herausgabe der von ihm gezogenen Nutzungen verlangen könne. Anders soll es aber sein, wenn die Besitzerlangung auf einem unwirksamen Vertrag beruhe. Dann soll eine Leistungskondiktion auch nach der Ersitzung möglich sein. Bei der Ersitzung gehe es wie bei allen anderen sachenrechtlichen Erwerbstatbeständen nur um die Zuordnung des dinglichen Rechts. Ob diese Zuordnung zu Recht bestehe und wie lange sie Bestand habe, sei jedoch keine sachenrechtliche Frage (vgl. *Staudinger/Gursky*, § 900 Rdnr. 24; *Staudinger/Wiegand*, Neubearb. 2011, § 937 Rdnr. 21; *Ermann/Artz*, BGB, 14. Aufl., § 900 Rdnr. 6; *jurisPK-BGB/Toussaint*, § 900 Rdnr. 22; *Westermann/Gursky/Eickmann*, Sachenrecht, 8. Aufl., § 51 Rdnr. 13; *BeckOK-BGB/Kindl*, Edition 36, § 937 Rdnr. 9; *NK-BGB/Meller-Hannich*, 3. Aufl., § 937 Rdnr. 11; *Siehr* in *Festschrift Stoll*, 2001, S. 373, 378 ff.).

38 bb) Nach anderer Ansicht scheiden Bereicherungsansprüche des bisherigen Eigentümers aus, da der Ersitzungserwerb seinen Rechtsgrund in sich trage (MünchKomm-BGB/*Kohler*, § 900 Rdnr. 6; MünchKomm-BGB/*Baldus*, § 937 Rdnr. 49 ff.; *Palandt/Bassenge*, 74. Aufl., § 900 Rdnr. 5, Vor § 937 Rdnr. 2; *RGRK/Pikart*, BGB, 12. Aufl., § 937 Rdnr. 20; *RGRK/Heimann-Trosien*, BGB, Vor § 812 Rdnr. 30; *PWW/Prütting*, BGB, 10. Aufl., § 937 Rdnr. 8; *Soergel/Henssler*, BGB, 13. Aufl., § 937 Rdnr. 7 ff.; *NK-BGB/Krause*, § 900 Rdnr. 13; *Prütting*, Sachenrecht, 35. Aufl., Rdnr. 450 f.; *Finkenauer*, Eigentum und Zeitablauf, 2000, S. 120 f.).

39 cc) Die letztgenannte Auffassung ist richtig. Der Erwerb durch Ersitzung trägt seinen Rechtsgrund in sich und schließt Ansprüche gegen den Erwerber aus ungerechtfertigter Bereicherung aus.

40 (1) Dass mit dem Ersitzungserwerb im Interesse der Rechtssicherheit eine endgültige Regelung eintreten und ein Rückgriff auf Bereicherungsansprüche nicht möglich sein sollte, ergibt sich zwar nicht aus dem – insoweit unergiebigem – Wortlaut der Vorschriften über die Ersitzung (§§ 900, 937 BGB), findet im Gesetz aber darin eine Stütze, dass das Recht der Ersitzung im Gegensatz zu den folgenden Erwerbstatbeständen (vgl. §§ 951, 977 BGB) keine Ausgleichsansprüche für den Rechtsverlust enthält. Dies entspricht der Vorstellung des historischen Gesetzgebers, nach der die Ersitzung den Mangel deckt, der dem sofortigen Erwerb des Eigentums entgegenstand (vgl. *Motive III*, S. 350 = *Mugdan*, *Materialien*, Bd. 3, S. 195). Bei der Buchersitzung ging der Gesetzgeber davon aus, dass die Vorschrift den Nutzen habe, dass derjenige, der nach dreißigjährigem Besitz originär das Eigentum erwerbe, auch die Einreden aus einem etwaigen Mangel seines Erwerbs zurückweisen könne, und das missliche Zurückgreifen auf lange Zeit zurückliegende Eigentumserwerbsakte vermieden werde (vgl. *Prot. II*, S. 3674 = *Mugdan*, *Materialien*, Bd. III, S. 573).

41 (2) (a) Für die Gegenauffassung sprechen keine zwingenden Gründe mehr. Sie wurde vor allem darauf gestützt, dass die nach zehnjährigem Besitz eintretende Fahrnisersitzung nach § 937 BGB den Rechtsgrund nicht in sich tragen könne, weil der Anspruch aus dem Mangel des Grundgeschäfts auf

Herausgabe des Geleisteten nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB gegen den Erwerber bis zum Ablauf der nach § 195 BGB a. F. dreißigjährigen Verjährungsfrist durchgesetzt werden könne (RGZ 130, 69, 73). Dieses Argument ist infolge der Verkürzung der für die Bereicherungsansprüche geltenden Verjährungsfristen nach §§ 195, 199 BGB auf drei bzw. zehn Jahre weggefallen (vgl. *PWW/Prütting*, BGB, § 937 Rdnr. 8).

42 (b) Die Annahme, dass die Ersitzung den Rechtsgrund in sich trägt, hat dagegen den Vorzug, dass sie einen Wertungswiderspruch zwischen Leistungs- und Eingriffskondiktion vermeidet. Warum der Eigentümer zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet sein soll, wenn er den Besitz durch eine Leistung des früheren Eigentümers erhalten hat, dagegen von dem Anspruch verschont bleiben soll, wenn er auf andere Weise den Besitz erlangt hat, ist nicht nachvollziehbar (vgl. *Soergel/Henssler*, BGB, § 937 Rdnr. 10). Solche Sonderregeln für die Leistungskondiktion sind bei einem nicht an dem rechtsgeschäftlichen Erwerb, sondern an den Eigenbesitz anknüpfenden, originären Erwerbstatbestand nicht zu rechtfertigen (vgl. *MünchKomm-BGB/Baldus*, § 937 Rdnr. 53).

43 III. Das Berufungsurteil hält der rechtlichen Prüfung demnach nicht stand, weil aus dem unter Beweis gestellten, streitigen Vorbringen des Klägers sich ein Anspruch auf Zahlung des vereinbarten Erbbauzinses ergeben kann. Die Revision rügt zu Recht, dass das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft die Beweisanträge auf Vernehmung des Bürgermeisters der Beklagten als Partei und auf Vorlage der Akten der Beklagten und der Rechtsaufsichtsbehörde zu der Behauptung des Klägers zurückgewiesen hat, die Kommunalaufsichtsbehörde habe 1974 oder 1975 ein Negativattest erteilt.

44 a) aa) Dieses Vorbringen ist schlüssig. Im Ausgangspunkt richtig ist allerdings die Unterscheidung des Berufungsgerichts zwischen einem Negativattest und einer Rechtsauskunft. Ein Negativattest ist die Entscheidung der zuständigen Behörde, dass das ihr mitgeteilte Rechtsgeschäft keiner Genehmigung bedarf (BGH, Urteil vom 22.9.2009, XI ZR 286/08, NJW 2010, 144 Rdnr. 17). Ein Bescheid mit diesem Inhalt steht der Erteilung der Genehmigung gleich, wenn der Genehmigungsvorbehalt – wie hier – allein öffentlichen Interessen dient (BGH, Urteil vom 15.3.1951, IV ZR 9/50, BGHZ 1, 294, 302; Urteil vom 28.1.1969, VI ZR 231/67, NJW 1969, 922, 923; Urteil vom 3.4.1985, I ZR 29/83, WM 1985, 1405; Urteil vom 22.9.2009, XI ZR 286/08, NJW 2010, 144 Rdnr. 17; Urteil vom 7.3.2013, IX ZR 7/12, WM 2013, 798 Rdnr. 11). Von den Negativattesten sind die bloßen Mitteilungen und Bescheinigungen der Behörden zu unterscheiden. Ihnen kommt nur eine deklaratorische, die Gerichte nicht bindende Bedeutung zu. Sie sind ohne Wirkung für das Rechtsgeschäft, das weiterhin genehmigungsbedürftig bleibt (BGH, Urteil vom 28.1.1969, VI ZR 231/67, NJW 1969, 922, 924; Urteil vom 22.9.2009, XI ZR 286/08, NJW 2010, 144 Rdnr. 22).

45 bb) Die Würdigung des Vortrags des Klägers im Berufungsurteil, diesem sei nur eine Auskunft der Kommunalaufsichtsbehörde zu entnehmen, die den Erbbaurechtsvertrag möglicherweise fehlerhaft als genehmigungsfrei angesehen habe, beruht auf unzutreffenden Anforderungen an das Vorliegen eines Negativattestes. Die Erklärung der für die Genehmigung zuständigen Behörde stellt ein Negativattest dar, wenn die

Behörde die öffentlichrechtliche Rechtslage durch Verneinung der Genehmigungsbedürftigkeit endgültig hat klären wollen (vgl. BGH, Urteil vom 28.1.1969, VI ZR 231/67, NJW 1969, 922, 923). Entsprechend dem für die Auslegung von Verwaltungsakten anzuwendenden Auslegungsgrundsatz in § 133 BGB (BGH, Urteil vom 9.12.1982, III ZR 106/81, BGHZ 86, 104, 110; BVerwG, NJW 1976, 303, 304) kommt es darauf an, ob der Empfänger (hier die beklagte Gemeinde) die Erklärung der Kommunalaufsichtsbehörde unter Berücksichtigung des mit ihr verfolgten Zwecks nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) so verstehen musste (vgl. BGH, Urteil vom 19.3.1998, IX ZR 120/97, NJW 1998, 2138, 2140; BVerwG, NVwZ 1984, 518).

46 cc) Gemessen daran ist das Vorbringen des Klägers schlüssig, die Beklagte habe den Erbbaurechtsvertrag der Kommunalaufsichtsbehörde zur Prüfung der Genehmigungsbedürftigkeit vorgelegt und diese habe den Vertrag ausdrücklich gebilligt. Die von dem Berufungsgericht für seine Ansicht gegebene Begründung, der Kläger habe nur eine Auskunft vorgetragen, weil nach seinem Vortrag die von Gemeinden als Erbbauberechtigte abgeschlossenen Verträge damals von den Kommunalaufsichtsbehörden als genehmigungsfrei angesehen worden seien, berücksichtigt nicht, dass die Behörden auch dazu berufen sind, diese Frage zu entscheiden. Hätte der Landkreis als damals zuständige Kommunalaufsichtsbehörde sich so – wie von dem Kläger vorgetragen – erklärt, wäre der Vertrag wirksam geworden (vgl. BGH, Urteil vom 15.3.1951, IV ZR 9/50, BGHZ 1, 294, 302) und die im Jahr 2012 erfolgte Versagung der Genehmigung durch das Regierungspräsidium ins Leere gegangen.

(...)

51 IV. 1. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben und die Sache zur neuen Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO).

52 2. Sollte dem Kläger der Beweis für die Behauptung eines Negativattestes nicht gelingen, wäre die Klage unbegründet. Insoweit führt das Berufungsgericht zutreffend aus, dass die Beklagte nach dem Zweck des Genehmigungsvorbehalts sich zwar nicht zugleich auf die Unwirksamkeit des Erbbaurechtsvertrags zur Abwendung einer Pflicht zur Zahlung des Erbbauzinses und auf die Ersitzung des dinglichen Rechts berufen darf. Zahlungsansprüche des Klägers ergäben sich unter dem Gesichtspunkt eines Verstoßes gegen die Grundsätze von Treu und Glauben (§ 242 BGB) daraus jedoch nur (dazu oben II. 4. b), wenn die Beklagte nicht zur Aufhebung oder zur Übertragung des Erbbaurechts auf den Kläger bereit wäre, was nach den Feststellungen des Berufungsgerichts aber der Fall ist.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Jürgen Schlögel**, Bad Aibling

Das vorliegende Urteil bietet Anlass, sich mit der Genehmigungspraxis bei Erbbaurechtsverträgen unter Beteiligung von juristischen Personen des öffentlichen Rechts und den daraus folgenden Konsequenzen für den vollziehenden Notar näher auseinanderzusetzen.

1. Kommune als Erbbaurechtsausgeber

Die in der notariellen Praxis vermutlich weitaus häufiger anzutreffende Konstellation ist diejenige einer Kommune auf der Seite des Erbbaurechtsausgebers, insbesondere im Bereich der Wirtschafts- und Städtebauförderung. Gerade im Bereich der Wohnraumschaffung im Zusammenhang mit der sozialpolitischen Zielsetzung der Einheimischenförderung hat die jüngste Rechtsprechung hierzu neue Möglichkeiten eröffnet.¹ Besondere Bedeutung gewinnt hier die Norm des Art. 75 BayGO bzw. vergleichbare Normen der einzelnen Kommunalverfassungen der Bundesländer.² Diesen Regelungen ist jeweils das Verbot immanent, gemeindliches Vermögen nicht zu verschwenden, mithin keine Veräußerungen unter Wert vorzunehmen.

Durch die Neufassung von Art. 75 BayGO im Jahr 1990³ ist zwar in Bayern die Genehmigungspflicht für Veräußerungen unter Wert entfallen, ohne jedoch die materielle Rechtslage hierzu zu ändern.⁴ Abzustellen ist für die Frage der Genehmigungspflicht auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes,⁵ sofern nicht ein späterer Wegfall des Genehmigungserfordernisses zur Beseitigung einer schwebenden Unwirksamkeit führt.⁶ Ein Verstoß gegen das Verbot der Veräußerung unter Wert führt auch nach Wegfall der Genehmigungspflicht über § 134 BGB zur Nichtigkeit des zugrundeliegenden Vertrages⁷ und erfasst dann auch das Verfügungsgeschäft.⁸

Die Bestellung des Erbbaurechts selbst wird dabei grundsätzlich nicht als Veräußerung in diesem Sinne zu sehen sein, da dem Rechtscharakter des Erbbaurechts entsprechend die Kommune Grundstückseigentümer bleibt, der Vermögensgegenstand (= Grundstück) mithin nicht veräußert wird.⁹ Der Verlust der Verfügungsbefugnis als Folge der Erbbaurechtsbestellung ist wirtschaftlich gesehen hier eher derjenigen bei Miet- bzw. Pachtverträgen vergleichbar. Anders ist dies jedoch dann zu sehen, wenn bereits bestehende Gebäude/Bauwerke im Eigentum der

1 Hierzu BGH, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 271/14, MittBayNot 2016, 179 m. Anm. *Grziwotz*; ausführlich zu Gestaltungsfragen *Schlögel*, ZfIR 2016, 175.

2 Vgl. § 92 BWGO; §§ 89, 90 BrandbGO; §§ 56, 57 MVGO; § 97 NdsGO; §§ 39, 90 NRW GemO; § 79 RhPfGO; § 97 SaarGO; § 90 SachsGO; § 105 LSA GemO; §§ 89, 90 SH GemO; § 67 ThürGO.

3 GVBl. S. 268.

4 Vgl. Ziffer 1 der BekStMI vom 15.5.1992 zur Veräußerung kommunaler Vermögensgegenstände, AllMBI. 1992, S. 535.

5 BGH, Urteil vom 4.4.1966, VIII ZR 20/64, NJW 1966, 1265; BGH, Beschluss vom 18.2.2003, KVR 24/01, NVwZ 2003, 1140.

6 BGH, Urteil vom 22.1.2016, V ZR 27/14, NJW 2016, 3162 Rdnr. 17.

7 BGH, Urteil vom 12.7.2013, V ZR 122/12, NJW 2013, 3779, 3780; vgl. *Mayer*, MittBayNot 1996, 251.

8 BGH, Urteil vom 30.1.1967, III ZR 35/65, NJW 1967, 726, 727; BGH, Urteil vom 12.7.2013, V ZR 122/12, NJW 2013, 3779, 3780; BayObLG, Beschluss vom 22.6.1995, 2 Z BR 42/95, MittBayNot 1995, 389.

9 BayObLG, Beschluss vom 1.2.1978, BReg. 2 Z 3/77, BayObLGZ 1978, 20, 21 zu Art. 75 Abs. 5 lit. a BayGO a. F.

Kommune vom Erbbaurecht erfasst werden – der mit der Erbbaurechtsbestellung verbundene Eigentumsübergang gem. § 12 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG¹⁰ ist trotz der im Regelfall vorliegenden zeitlichen Befristung des Erbbaurechts und dem bei Beendigung wieder eintretenden Eigentumserwerb des Grundstückseigentümers wegen des Verlusts der Verfügungsbefugnis der Kommune über das Bauwerk eine Veräußerung im Sinne der kommunalrechtlichen Vorschriften.¹¹ Dementsprechend ist in diesen Situationen der Gebäudewert im Rahmen einer entsprechenden Ablösevereinbarung in den Vertrag mit einzubeziehen.

Ohne vorhandenes Bauwerk ist die Erbbaurechtsbestellung als Nutzungsüberlassung i. S. v. Art. 75 Abs. 2 Satz 1 BayGO einzustufen, für die das Verbot des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayGO entsprechend gilt.¹² Dementsprechend ist bei der Ausgestaltung des Erbbaurechtsvertrages der am Grundstückswert orientierte Erbbauzins verkehrswertbezogen zu ermitteln (Art. 75 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 2 BayGO), wenn nicht die gemeindliche Aufgabenerfüllung – etwa die Sicherung preiswerten Wohnens – eine Unterwertbestellung zulässt. Insbesondere in den Bereichen der Zweckvereinbarung, der Heimfallmodalitäten und der Zustimmung zu Verfügungen/Vermietungen ist auf die Vertragsgestaltung besonderes Augenmerk zu legen.¹³

Darüber hinaus ist bei der Vereinbarung eines Ankaufsrechts nach § 2 Nr. 7 ErbbauRG zugunsten des Erbbauberechtigten Vorsicht geboten: Der damit verbundene aufschiebend bedingte Kaufvertrag über das gemeindeeigene Grundstück¹⁴ ist hinsichtlich der Bemessung der Gegenleistung gleichfalls an Art. 75 BayGO zu messen, sodass insbesondere im Hinblick auf die Laufzeit des Erbbaurechtsvertrages eine Anpassungsklausel die künftige Wertentwicklung des gemeindeeigenen Grundstücks berücksichtigen sollte.¹⁵ Abzustellen ist hierbei jedoch auf den Zeitpunkt des Abschlusses des Erbbaurechtsvertrages und die zu diesem Zeitpunkt vorhandenen wirtschaftlichen Gegebenheiten; spätere Entwicklungen insbesondere beim Vollzug des Ankaufsrechts (Auflassung) als rein dinglichem Vertrag bleiben hingegen außen vor, da es der Kommune ansonsten

anders als einer Privatperson möglich wäre, sich auf eine nachträglich eintretende Unwirksamkeit zu berufen.¹⁶ Selbstverständlich darf auch hier ein grundsätzlich vergünstigter Erwerb im Hinblick auf das gemeindliche Ziel der Schaffung vergünstigten Wohnraums vorgesehen werden.

2. Kommune als Erbbauberechtigte

Ist umgekehrt die Gemeinde Erbbaurechtsnehmer, kommt der BGH zum Ergebnis, dass der Erbbaurechtsvertrag in seiner wirtschaftlichen Konsequenz dann als kreditähnliches Rechtsgeschäft einzustufen ist, wenn – wie regelmäßig – ein wiederkehrender Erbbauzins zu bezahlen ist. Der dann genehmigungsfreie Fall des erbbauzinslosen Erbbaurechts bzw. des Erbbaurechts gegen Einmalzahlung im laufenden Haushaltsjahr¹⁷ dürfte die Ausnahme sein und bleiben. Der Argumentation des BGH ist im Ergebnis zuzustimmen, auch wenn für die notarielle Praxis das gefundene Ergebnis sicherlich überraschend war. Die wirtschaftliche Ähnlichkeit des Erbbaurechtsvertrages mit einer kreditähnlichen Verpflichtung ist im Hinblick auf den Schutzzweck der Genehmigungspflicht, die Gemeinde vor der Eingehung einer langfristigen Leistungsverpflichtung mit erheblichen Belastungen für künftige Haushaltsjahre zu schützen,¹⁸ sicherlich gegeben, wenn auch die Erbbaurechtspraxis die Höhe des Erbbauzinses auf der Basis des Nutzungswerts vereinbart und berechnet, weniger auf der Basis einer banküblichen Kreditierungsberechnung. Die Vertragsparteien werden häufig die wirtschaftlichen Folgen eines langjährigen Erbbaurechtsvertrages, insbesondere im Hinblick auf die unterschiedliche Entwicklung des Nutzungswerts und des Erbbauzinses nicht abschätzen können, sodass eine Genehmigungspflicht durchaus sinnvoll erscheint.

Zwar lässt sich – wie auch der BGH zugestehet – eine wirtschaftliche Parallele zu reinen schuldrechtlichen Nutzungsvereinbarungen, insbesondere Mietverträgen, ziehen, die genehmigungsfrei sind. Doch ist die Bindung für die Kommune durch die theoretisch zeitlich unbefristete, in praxi jedenfalls häufig über die 30-Jahres-Grenze für Mietverträge (vgl. § 544 BGB) hinausgehende Vertragslaufzeit des Erbbaurechtsvertrages und die rechtlich dem Eigentum weitgehend angenäherte Stellung des Erbbaurechtsnehmers einem kreditfinanzierten Grundstückserwerb vergleichbar. Kritisch anzumerken bleibt, dass die Abgrenzung zwischen genehmigungsfreien und genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäften bei vergleichbaren Gestaltungen – etwa bei Vereinbarung eines durch Dienstbarkeit gesicherten Nutzungsrechts gegen laufendes Entgelt – mit Schwierigkeiten behaftet sein kann. Im Hinblick auf den o. g. Schutzzweck der Genehmigungspflicht sind solche Abgrenzungsschwie-

10 Vgl. von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, 6. Aufl. 2016, § 2.51.

11 BayVGh, Urteil vom 18.12.1968, 25 IV 67, BayVBl. 1969, 286, 288 – „Augsburger Zeughausfall“; Mayer, MittBayNot 1996, 251, 259.

12 BayObLG, Beschluss vom 1.2.1978, BReg. 2 Z 3/77, BayObLGZ 1978, 20, 22; BayVGh, Urteil vom 18.12.1968, 25 IV 67, BayVBl. 1969, 286, 288 – „Augsburger Zeughausfall“; Mayer, MittBayNot 1996, 251, 258.

13 Vgl. Hertel, Einheimischenmodelle an der Schnittstelle von Öffentlichem Recht und Zivilrecht, in DNotI, Zehn Jahre DNotI, S. 81, 124 f.; Schlögel, ZfIR 2016, 175.

14 BGH, Urteil vom 12.7.2013, V ZR 122/12, NJW 2013, 3779.

15 In der Entscheidung BGH, Urteil vom 12.7.2013, V ZR 122/12, NJW 2013, 3779, war die Genehmigungspflicht bei Abschluss des Erbbaurechtsvertrages noch nicht gesetzlich begründet – es ist jedoch davon auszugehen, dass andernfalls der BGH die Vereinbarung zum Ankaufsrecht, die am seinerzeitigen Verkehrswert des Grundstücks ohne Anpassungsregelung orientiert war, als Verstoß gegen das gemeindliche Verbot der Veräußerung unter Wert gesehen hätte.

16 BGH, Urteil vom 12.7.2013, V ZR 122/12, NJW 2013, 3779, 3780.

17 BGH, Urteil vom 22.1.2016, V ZR 27/14, NJW 2016, 3162 Rdnr. 21.

18 Vgl. BGH, Urteil vom 2.4.2004, V ZR 105/03, DNotZ 2005, 375, zu § 44 Abs. 6 DDR-KommVerf, nach dem entsprechend den kommunalrechtlichen Regelungen der Bundesländer die Begründung einer Zahlungsverpflichtung, die wirtschaftlich einer Kreditverpflichtung gleichkommt, der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde unterfiel.

rigkeiten jedoch hinzunehmen. In diesen Fällen ist dem mit solchen Gestaltungen befassten Notar vorsorglich die Einholung einer entsprechenden Genehmigung anzuraten.

Für bereits abgeschlossene Verträge ist im Hinblick auf die bisher landläufig allgemein geübte Praxis, eine kommunalaufsichtliche Genehmigung nicht zu erholen, eine Pflicht des Notars – häufig vermutlich des Amtsnachfolgers des beurkundenden Notars – zur nachträglichen Einholung einer solchen Genehmigung im Sinne einer haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit abzulehnen. Nichtsdestotrotz empfiehlt es sich, zur Schaffung von Rechtssicherheit bei bekannten Fällen diese Genehmigung ggf. einzuholen.

Für künftige Fälle ist für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Genehmigung erforderlich ist, auch hier auf den Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäftes abzustellen,¹⁹ sofern nicht ein späterer Wegfall des Genehmigungserfordernisses zur Beseitigung einer schwebenden Unwirksamkeit führt.²⁰ Vereinbarungen, die in diesen Fällen die an den Erbbaurechtsnehmer (Kommune) zu zahlende Vergütung nicht am vollen Verkehrswert orientieren, unterliegen wiederum der Frage einer Unterwertveräußerung nach Art. 75 BayGO, sodass auch hier eine Gesamtschau der getroffenen Regelungen vorzunehmen ist. Für die Genehmigungsfähigkeit des Erbbaurechtsvertrages ist dabei neben der Höhe des Erbbauzinses auch der sonstige Vertragsinhalt relevant, insbesondere die Regelungen zum Heimfall und zum Zeitablauf.²¹

Im Übrigen ist eine Ausweitung der vom BGH entwickelten Gedanken auf Verbraucherkreditverträge, insbesondere die Einstufung des Erbbaurechtsvertrages als entgeltlichen Zahlungsaufschub/Finanzierungshilfe i. S. v. § 506 BGB, abzulehnen. Die Verbraucherkreditvorschriften beabsichtigen den Schutz der Verbraucher vor typischen Gefahren beim Abschluss von Konsumentenkrediten, insbesondere im Hinblick auf eine etwaige Übervorteilung durch Banken. Der Verbraucher soll daher ausreichende Informationen über die Bedingungen und Kosten des Darlehens sowie über die Verpflichtungen, die er mit dem Vertrag eingeht, erhalten.²² Verträge über die entgeltliche Nutzung eines Gegenstandes unterfallen nach § 506 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 BGB in Abgrenzung zu reinen Gebrauchsüberlassungsverträgen nur dann als entgeltliche Finanzierungshilfe den Regelungen für Verbraucherkreditverträge, wenn der Kreditgeber den Gegenstand für den Kreditnehmer beschafft und vorfinanziert.²³ Dementsprechend sind Miet-/Leasingverträge ohne Eigentumserwerbspflicht vom Anwendungsbereich eines Ver-

braucherkreditvertrages ausgenommen.²⁴ Die in § 506 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1-3 BGB aufgeführten qualifizierten Merkmale treffen auf einen Erbbaurechtsvertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher nicht zu, sodass die dort angeordnete gesetzliche Fiktion nicht greift.²⁵ Dem typischen Erbbaurechtsvertrag fehlt der von der gesetzlichen Regelung erfasste Vorfinanzierungscharakter durch den Grundstückseigentümer; vielmehr ist der Erbbauzins das Entgelt für die reine Gebrauchsüberlassung.²⁶ Daher scheidet eine Anwendbarkeit der Regelungen zum Verbraucherdarlehen – unabhängig von der kommunalrechtlichen Einstufung als kreditähnliches Rechtsgeschäft – aus.

3. Ersitzung

Der BGH betrachtet das Erbbaurecht in seiner Rechtsfolge der Ersitzung ausschließlich bezogen auf dessen Charakter als dingliches Recht, sodass in Konsequenz nur der dingliche Inhalt des Erbbaurechtsvertrages infolge der Ersitzung im Verhältnis zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten dessen Rechtsfolge unterliegt. Regelungen, die nicht dinglicher Inhalt des Erbbaurechtsvertrages sein können – wie also flankierende schuldrechtliche Vereinbarungen über etwa die Vereinbarung eines Erbbauzinses (auch mit dinglicher Sicherung über eine Reallast) oder die Vereinbarung eines Vorkaufsrechtes zugunsten des Grundstückseigentümers werden somit von der Ersitzungswirkung nicht erfasst; Gegenansichten in der Literatur lehnt der BGH ausdrücklich ab.²⁷ In rein sachenrechtlicher Hinsicht ist dem BGH i. E. zuzustimmen – Sinn und Zweck der Ersitzung ist die Anpassung der Eigentumslage an den bisher unrichtigen Grundbuchstand für alle mit Besitz und Besitzschutz verbundenen Grundstücksrechte;²⁸ auf Gutgläubigkeit kommt es insofern nicht an²⁹ und somit auch nicht auf alle weiteren in diesem Zusammenhang getroffenen Vereinbarungen zwischen Eigentümer und Erbbaurechtsnehmer. Zu diesen mit Besitzschutz verbundenen Grundstücksrechten zählt unstreitig über § 900 Abs. 2 BGB auch das Erbbaurecht.³⁰ Dieses formaljuristisch richtige Ergebnis führt jedoch – wie auch der BGH (Rdnr. 33) mit seinem Hinweis auf etwa notwendige Korrekture nach den Grundsätzen von Treu und Glauben (§ 242 BGB) erkennt – zu nicht unerheblichen Folgeproblemen im Einzelfall. Neben

19 BGH, Urteil vom 4.4.1966, VIII ZR 20/64, NJW 1966, 1265; BGH, Beschluss vom 18.2.2003, KVR 24/01, NVwZ 2003, 1140.

20 BGH, Urteil vom 22.1.2016, V ZR 27/14, NJW 2016, 3162 Rdnr. 17.

21 Winkler in Münchener Vertragshandbuch, Band 6, 7. Aufl. 2016, Muster VI. 1 Anm. 30a.

22 Mairose, RNotZ, 2012, 467.

23 MünchKomm-BGB/Schürnbrand, 7. Aufl. 2016, § 506 Rdnr. 25; BeckOK-BGB/Möller, Stand 1.8.2016, § 506 Rdnr. 9.

24 Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. d der RL 2008/48/EG, ABI. L 133 vom 22.5.2008, S. 66 ff.

25 Erwerbspflichten des Erbbaurechtsnehmers, die unter die Ziffern 1 oder 2 subsumiert werden könnten, werden im Verbrauchervertragsbereich der Inhaltskontrolle im Regelfall nicht standhalten, vgl. BGH, Urteil vom 1.3.2013, V ZR 31/12, MittBayNot 2013, 477 m. Anm. Rapp.

26 Vgl. MünchKomm-BGB/Schürnbrand, § 506 Rdnr. 32; von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbaurecht, § 6.2.

27 BGH, Urteil vom 22.1.2016, V ZR 27/14, NJW 2016, 3162, 32 f.; ablehnend Wilhelm, NJW 2017, 193, 195 f.

28 Staudinger/Gursky, Neubearb. 2016, § 900 Rdnr. 2.

29 Staudinger/Gursky, § 900 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/Kohler, § 900 Rdnr. 1; BGH, Urteil vom 26.1.1994, IV ZR 19/93, NJW 1994, 1152; Heck, Grundriss des Sachenrechts, 1930, § 32 Anm. 5: „Juristische Müllabfuhr“.

30 BGH, Urteil vom 22.1.2016, V ZR 27/14, NJW 2016, 3162, Rdnr. 32 f. m. w. N.; Siebels, MittRhNotK 1971, 439, 444.

der Konsequenz eines erbbauzinslosen Erbbaurechts (wie im vom BGH entschiedenen Fall) würde z. B. hinsichtlich der üblichen gegenseitigen Vorkaufsrechte nur dasjenige am Grundstück zugunsten des Erbbauberechtigten entstanden sein, falls man nicht davon ausgeht, dass der Bestellsungsakt von der Unwirksamkeit des Erbbaurechtsvertrages mit erfasst wird. Unzweifelhaft nicht entstanden ist jedoch dasjenige Vorkaufsrecht am Erbbaurecht zugunsten des Grundstückseigentümers – dieses ist auch nicht der Ersitzung zugänglich, da es kein Besitzrecht verleiht.³¹ Wertungstechnisch schwerer wiegen am Erbbaurecht eingetragene existenznotwendige Dienstbarkeiten wie Geh- und Fahrrechte zugunsten Dritter, die – insbesondere zum Schutz der am Grundstück zum Bestellsungszeitpunkt vorhandenen Berechtigten – inhaltsgleich im Rahmen der Erbbaurechtsbestellung am Erbbaurecht eingetragen wurden und nunmehr von der Ersitzung des Erbbaurechts nach den vorgenannten Grundsätzen nicht erfasst sind. Während nach erfolgter Eintragung des Erbbaurechts zu einem späteren Zeitpunkt eingetragene Belastungen von der Ersitzungswirkung unberührt bleiben, mithin also vom Erbbauberechtigten nicht die Löschung verlangt werden kann,³² wären im Rahmen der Erbbaurechtsbestellung zur Eintragung beantragte Rechte nicht wirksam entstanden. Wegen des Ranges im Grundbuch (§ 10 Abs. 1 ErbbauRG) wäre die Eintragung lediglich im Grundstücksgrundbuch für nachrangige Berechtigte zur Rechtsausübung nicht ausreichend. Ob diese Berechtigten wiederum über § 11 Abs. 1 ErbbauRG, § 900 Abs. 2 BGB *am Erbbaurecht* die Dienstbarkeit ersessen haben, wäre einzelfallabhängig und gerade im Hinblick auf Nutzungsdienstbarkeiten etwa am Jahresmaßstab des § 1029 BGB zu prüfen.³³ Es handelt sich sozusagen um den „umgekehrten Fall“ zu der Entscheidung des BGH über die Bestandteileigenschaft von Dienstbarkeiten im Rahmen von § 12 Abs. 3 ErbbauRG i. V. m. § 96 BGB,³⁴ bei der bereits in der Entscheidung vergleichbare Wertungsproblematiken bei wechselseitigen Dienstbarkeiten angedeutet wurden und bei der in der Literatur ein Korrektiv über § 242 BGB vorgeschlagen wird.³⁵ Andernfalls würde Dritten so das Risiko der Unwirksamkeit des Erbbaurechtsvertrages aufgebürdet werden.

Der BGH erkennt diese Wertungsprobleme und gewährt der Kommune nicht die Möglichkeit, sich einerseits auf die Ersitzung des Erbbaurechts zu berufen und andererseits Zahlungsansprüche für die Zukunft wegen fehlender Ersitzung der Reallast und unwirksamen schuldrechtlichen Vereinbarungen zur Zahlungspflicht ablehnen zu können.³⁶ Zumindest im Bereich des Vertragsschlusses mit einer juristischen Person des öffentlichen Rechts würde er Zahlungsansprüche im Hinblick auf den Zweck des Genehmigungsvorbe-

haltes bejahen, mithin über § 242 BGB ein entsprechendes Korrektiv zur Anwendung kommen lassen.³⁷ Offen bleibt dies für sonstige Beteiligte und Rechte, sodass die Praxis in künftigen Fällen insofern mit der misslichen Folge von Einzelfallentscheidungen rechnen muss.

Für eine interessengerechte Lösung wenig zielführend wäre die Übernahme der vom BGH abgelehnten Ansicht, wonach Belastungen im Rahmen der Erbbaurechtsbestellung, insbesondere die Erbbauzinsreallast, mit von der Ersitzungswirkung erfasst werden.³⁸ Zunächst wäre fraglich, ob sich diese Ersitzungswirkung dann auch auf die o. g. Vorkaufsrechte und sonstigen Rechte, insbesondere existenznotwendige Dienstbarkeiten, erstreckt. Die sich daraus ergebenden Folgeprobleme aus dem Konflikt zwischen dem ersessenen dinglichen Recht einerseits und der Unwirksamkeit der zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarungen andererseits – etwa die Möglichkeit einer Einrede nach § 821 BGB gegenüber Zahlungsansprüchen des Grundstückseigentümers³⁹ – sprechen gegen diese Lösung. Vielversprechender ist ein Ansatz über die sog. Doppelnatur des Erbbaurechts⁴⁰, welches zwar einerseits als dingliches Recht ausgestaltet ist, andererseits jedoch auch Eigentum am Bauwerk gewährt. Dementsprechend erklärt § 11 ErbbauRG die wesentlichen Grundstücksvorschriften für anwendbar und für den Bestellsungsakt auch § 311b BGB (§ 11 Abs. 1, 2 ErbbauRG). Die dingliche Einigung über die Erbbaurechtsbestellung bezieht sich im Regelfall wegen der starken wirtschaftlichen Verklammerung im Vergleich zu sonstigen dinglichen Rechten und auch im Vergleich zur Auflassungserklärung bzgl. des Parteiwillens einheitlich auch auf die flankierenden vertraglichen und schuldrechtlichen Vereinbarungen.⁴¹ Dies würde es entgegen dem BGH auch zulassen, die Ersitzungswirkung beim Erbbaurecht einheitlich auf die weiteren Vereinbarungen im Rahmen der Erbbaurechtsbestellung zu erstrecken, um die geschilderten Folgeprobleme zu vermeiden.⁴²

31 Siebels, MittRhNotK 1971, 439, 444.

32 Erman/Artz, BGB, 14. Aufl. 2014, § 900 Rdnr. 6; MünchKommBGB/Kohler, § 900 Rdnr. 6; Staudinger/Gursky, § 900 Rdnr. 23.

33 Erman/Artz, § 900 Rdnr. 9; Staudinger/Gursky, § 900 Rdnr. 28.

34 BGH, Urteil vom 17.2.2012, V ZR 102/11, MittBayNot 2013, 40 m. Anm. Satzl.

35 Ausführlich von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbau-recht, § 2.29 f.

36 BGH, Urteil vom 22.1.2016, V ZR 27/14, NJW 2016, 3162, Rdnr. 52.

37 Im entschiedenen Fall war dem Urteil des Instanzgerichts OLG Celle, vom 7.1.2014, 4 U 85/13, BeckRS 2016, 03654, zu entnehmen, dass die Kommune sich bereit erklärt hatte, das Erbbaurecht an den Eigentümer zurückzugeben und nicht die Einrede der Verjährung zu erheben.

38 So aber Wilhelm, NJW 2017, 193, 195 f., der die Reallast als Teilinhalt des Erbbaurechts begreift, unter Hinweis auf Heck, Grundriss des Sachenrechts, § 45 Anm. 4a, und die Materialien zum BGB, die entgegen dem BGH lediglich die isolierte Ersitzung von Hypotheken und sonstigen besitzlosen Rechten abgelehnt, jedoch keine Aussage zur Miterstzung bei Bestellung des von der Ersitzungswirkung erfassten Rechts behandelt hätten.

39 Wilhelm, NJW 2017, 193, 196.

40 Vgl. von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbau-recht, § 5.256.

41 Vgl. von Oefele/Winkler/Schlögel, Handbuch Erbbau-recht, § 5.29 f.

42 Konsequenz wäre dann aber letzten Endes, dass durch eine erweiterte Ersitzungswirkung der gesamte Erbbaurechtsvertrag von der Ersitzung erfasst wäre. Zumindest im Bereich der kommunalaufsichtlichen Genehmigungsvorschriften würde dadurch faktisch der Genehmigungsvorbehalt unterlaufen. Es ist nicht auszuschließen, dass dem BGH diese Rechtsfolge zu weitgehend erschien.

STEUERRECHT

28. Pflegeheim-GmbH: Erbschaft als Betriebseinnahme

BFH, Urteil vom 6.12.2016, I R 50/16 (Vorinstanz: FG Niedersachsen, Urteil vom 28.6.2016, 10 K 285/15)

KStG § 8 Abs. 2
ErbStG § 7 Abs. 2

LEITSATZ:

Die für den Betrieb einer Pflegeheim-GmbH bestimmte Erbschaft unterliegt ungeachtet ihrer erbschaftsteuerrechtlichen Belastung der Körperschaftsteuer (Anschluss an BFH, Urteil vom 14.3.2006, VIII R 60/03, BFHE 212, 535, BStBl. II 2006, 650).

SACHVERHALT:

1 I. Die klagende GmbH betreibt ein Seniorenpflegeheim. Sie wurde mit notariell beurkundetem Testament von ihrem ledigen Heimbewohner H mit der Auflage zu dessen Alleinerbin eingesetzt, das Erbvermögen ausschließlich für Zwecke des Heimbetriebs (Instandhaltung, Modernisierung etc.) zu verwenden; zugleich ernannte H eine Testamentsvollstreckerin, die u. a. die Aufgabe hatte, die zweckgebundene Verwendung des Nachlasses zu überwachen. H wurde vom beurkundenden Notar darüber belehrt, dass seine letztwillige Verfügung dem Annahmeverbot des § 14 HeimG unterliege und die hiernach erforderliche Ausnahmegenehmigung von der zuständigen Behörde bereits erteilt worden sei. (...)

2 Das beklagte FA setzte zum einen mit Bescheid für den Nachlasserbwerb (Gesamtwert: 1.050.902 €) Erbschaftsteuer i. H. v. 300.510 € fest. Zum anderen erhöhte es den von der Klägerin erklärten Gewinn des Streitjahrs (2012) um das ihr nach Abzug der Testamentsvollstreckungskosten verbliebene (Erb-)Vermögen (1.041.659,65 €) und setzte die Körperschaftsteuer 2012 mit Bescheid auf 172.576 € fest. Einspruch und Klage blieben ohne Erfolg. Das FG hat hierzu u. a. ausgeführt, dass die testamentarische Zuwendung das Betriebsvermögen der Klägerin vermehrt und sie die Zuwendung ausschließlich aufgrund ihrer gewerblichen Betätigung erlangt habe (FG Niedersachsen, Urteil vom 28.6.2016, 10 K 285/15, EFG 2016, 1366).

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. Die Revision ist nicht begründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zu Recht angenommen, dass die Erbschaft das Einkommen der Klägerin im Streitjahr (2012) erhöht hat (§ 8 Abs. 1 Satz 1 KStG i. V. m. § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG; jeweils in der für das Streitjahr geltenden Fassung).

6 1. Da die Klägerin als inländische Kapitalgesellschaft nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtig ist, sind alle von ihr erzielten Einkünfte gemäß § 8 Abs. 2 KStG als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu behandeln. Hieraus ist nach ständiger Rechtsprechung des BFH abzuleiten, dass eine solche Kapitalgesellschaft ertragsteuerrechtlich über keine außerbetriebliche Sphäre verfügt, die ihr zuzurechnenden Wirtschaftsgüter ausnahmslos als Betriebsvermögen zu qualifizieren sind (grundlegend Senatsurteil vom 4.12.1996, I R 54/95, BFHE 182, 123) und der Bereich ihrer gewerblichen

Gewinnerzielung sämtliche Einkünfte umfasst, gleichviel in welcher Form und Art sie ihr zufließen (Senatsurteil vom 28.2.1956, I 92/54 U, BFHE 62, 416 = BStBl. III 1956, 154; Senatsbeschluss vom 15.2.2012, I B 97/11, BFHE 236, 458, BStBl. II 2012, 697; dazu BVerfG, Beschluss vom 12.5.2015, 2 BvR 1407/12, 2 BvR 1608/12). Erfasst werden deshalb auch Vermögensmehrungen, die nicht unter eine der sieben Einkunftsarten des § 2 Abs. 1 EStG fallen (Senatsurteil vom 22.8.1990, I R 67/88, BFHE 162, 439 = BStBl. II 1991, 250), mithin auch Vermögenszugänge aufgrund unentgeltlicher Zuwendungen einschließlich des im anhängigen Verfahren zu beurteilenden Erbanfalls (Senatsurteile, BFHE 62, 416 = BStBl. III 1956, 154; vom 24.3.1993, I R 131/90, BFHE 171, 185 = BStBl. II 1993, 799; FG Nürnberg, Urteil vom 29.7.2010, 4 K 392/2009, EFG 2011, 361; FG Niedersachsen, Urteil vom 28.6.2016, 10 K 285/15, EFG 2016, 1367).

7 2. Der Erfolgswirksamkeit des Erbanfalls steht das als handelsrechtlicher Grundsatz ordnungsmäßiger Buchführung auch für den Steuerbilanzausweis zu beachtende Realisationsprinzip des § 252 Abs. 1 Nr. 4 Hs. 2 HGB i. V. m. § 5 Abs. 1 EStG und § 8 Abs. 1 KStG nicht entgegen (dazu BFH, Urteil vom 14.3.2006, VIII R 60/03, BFHE 212, 535 = BStBl. II 2006, 650; *Tiedchen in Herrmann/Heuer/Raupach*, § 5 EStG Rdnr. 399 „Bestrittene Forderungen“ a. E.). Zwar unterfallen letztwillige Verfügungen, die dem Heimträger bekannt geworden sind, grundsätzlich dem präventiven Verbot des § 14 Abs. 1 HeimG i. V. m. § 134 BGB (siehe zu Einzelheiten – einschließlich der Fortgeltung der Vorschrift in Niedersachsen gemäß Art. 125a Abs. 1 i. V. m. Art. 74 Abs. 1 Nr. 7 GG – *Dickmann/Karl*, Heimrecht, 11. Aufl. 2014, D. III. Rdnr. 20, 23, 53). Im Streitfall wurde H jedoch vor Errichtung des Testaments eine Ausnahmegenehmigung gemäß § 14 Abs. 6 HeimG erteilt; hinzu kommt, dass die Wirksamkeit der Erbeinsetzung der Klägerin nach den Feststellungen der Vorinstanz von keiner Seite bestritten wurde.

8 3. Der auf der Erbschaft der Klägerin beruhende steuerbilanzielle Gewinn ist nicht durch den Abzug einer Einlage zu neutralisieren (§ 4 Abs. 1 Satz 1 und § 5 Abs. 1 Satz 1 EStG i. V. m. § 8 Abs. 1 KStG).

9 a) Kennzeichen einer Einlage ist die durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasste Zuführung von Wirtschaftsgütern (Senatsurteil vom 15.4.2015, I R 44/14, BFHE 249, 493 = BStBl. II 2015, 769; einschließlich Wegfall von Passivposten). Dementsprechend hat der Senat in ständiger Rechtsprechung auch unentgeltliche (freigebige) Zuwendungen eines Gesellschafters ebenso wie den Sachverhalt, dass der Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft diese zur Erbin einsetzt, als Einlage angesehen (Urteile, BFHE 62, 416 = BStBl. III 1956, 154; BFHE 171, 185 = BStBl. II 1993, 799). Im Streitfall ist dies jedoch ausgeschlossen. Dabei hat der Senat nicht dazu Stellung zu nehmen, ob und unter welchen Voraussetzungen die testamentarische Verfügung eines Dritten, mit der eine Kapitalgesellschaft als Erbin bedacht wird, ertragsteuerrechtlich als mittelbar (verdeckte) Einlage des Gesellschafters gedeutet werden kann (siehe hierzu allgemein *Gosch/Roser*, KStG, 3. Aufl., § 8 Rdnr. 110). Hierauf ist deshalb nicht einzugehen, weil die Klägerin die Erbschaft nicht aufgrund etwaiger persönlicher oder beruflicher Beziehungen zwischen H und ihren

Gesellschaftern, sondern – so die Feststellungen der Vorinstanz – die letztwillige Zuwendung ausschließlich aufgrund ihrer (eigenen) gewerblichen Betätigung erlangt habe und diese Würdigung den Senat bindet (§ 118 Abs. 2 FGO). Sie wird zudem – im Einklang mit den Erwägungen des BFH-Urteils in BFHE 212, 535 = BStBl. II 2006, 650 – vor allem durch die Verwendungsbestimmungen des Erblassers zugunsten des Betriebs der Klägerin gestützt.

10 b) Anderes ergibt sich nicht aus der mit dem Gesetz zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 7.12.2011 (BGBl. 2011 I, 2592, BStBl. I 2011, 1171) eingefügten Regelung des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG, nach der als Schenkung auch die Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft gilt, die eine an der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligte natürliche Person oder Stiftung (Bedachte) durch die Leistung einer anderen Person (Zuwendender) an die Gesellschaft erlangt. Zu berücksichtigen ist insoweit nicht nur, dass die Vorinstanz keine Feststellungen zum Gesellschafterkreis der Klägerin getroffen hat, darüber hinaus es mit Rücksicht auf die systematische Stellung in § 7 ErbStG zweifelhaft ist, ob zu den Leistungen i. S. v. § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG auch der Erbanfall zu rechnen ist (ablehnend *Gebel* in *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, § 7 Rdnr. 414) und das FA – mutmaßlich im Hinblick auf die Anweisung zu Tz 3.2 der gleich lautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 14.3.2012 (BStBl. I 2012, 331), denen zufolge Leistungen gesellschaftsfremder Dritter an die Kapitalgesellschaft, die darauf abzielen, diese zu bereichern, nicht unter § 7 Abs. 8 ErbStG fallen, sondern als steuerbare Zuwendung an die Kapitalgesellschaft zu erfassen sind (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) – die Erbschaftsteuer gegenüber der Klägerin aufgrund des Erwerbs von Todes wegen (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) – bestandskräftig – festgesetzt hat. Gegen die Anwendbarkeit von § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG im anhängigen – die Körperschaftsteuer der Klägerin betreffenden – Verfahren spricht vor allem, dass diese Bestimmung nach dem Willen des Gesetzgebers darauf gerichtet ist, im Wege einer Fiktion („gilt“) die aufgrund der Rechtsprechung des BFH zum Schenkungsteuerrecht (vgl. z. B. BFH, Urteil vom 9.12.2009, II R 28/08, BFHE 228, 169 = BStBl. II 2010, 566) bestehenden Besteuerungslücken in Fällen zu schließen, in denen (disquotale) Einlagen der Gesellschafter oder Zuwendungen eines Dritten an die Kapitalgesellschaft nicht auf eine originäre Bereicherung der Kapitalgesellschaft, sondern auf die mittelbare Bereicherung der (Mit-)Gesellschafter abzielen (so BT-Drucks. 17/7524, S. 20 f.). Die Vorschrift ist mithin – selbst im Rahmen ihres Tatbestands – lediglich auf die Modifikation der schenkungsteuerrechtlichen Folgen solcher Zuwendungen gerichtet, nicht hingegen kann sie dazu führen, die dargestellte und auf den tatsächlichen Verhältnissen fußende ertragsteuerrechtliche Beurteilung (hier: ausschließliche Absicht der Mehrung des Betriebsvermögens der Klägerin) im Wege einer Fiktion durch die Annahme einer Zuwendung an die Gesellschafter der Klägerin und einer hierauf gestützten mittelbar verdeckten Einlage umzuqualifizieren (a. A. *Keß*, ZEV 2015, 254, 257). Letzteres bedürfte – auch unter dem Gesichtspunkt der Einheit der Rechtsordnung – einer ausdrücklichen gesetzlichen Anordnung (vgl. aus Sicht des Erbschaftsteuerrechts

auch BFH, Urteil vom 17.4.1996, II R 16/93, BFHE 180, 464 = BStBl. II 1996, 454).

11 4. Die Geltung der vorstehenden Grundsätze wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass sie unter den Voraussetzungen des Streitfalls mit einer Kumulation von Körperschaftsteuer und Erbschaftsteuer (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 und § 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) einhergehen. Insbesondere schließen beide Besteuerungstatbestände einander – auch bezogen auf den nämlichen Vorgang (Erbfall) – tatbestandlich nicht aus.

12 a) Letzteres entspricht dem BFH-Urteil in BFHE 212, 535 = BStBl. II 2006, 650, das die betrieblich bedingte Erbeinsetzung eines Seniorenheims in der Rechtsform einer GbR betraf und für das Verhältnis von Einkommen- und Erbschaftsteuer eine tatbestandliche Alternativität mit der Begründung verneinte, dass dem Gewerbebetrieb und damit dem steuerbaren Bereich des § 15 EStG alle betrieblich veranlassten Zuwendungen zuzuordnen und hierzu bei Vorliegen eines wirtschaftlichen Bezugs zum Betrieb auch unentgeltliche und der Schenkungsteuer unterliegende Zuwendungen zu rechnen seien (gleiche Ansicht BFH, Urteil vom 6.9.1990, IV R 125/89, BFHE 161, 552 = BStBl. II 1990, 1028).

13 b) Hieran ist auch mit Rücksicht auf die Folgerechtsprechung des BFH jedenfalls für den im anhängigen Verfahren zu beurteilenden Sachverhalt festzuhalten.

14 aa) Dies gilt zunächst für die (jüngere) Rechtsprechung des II. Senats des BFH, nach der es sich bei (nicht betrieblich veranlassten) Zuwendungen im Verhältnis von Kapitalgesellschaften und ihren Gesellschaftern (und umgekehrt) um gesellschaftsrechtliche Vorgänge handele, die als Gewinnausschüttungen, Kapitalrückzahlungen oder Einlagen anzusehen seien und damit keine unentgeltlichen (freigebigen) Zuwendungen begründen könnten (BFH, Urteil vom 20.1.2016, II R 40/14, BFHE 252, 453; BFH, Beschluss vom 2.9.2015, II B 146/14, BFH/NV 2015, 1586). Auch dies bedarf vorliegend keiner Erörterung. Zum einen ist im anhängigen Verfahren nicht die Erbschaftsteuerfestsetzung, sondern die Höhe des körperschaftsteuerrechtlichen Gewinns der Klägerin im Streit; zum anderen ist nicht über Vermögensübertragungen, die ihre Veranlassung im Gesellschaftsverhältnis zur Klägerin haben, sondern über (ausschließlich) betrieblich veranlasste Zuwendungen Dritter zu entscheiden, die mit der Klägerin nicht gesellschaftsrechtlich verbunden sind.

15 bb) Nichts anderes ergibt sich aus den Erwägungen des VIII. Senats des BFH, nach denen dann, wenn der nämliche Sachverhalt sowohl der Einkommen- als auch der Schenkung- oder Erbschaftsteuer unterfalle, die Einkommensteuer zurücktreten müsse, weil die Schenkung/der Erbanfall nicht Gegenstand einer auf die Einkunftserzielung am Markt gerichteten Erwerbshandlung sei und damit nicht zu den Einkünften i. S. v. § 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 7 EStG gehöre (BFH, Beschluss vom 12.9.2011, VIII B 70/09, BFH/NV 2012, 229; BFH, Urteil vom 20.10.2015, VIII R 40/13, BFHE 252, 260 = BStBl. II 2016, 342; ähnlich *Crezelius*, ZEV 2015, 392, 395; Erbeinsetzung ist privater Vorgang). Abgesehen davon, dass auch diese Entscheidungen sich nicht mit den Gründen des BFH-Urteils in BFHE 212, 535 = BStBl. II 2006, 650, auseinandersetzen und die Klägerin des anhängigen Verfahrens

nach den tatrichterlichen Feststellungen wegen ihres Pflegeheimbetriebs, d. h. wegen ihrer „Tätigkeit am Markt“ zur Erbin des H eingesetzt wurde, ist – wie erläutert – die Erfolgswirksamkeit einer Vermögensmehrung bei einer unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Kapitalgesellschaft aufgrund der Gewerblichkeitsfiktion des § 8 Abs. 2 KStG nicht daran gebunden, dass die Vermögensmehrung den Einkunftsstatbeständen des Einkommensteuergesetzes zugeordnet werden kann.

16 cc) Ähnliches gilt für den BFH, Beschluss vom 6.12.2013, VI B 89/13 (BFH/NV 2014, 511), nach dem die Zuwendung eines Dritten an einen Arbeitnehmer im Sinne einer tatbestandlichen Alternativität entweder als freigebige, d. h. unentgeltliche, Zuwendung (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) oder als Gegenleistung für die Arbeitsleistung, d. h. als Arbeitslohn (§ 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG), zu erfassen und deshalb eine doppelte Besteuerung des nämlichen Vorgangs ausgeschlossen sei. Auch diese Rechtsprechung gründet auf einer tatbestandlichen Begrenzung des Umfangs steuerbarer (Lohn-) Einkünfte (vgl. BFH, Urteil, BFHE 212, 535 = BStBl. II 2006, 650) und damit auf einer Beschränkung, die der durch die umfassende Annahme eines Gewerbebetriebs gekennzeichnete Besteuerungszugriff gemäß § 8 Abs. 2 KStG nicht kennt.

17 5. Das durch den Erbanfall bei der Klägerin bedingte Zusammentreffen von Körperschaftsteuer und Erbschaftsteuer verstößt schließlich nicht gegen Verfassungsrecht.

18 a) Auszugehen ist hierbei davon, dass die Bundesrepublik Deutschland über kein einheitliches Steuersystem verfügt, das Grundgesetz selbst vielmehr eine Vielzahl von Steuern kennt (vgl. Art. 105 ff. GG) und es deshalb auch keinen Verfassungsgrundsatz des Inhalts gibt, dass alle Steuern aufeinander abgestimmt und Lücken sowie eine mehrfache Besteuerung des nämlichen Sachverhalts vermieden werden müssten (BVerfG, Beschluss vom 8.1.1999, 1 BvL 14/98, BStBl. II 1999, 152). Demgemäß ist es beispielsweise nicht zu beanstanden, dass der nämliche Gewinn sowohl der Einkommen- oder Körperschaftsteuer sowie zusätzlich der Gewerbesteuer unterworfen wird. Nichts anderes gilt – wie auch die Milderungsregelung des § 35b EStG verdeutlicht (vgl. *Schmidt/Kulosa*, EStG, 35. Aufl., § 35b Rdnr. 1; *Blümich/Schallmoser*, § 35b EStG Rdnr. 1; *Fischer in Kirchhof/Fischer*, EStG, 15. Aufl., § 35b Rdnr. 1) – für eine Kumulation von Ertrag- und Erbschaftsteuer (BFH, Urteile vom 17.2.2010, II R 23/09, BFHE 229, 363 = BStBl. II 2010, 641; vom 18.1.2011, X R 63/08, BFHE 232, 441 = BStBl. II 2011, 680; FG Nürnberg, Urteil, EFG 2011, 361; FG Saarland, Urteil, EFG 2012, 922).

19 b) Das Zusammentreffen von Erbschaft- und Körperschaftsteuer verstößt ferner nicht deshalb gegen Art. 3 Abs. 1 GG, weil bei einem Erbanfall, der bei einer natürlichen Person neben der Erbschaftsteuer auch der Einkommensteuer unterliegt (dazu BFH, Urteil in BFHE 212, 535 = BStBl. II 2006, 650), letztere Steuerbelastung durch die Tarifvorschrift des § 35b EStG gemildert wird, während eine solche Entlastung im Rahmen der Körperschaftsteuerfestsetzung nicht gewährt wird (dazu Senatsurteil vom 14.9.1994, I R 78/94, BFHE 176, 122 = BStBl. II 1995, 207; *Schmidt/Kulosa*, a. a. O., § 35b Rdnr. 3 m. w. N.; *Blümich/Schallmoser*, § 35b EStG Rdnr. 7). Zu berücksichtigen ist insoweit, dass Art. 3 Abs. 1 GG kein

allgemeines Verfassungsgebot einer rechtsformneutralen Besteuerung enthält und deshalb in der Abschirmung der Vermögenssphäre der Kapitalgesellschaft und ihrer hieran anknüpfenden eigenständigen Steuerpflicht ein hinreichender sachlicher Grund für die unterschiedliche steuerrechtliche Behandlung gegenüber dem Sachverhalt zu sehen ist, dass die nämliche gewerbliche Tätigkeit durch eine natürliche Person eigenständig oder aufgrund ihrer Beteiligung an einer dem sog. Transparenzprinzip unterliegenden Personengesellschaft ausgeübt wird (z. B. BVerfG, Beschluss vom 24.3.2010, 1 BvR 2130/09, HFR 2010, 756; Senatsurteil vom 5.9.2001, I R 27/01, BFHE 196, 293 = BStBl. II 2002, 155; BFH, Urteil vom 13.7.2016, VIII R 56/13, BFHE 254, 398 = BStBl. II 2016, 936). Demgemäß obliegt es auch dem Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers, ob er die progressive Einkommensteuerbelastung gemäß § 32a EStG mit Rücksicht auf die Erbschaftsteuerbelastung der Einkünfte abfedert (§ 35b EStG) und ob sowie in welcher Form er diese Entlastung auf den linearen Körperschaftsteuertarif gemäß § 23 Abs. 1 KStG (im Streitjahr: 15 %) erstreckt.

20 c) Schließlich verstößt die aus dem Erbanfall resultierende Steuerbelastung auch nicht gegen die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG. Abgesehen davon, dass aus der Vorschrift nach zwischenzeitlich ständiger Rechtsprechung keine allgemein verbindliche, absolute Belastungsobergrenze im Sinne eines „Halbteilungsgrundsatzes“ abzuleiten ist und auch eine Gesamtbelastung von (rund) 60 % des erworbenen Vermögens nicht gegen das Übermaßverbot verstößt (BVerfG, Beschlüsse vom 18.1.2006, 2 BvR 2194/99, BVerfGE 115, 97; vom 7.4.2015, 1 BvR 1432/10, HFR 2015, 695; BFH, Urteil, BFHE 232, 441 = BStBl. II 2011, 680), kommt im Streitfall hinzu, dass die Klägerin von der Gewerbesteuer befreit (§ 3 Nr. 20 GewStG) und der Erbanfall deshalb insgesamt mit Steuern (Erbschaft- und Körperschaftsteuer) in Höhe von (lediglich) 45 % belastet war.

(...)

29. Steuerrechtliche Bewertung einer GmbH-Anteilsveräußerung für 0 €

BFH, Urteil vom 3.8.2016, IX R 23/15 (Vorinstanz: FG Düsseldorf, Urteil vom 19.3.2015, 8 K 1885/13 E, F)

EStG § 17 Abs. 1

LEITSATZ:

Haben die Parteien eines Anteilsübertragungsvertrags eine Veräußerung vereinbart und die Gegenleistung im Vertrag mit 0 € festgelegt, so ergibt sich daraus, dass sie aus ihrer Sicht, d. h. subjektiv, übereinstimmend dem übertragenen Geschäftsanteil keinen Wert bemessen haben. Liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Beteiligten diese Vereinbarung nur zum Schein geschlossen haben, besteht für die davon abweichende Annahme einer subjektiven Bewertung mit einem höhe-

ren Wert als 0 € ungeachtet der persönlichen Motive für die Übertragung und die Übernahme des Übertragungsgegenstands durch den Erwerber kein Raum.

SACHVERHALT:

1 I. Streitig ist, ob der Kläger zwei GmbH-Geschäftsanteile zum Preis von 0 € (mit Verlust) veräußert hat.

2 Der Kläger war mit einem Geschäftsanteil von 25.000 € Alleingesellschafter der A-GmbH. Durch notariellen Vertrag vom 22.12.2010 übertrug er seinen Geschäftsanteil zum vereinbarten Kaufpreis von 0 € auf die B-GmbH. Aus diesem Vorgang ermittelte der Kläger einen Veräußerungsverlust in Höhe des verlorenen Stammkapitals von 25.000 €.

3 An der B-GmbH waren ursprünglich der Kläger, drei Geschwister des Klägers und die Mutter mit Einlagen von jeweils 5.000 € beteiligt. Die Mutter hatte auf ihren Geschäftsanteil weitere Einzahlungen in die Kapitalrücklage in Höhe von insgesamt 2.920.000 € erbracht. Im Gesellschaftsvertrag der B-GmbH ist insoweit vereinbart, dass der Gesellschafter, der den Zuschuss geleistet hat, von der Gesellschaft die Rückzahlung verlangen kann, wenn und soweit sie die entsprechende Rücklage nicht mehr benötigt. Dasselbe gilt für den Rechtsnachfolger.

4 Nach dem Tod der Mutter im April 2010 übertrugen die Miterben deren Geschäftsanteil in Erfüllung eines Vorausvermächtnisses auf den Kläger. Dieser war danach mit zwei Geschäftsanteilen von jeweils 5.000 € zu insgesamt 40 % an der Gesellschaft beteiligt. Aus dem ehemaligen Geschäftsanteil der Mutter bildeten die Gesellschafter sodann drei Teilgeschäftsanteile. Diese übertrug der Kläger durch notariellen Vertrag vom 22.12.2010 zum Preis von jeweils 0 € auf seine an der B-GmbH beteiligten Geschwister. Aus diesem Vorgang ermittelte der Kläger einen Veräußerungsverlust von 2.925.000 € (Verlust des Stammkapitals von 5.000 €; Verlust des Anspruchs auf Rückgewähr der Einlagen von 2.920.000 €).

5 Gesellschaftszweck beider Gesellschaften ist die Verwaltung eigenen Vermögens. Die A-GmbH und die B-GmbH sind die beiden einzigen Gesellschafter der C-GbR und der D-GbR. An beiden Gesellschaften ist die A-GmbH zu jeweils 25 % und die B-GmbH zu jeweils 75 % beteiligt.

6 Das Vermögen der C-GbR und der D-GbR besteht aus Anteilen an geschlossenen Immobilienfonds. Die Fonds vermitteln die Beteiligung an mit öffentlichen Mitteln geförderten und langfristig vermieteten Mehrfamilienhäusern. Damit war unter bestimmten Umständen eine begrenzte Nachschusspflicht für die Fondsgesellschafter (die C-GbR und die D-GbR) verbunden. Die Fonds erwirtschafteten auf absehbare Zeit keine laufenden Gewinne. Nach Angaben des Klägers kann aber bei späterer Veräußerung von Immobilien aus dem Fondsvermögen ein ausschüttungsfähiger Veräußerungsgewinn entstehen. Entnahmefähige laufende Gewinne können theoretisch entstehen, wenn die Mieten erheblich steigen und sich die Darlehenslasten der Fonds entsprechend verringern.

7 Der Kläger meint, die GmbH-Geschäftsanteile seien im Zeitpunkt ihrer Übertragung objektiv wertlos gewesen. Das in Rücklagen gebundene Eigenkapital (der B-GmbH) habe wegen der drohenden Nachschusspflicht nicht zur Verfügung gestanden. Für die mittelbar von den GmbHs gehaltenen Fondsanteile hätte ein potenzieller Erwerber einen Kaufpreis nicht entrichtet. Demgemäß sei der Anteil der Mutter an der B-GmbH für Zwecke der Erbschaftsteuer zutreffend mit 0 € bewertet worden.

8 Das beklagte FA lehnte die Berücksichtigung der erklärten Veräußerungsverluste ab. Der Kläger habe die Anteile nicht veräußert, sondern verschenkt.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

11 II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und Zurückverweisung der Sache an das FG (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Das FG hat zu Unrecht angenommen, die Beteiligten der Übertragungsverträge seien subjektiv von der Werthaltigkeit der Geschäftsanteile ausgegangen.

12 I. Nach § 17 Abs. 1 Satz 1 EStG gehört zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb auch der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft.

13 a) Veräußerung ist die Übertragung von Anteilen gegen Entgelt (st. Rspr.; vgl. nur BFH, Urteil vom 1.8.1996, VIII R 4/92, BFH/NV 1997, 215; und Senatsurteil vom 7.7.2011, IX R 2/10, BFHE 234, 199 = BStBl. II 2012, 20). Der Erwerber muss grundsätzlich eine Gegenleistung erbringen. Eine Veräußerung kann allerdings auch vorliegen, wenn ein Entgelt nicht oder lediglich in symbolischer Höhe von zum Beispiel 1 € vereinbart und geleistet wird. Das ist der Fall, wenn der übertragene Anteil sowohl in den Augen der Vertragsparteien als auch objektiv wertlos ist (st. Rspr.; BFH, Urteile vom 5.3.1991, VIII R 163/86, BFHE 164, 50 = BStBl. II 1991, 630; vom 18.8.1992, VIII R 13/90, BFHE 169, 90 = BStBl. II 1993, 34; vom 18.8.1992, VIII R 90/89, BFH/NV 1993, 158; vom 6.4.2011, IX R 61/10, BFHE 233, 446 = BStBl. II 2012, 8).

14 b) Ob in einem solchen Fall eine Veräußerung (ohne Entgelt) oder eine Schenkung (ohne Bereicherung) vorliegt, richtet sich nach dem Gesamtbild der objektiven Umstände sowie dem Willen und den Vorstellungen der Parteien (BFH, Urteil, BFHE 164, 50 = BStBl. II 1991, 630; BFH, Beschluss vom 4.8.2008, IX B 85/08). Bei der Übertragung eines wertlosen GmbH-Anteils ohne Entgelt zwischen fremden Dritten ist in der Regel eine Veräußerung anzunehmen (BFH, Urteile, BFHE 169, 90 = BStBl. II 1993, 34; in BFH/NV 1997, 215). Diese Vermutung hat jedoch keine Grundlage für Verträge zwischen einander nahestehenden Personen, denn bei ihnen kann nicht unterstellt werden, dass sie Leistung und Gegenleistung im Regelfall nach kaufmännischen Gesichtspunkten ausgehandelt haben.

15 c) Haben einander nahestehende Personen für die Übertragung eines Anteils keinen oder lediglich einen symbolischen Kaufpreis vereinbart, kann eine Veräußerung (ohne Gegenleistung) nur angenommen werden, wenn feststeht, dass der übertragene Anteil sowohl in den Augen der Vertragsparteien als auch objektiv wertlos ist. Dies erfordert im Regelfall eine Bewertung des Anteils.

16 d) Nach der Rechtsprechung des BFH ist die Feststellung der Wertlosigkeit eines Anteils eine Schlussfolgerung aus Tatsachen, die allein dem FG als Tatsacheninstanz obliegt (BFH, Urteil, BFH/NV 1997, 215). In diesem Zusammenhang hat der BFH bislang keine rechtlichen Vorgaben dazu gemacht, welche Tatsachen das FG ggf. feststellen muss, welche Schlüsse es daraus ziehen darf (BFH, Beschluss vom 30.11.1994, VIII B 28/94, BFH/NV 1995, 386) und nach welcher Methode der Wert eines Anteils zu bestimmen ist. Entscheidend kommt es vielmehr auf die Umstände des Einzelfalls an (BFH, Urteile in BFH/NV 1997, 215; vom 8.4.2014, IX R 4/13, BFH/NV 2014, 1201).

17 2. Nach diesen Maßstäben kann die angefochtene Entscheidung keinen Bestand haben.

18 a) Das FG hat zur Begründung seines Urteils im Wesentlichen ausgeführt, die übertragenen Anteile seien jedenfalls subjektiv – in den Augen der Vertragsparteien – nicht wertlos gewesen. Auf ihren objektiven Wert komme es deshalb nicht an. Der Kläger habe selbst dargelegt, dass in Zukunft aus der Veräußerung von Fondsimmobilen entnahmefähige Gewinne zu erwarten seien. Zwar habe diese noch ungesicherte Erwartung möglicherweise keine Grundlage für die Vereinbarung eines über 0 € hinausgehenden Kaufpreises dargestellt. Allein aus dem Umstand, dass die Erwerber die Anteile übernommen hätten, lasse sich jedoch ersehen, dass sie sie nicht für wertlos gehalten hätten. Der Kläger habe außerdem nach eigenem Bekunden mit der Übertragung des Geschäftsanteils auf seine Geschwister eine in dem vorangegangenen Vermächtnis liegende Bevorzugung seiner Person rückgängig machen wollen. Darin komme zum Ausdruck, dass auch der Kläger dem Anteil einen Wert (Vorzug) beigemessen habe. Derart subjektive Wertvorstellungen entzögen sich einer konkreten Bezifferung. Sie ließen sich auch nicht auf einen bestimmten Stichtag beziehen. Einer konkreten Bewertung bedürfe es aber auch nicht. Ob die übertragenen Geschäftsanteile, wie vom Kläger dargelegt und vom FA nicht bestritten, objektiv wertlos gewesen seien, könne nach allem dahinstehen.

19 b) Diese Würdigung des FG ist nicht möglich. Sie widerspricht dem eindeutigen Inhalt der notariellen Übertragungsverträge, in denen für die Übertragung der Geschäftsanteile

jeweils eine Gegenleistung von 0 € vereinbart worden ist. Darin kommt in nicht weiter auslegungsfähiger Weise zum Ausdruck, dass die Parteien der Übertragungsverträge dem Übertragungsgegenstand aus ihrer Sicht (subjektiv) übereinstimmend keinen Wert beigemessen haben. Anhaltspunkte dafür, dass die Beteiligten diese Vereinbarung nur zum Schein geschlossen haben, hat das FG nicht festgestellt. Jenseits dessen besteht aber für die davon abweichende Annahme einer subjektiven Bewertung mit einem höheren Wert als 0 € ungeachtet der persönlichen Motive für die Übertragung und die Übernahme des Übertragungsgegenstands durch den Erwerber kein Raum.

20 3. Die Sache ist nicht spruchreif. Auf der Grundlage der tatsächlichen Feststellungen des FG kann der Senat nicht selbst entscheiden, ob die GmbH-Geschäftsanteile im Zeitpunkt ihrer Übertragung objektiv wertlos waren. Dies wird das FG unter Bewertung der von den GmbHs mittelbar gehaltenen Fondsbeteiligungen nachzuholen haben. Das FG wird dabei auch erwägen, ob es – von Amts wegen oder auf entsprechenden Antrag hin – gehalten ist, ein Sachverständigengutachten einzuholen (vgl. dazu BFH, Urteile vom 16.12.2015, IV R 18/12, BFHE 252, 408 = BStBl. II 2016, 346; und vom 18.6.2015, IV R 6/11, BFH/NV 2015, 1381).

(...)

SONSTIGES

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Streifzug durch das GNotKG, 12. Auflage 2017 (Stand 1.3.2017)

Übersicht über wichtige Änderungen, Klarstellungen und Neuerungen gegenüber der 11. Auflage 2015

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Mit der nachfolgenden Übersicht soll dem Praktiker ein Überblick über die wichtigsten Änderungen des Streifzugs gegenüber der Voraufgabe gegeben werden.

I. Aufbau des Streifzugs

- a) Der bisherige bewährte Aufbau, nämlich Behandlung der einzelnen Sachgebiete in alphabetischer Reihenfolge, wurde auch bei der Neuauflage beibehalten.
- b) Auf vielfache Anregungen aus der Praxis wurden zu jedem Sachverhalt wieder Hinweise zur Berechnung der Vollzugs- und Betreuungsgebühren aufgenommen.
- c) Der Block „Gesellschaftsrecht – Handelsrecht – Registerrecht“ wurde übersichtlicher gestaltet. So wird nunmehr alles, was eine GmbH betrifft, in einem Block behandelt. Gleiches gilt für die anderen Gesellschaftsformen. Die gesellschaftsrechtlichen Rahmenverträge, das Umwandlungsrecht und die Registeranmeldungen allgemein runden diesen Bereich ab.
- d) Aufgrund der vorgenannten systematischen Eingriffe war eine Neuzählung der Randnummern unumgänglich.

II. Neuerungen

1. Erwachsenenadoption, Rdnr. 107

Hier wurde klargestellt, dass bei der Bewertung des Vermögens des Annehmenden § 48 GNotKG (Landwirtschaftsprivileg) keine Anwendung findet. Es liegt keine Zuwendung im Sinne des § 48 GNotKG vor.

2. Apostille, Rdnr. 115 ff.

Die Notarkasse A. d. ö. R. ist der Auffassung, dass das Erwirken einer Apostille auch die Übermittlung der betreffenden Urkunde an den Präsidenten des Landgerichts einschließt. Eine Vollzugsgebühr in Höhe von 20 € gemäß KV-Nr. 22124 GNotKG kommt daher neben einer Gebühr nach KV-Nr. 25207, 25208 GNotKG nicht in Betracht.¹

3. Aufhebung von Verträgen, Rdnr. 127 ff.

Unter Rdnr. 131 wurde klargestellt, dass KV-Nr. 21102 Nr. 2 GNotKG nicht für die Aufhebung eines Treuhandvertrages und

Rückübertragung des Geschäftsanteils nach Beendigung des Treuhandverhältnisses anwendbar ist.

4. Auslagen, Rdnr. 228 ff.

Der Notar kann die von ihm verauslagten Vollstreckungskosten oder die Kosten für die förmliche Zustellung vollstreckbarer Ausfertigungen nicht mit der Kostenberechnung einfordern (Rdnr. 233). Es handelt sich hierbei um Vollstreckungskosten, die im Rahmen der Vollstreckung durch den Gerichtsvollzieher mit der Hauptforderung beigetrieben werden (siehe auch Rdnr. 324).

5. Bescheinigungen über den Inhalt des Handelsregisters, Rdnr. 406

Anders als in Grundbuchelegenheiten ist der Notar nicht zuständig für die Erteilung von beglaubigten Handelsregisterauszügen. Verlangen die Beteiligten dennoch einen Nachweis über den Inhalt des Registers in öffentlich beglaubigter Form, kann der Notar eine Urkunde in Vermerkform gemäß § 39 BeurkG erstellen. Zur Bewertung dieser Bescheinigung enthält Rdnr. 406 Hinweise.

6. Beglaubigung von Gesellschafterlisten, Rdnr. 318, 319

Zur Frage, wann für die elektronische Beglaubigung einer Gesellschafterliste die Gebühr gemäß KV-Nr. 25102 Anm. 2.1 GNotKG gerechtfertigt ist, wird unter Rdnr. 318, 319 Stellung genommen.

7. Beglaubigte Ablichtungen im Grundbuchverkehr, Rdnr. 306 ff.

Die fortschreitende Eingliederung der Grundbuchämter in die zentralen Grundbuchämter, die vollständig digital geführt werden, wirft kostenrechtliche Fragen auf. Die Notare sind über eine Verordnung verpflichtet, sämtliche Anträge an das Grundbuchamt ausschließlich digital zu stellen und mittels XML-Datei elektronisch zu übermitteln. Zu diesem Fragenkomplex enthält der neue Streifzug in den Rdnr. 307 ff. ausführliche Hinweise.

8. Betreuungstätigkeiten, Rdnr. 408 ff.

- a) Geschäftswert zur Treuhandgebühr, Rdnr. 430

Macht der Gläubiger bei Abgabe einer Lastenfreistellungserklärung deren Verwendung von der Überweisung des gesam-

¹ A. A. LG Düsseldorf, Beschluss vom 1.12.2015, 19 T 59/15, ZNotP 2016, 79 m. abl. Anm. *Fackelmann*.

ten Kaufpreises abhängig, ist für die Berechnung der Treuhändergebühr der gesamte geforderte Kaufpreis als Wert des Sicherungsinteresses gemäß § 113 Abs. 2 GNotKG anzunehmen. Hat der Notar Kenntnis darüber, dass das Sicherungsinteresse niedriger ist, ist eine Abklärung mit dem Gläubiger angezeigt. Eine darüber hinausgehende Aufklärungspflicht besteht entgegen der Auffassung des OLG Hamm² nicht.

- b) Anzeige einer Sicherungsvereinbarung bei einer Finanzierungsgrundschuld, Rdnr. 451 ff.

Erhält der Notar bei Beurkundung einer Finanzierungsgrundschuld den Auftrag, die Einschränkung der Sicherungsabrede oder die Abtretung der Auszahlungsansprüche an den Kreditgeber anzuzeigen, entsteht eine Betreuungsgebühr gemäß KV-Nr. 22200 Nr. 5 GNotKG. Die von der Notarkasse vertretene Auffassung wurde durch das OLG Düsseldorf³ bestätigt.

- c) Herbeiführung der Bindungswirkung gemäß § 873 Abs. 2 BGB bei Grundschuldbestellung, Rdnr. 458 ff.

Nimmt der Notar im Auftrag der Bank die für diese bestimmte Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde zur Herbeiführung der Bindungswirkung gemäß § 873 Abs. 2 BGB entgegen, entsteht gemäß KV-Nr. 22200 Nr. 7 GNotKG eine 0,5-Gebühr aus dem Nominalbetrag der Grundschuld. Diese Gebühr entsteht auch dann, wenn die Grundschuldbestellung in der Form der Unterschriftsbeglaubigung bestellt wird und der Notar die Urschrift der Eintragungsbewilligung im Auftrag der Bank entgegennimmt. Ausführungen hierzu sind in Rdnr. 460 enthalten.

9. Eherechtliche Vereinbarungen, Rdnr. 577 ff.

- a) Mehrere Güterstandsregelungen in einem Ehevertrag, Rdnr. 578

Bei Zusammenbeurkundung mehrerer Güterstandsänderungen (zum Beispiel Vereinbarung der Gütergemeinschaft unter Aufhebung der Gütertrennung oder Aufhebung der Gütergemeinschaft mit gleichzeitiger Modifikation des gesetzlichen Güterstandes), ist der Wert nach § 100 Abs. 1 GNotKG nur einmal anzusetzen. Auf den Umfang und die Zahl der güterrechtlichen Regelungen kommt es nicht an.

- b) Keine Teilwertbildungen, Rdnr. 581

Jede ehevertragliche Regelung ist ausschließlich nach § 100 GNotKG zu bewerten. Die Anwendung des § 36 GNotKG, insbesondere Teilwertbildungen, sind damit ausgeschlossen. Lediglich der Geschäftswert für eine isolierte Modifikation des gesetzlichen Güterstandes über den Ausschluss der Verfügungsbeschränkungen der §§ 1365, 1369 BGB bestimmt sich nach § 51 Abs. 2 GNotKG außerhalb des § 100 GNotKG mit einem Wert von 30 % des Werts des betroffenen Vermögens.

- c) Versorgungsausgleich, Rdnr. 618 ff.

In der Neuauflage des Streifzugs sind die kostenrechtlichen Grundsätze über die Bewertung von Vereinbarungen über den Ausschluss des Versorgungsausgleichs präzisiert. Vor allem ist für die Bewertung zum Beispiel des Verzichts auf Versor-

gungsausgleich auf das sogenannte Halbteilungsprinzip der Ehezeitanteile gemäß §§ 2 und 5 VersAusglG abzustellen.

10. Entwürfe, Rdnr. 727 ff.

Entwürfe spielen sowohl bei der vorzeitigen Beendigung eines Beurkundungsverfahrens als auch bei isolierten Entwürfen, die außerhalb eines Beurkundungsverfahrens gefertigt werden, eine Rolle. Der Notar muss bei der Abrechnung von Entwürfen zuerst klären, ob bereits ein Beurkundungsauftrag erteilt war (dann Abrechnung des Entwurfs nach Hauptabschnitt 1 KV, KV-Nr. 21300 ff.) oder ob es sich um einen außerhalb eines Beurkundungsverfahrens gefertigten Entwurf handelt (dann Abrechnung nach Hauptabschnitt 4 KV-GNotKG, KV-Nr. 24100 ff. GNotKG). Konkrete Hinweise zur Einordnung und zur kostenrechtlichen Behandlung sind in den Rdnr. 727 ff. enthalten.

11. Entwurf einer isolierten Gesellschafterliste, Rdnr. 752 ff.

Ob isolierte Gesellschafterlisten, also Listen ohne Zusammenhang mit einer Beurkundung oder einem Entwurf des zu vollziehenden Geschäfts, als Entwurfstätigkeit nach Hauptabschnitt 4 KV-GNotKG oder als Vollzugstätigkeit in besonderen Fällen (Hauptabschnitt 2, Abschnitt 1, Unterabschnitt 2 KV-GNotKG) einzuordnen sind, ist umstritten. Die Notarkasse ist der Auffassung, dass eine Entwurfstätigkeit gemäß Hauptabschnitt 4 KV-GNotKG vorliegt.

12. Erbbaurecht, Rdnr. 794 ff.

- a) Erbbaurechtsbestellung, Rangerklärungen oder Löschungserklärungen, Rdnr. 813, 814

Eine in der Bestellsurkunde über ein Erbbaurecht enthaltene Erklärung zur Rangbeschaffung (Rangänderungserklärung) betrifft denselben Gegenstand wie die Erbbaurechtsbestellung i. S. d. § 109 Abs. 1 Satz 4 Nr. 3 GNotKG. Dagegen liegt bei Löschungserklärungen ein verschiedener Beurkundungsgegenstand vor.

- b) Aufteilung in Wohnungs- und Teilerbbaurechte, Rdnr. 834

Bei Aufteilung eines Erbbaurechtes in Wohnungs- und Teilerbbaurechte unter gleichzeitiger Verteilung des Erbbauzinses liegen verschiedene Beurkundungsgegenstände gemäß § 86 Abs. 2 GNotKG vor. Hinweise insbesondere zur Berechnung des zu verteilenden Erbbauzinses sind in Rdnr. 834 enthalten.

- c) Kaufvertrag über ein Erbbaurecht, Rdnr. 854 ff.

Bei einem Kaufvertrag über ein Erbbaurecht ist § 47 GNotKG nicht unmittelbar einschlägig, da kein Sachkauf vorliegt. Bei Anwendung der Bewertungsgrundsätze des § 47 GNotKG muss dem Kaufpreis einschließlich etwaiger Hinzurechnungen der nach § 49 Abs. 2 GNotKG maßgebliche Wert des Erbbaurechtes gegenüber gestellt werden.⁴ Der höhere Wert ist maßgeblich.

13. Erbschaftsausschlagung, Rdnr. 889 ff.

Der Geschäftswert bestimmt sich nach § 103 Abs. 1 GNotKG nach dem Wert des Nachlasses nach Abzug der Verbindlich-

² Beschluss vom 1.6.2015, 15 W 237/15, ZNotP 2015, 318 m. Anm. *Fackelmann*.

³ Beschluss vom 9.9.2014, 19 T 199/13, ZNotP 2015, 77.

⁴ OLG Celle, Beschluss vom 27.1.2015, 2 W 20/15, MittBayNot 2015, 516.

keiten. Beerdigungskosten gehören zu den abzugsfähigen Verbindlichkeiten (Rdnr. 889). Ausschlagungserklärung und Anfechtung des Versäumens der Ausschlagungsfrist sind derselbe Beurkundungsgegenstand (Rdnr. 900).

14. Gebührensatz für einen Erbvertrag, Rdnr. 938

Für einen Erbvertrag entsteht immer eine 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 GNotKG. Ein einheitlicher und damit im vollen Umfang der KV-Nr. 21100 GNotKG unterfallender Erbvertrag liegt auch dann vor, wenn im Erbvertrag neben erbrechtlich bindenden Verfügungen auch einseitige Verfügungen des Erblassers enthalten sind. Ein Gebührenvergleich nach § 94 Abs. 2 GNotKG findet damit nicht statt (insoweit Aufgabe der in der Voraufgabe vertretenen gegenteiligen Auffassung).

15. Rücknahme mehrerer Erbverträge, Rdnr. 970

Werden in einer Niederschrift mehrere Erbverträge (zum Beispiel Erbvertrag und ein Erbvertragsnachtrag) zurückgenommen, liegt nach Auffassung der Notarkasse ein einheitliches Verfahren vor, für das die Gebühr nach KV-Nr. 23100 GNotKG nur einmal entsteht. Es bleibt auch beim einmaligen Wertansatz nach § 102 Abs. 1 GNotKG (siehe Rdnr. 971).

16. Erbverzicht, Pflichtteilsverzicht, Zuwendungsverzicht, Rdnr. 983 ff.

Das Kapitel wurde vollständig neu konzipiert und umfasst die Rdnr. 983 bis 1024. Es werden alle gängigen Fallsituationen besprochen, insbesondere auch die Frage, wie Grundbesitz, der in gleicher Urkunde oder gemäß Vorurkunde an Kinder übertragen wird, in die Bewertung einzubeziehen ist oder ob der übertragene Grundbesitz bei der Berechnung des modifizierten Reinvermögens des Erblassers außer Acht bleibt. Es finden sich ab Rdnr. 1012 auch Hinweise zum Pflichtteilsergänzungsverzicht, unter Rdnr. 1018 zum Vertrag unter Erwerbenden und weichenen Geschwistern gemäß § 311b Abs. 5 BGB, ferner zur Frage, ob Erb- und Pflichtteilsverzicht als letztwillige Verfügung einzuordnen sind (Rdnr. 1020), und schließlich zur Frage, ob Vorempfänge in Abzug zu bringen sind oder nicht (siehe Rdnr. 1022 und 1023). Abgerundet wird dieses Kapitel mit Ausführungen zur kostenrechtlichen Einordnung, wenn der Notar für mehrere Erb- und Pflichtteilsverzichte getrennte Urkunden errichtet (Rdnr. 1024).

17. Fremde Sprache bei Entwürfen, Rdnr. 1156

Fremdsprachliche Tätigkeiten des Notars lösen nicht nur bei Beurkundungsverfahren die Gebühr gemäß KV-Nr. 26001 GNotKG aus, sondern auch bei Entwurfserfertigungen in fremder Sprache.

Hinweis: Seit 4.7.2015 beträgt die Höchstgebühr für fremdsprachliche Tätigkeiten 5.000 €. Die Zusatzgebühr nach KV-Nr. 26001 GNotKG entsteht nur einmal, auch wenn mehrere Voraussetzungen nach KV-Nr. 26001 GNotKG vorliegen (Rdnr. 1157).

18. Gesellschafts- und Registerrecht, Rdnr. 1170 ff.

a) Geschäftsanteil – operative Gesellschaft, Rdnr. 1256 ff.

Sofern kein höherer Wert für einen Geschäftsanteil vorliegt, bestimmt sich der Geschäftswert nach dem Eigenkapital der

Gesellschaft, das auf den Geschäftsanteil entfällt. Soweit Gesellschaftsdarlehen verbucht sind, sind diese dem Eigenkapital zuzurechnen, da diese gemäß § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO im Insolvenzverfahren nicht wie Fremdkapital, sondern wie Eigenkapital behandelt werden.⁵ Auf das Bewertungsschema gemäß Rdnr. 1258 wird hingewiesen. Soweit sich zwischen dem Bilanzstichtag und dem Beurkundungstag über die Anteilsabtretung vermögensrechtliche Veränderungen ergeben haben, wie zum Beispiel Gewinnausschüttungen, Verkauf von Anlagevermögen, Erwerb von Anlagevermögen usw., ist dies bei der Bewertung zu berücksichtigen (siehe hierzu Rdnr. 1266).

b) Registeranmeldungen bei der GmbH, Rdnr. 1404 ff.

Bei der Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft, der Abmeldung des Geschäftsführers und dessen Bestellung zum Liquidator liegt ein einheitlicher Anmeldebestand vor.⁶ Wird ein Dritter zum Liquidator bestellt, liegt wegen des darin liegenden Personenwechsels eine weitere Anmeldung neben dem Auflösungsvorgang vor (Rdnr. 1432).

c) Sitzverlegung und neue inländische Geschäftsanschrift, Rdnr. 1428

Aufgrund der Definition des Begriffs des Anmeldebestands durch den BGH (siehe vorstehend b) dürfte nunmehr auch bei der Anmeldung einer Sitzverlegung und der geänderten inländischen Geschäftsanschrift von verschiedenen Anmeldebeständen auszugehen sein (gemäß § 105 Abs. 4 Nr. 1 GNotKG 1 % des Stammkapitals, mindestens 30.000 € für die Sitzverlegung und gemäß § 105 Abs. 5 [Geschäftswert 5.000 €] für die Anmeldung der neuen inländischen Geschäftsanschrift).

d) Anmeldung Sitzverlegung, Firmenänderung oder Änderung des Unternehmensgegenstandes, Rdnr. 1432

Werden die in § 10 GmbHG genannten Tatsachen konkret zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet, liegen insoweit gesondert anzumeldende Tatsachen (Sitz, Firma, Unternehmensgegenstand) vor, die verschiedene Gegenstände betreffen (§ 111 Nr. 3 GNotKG).

e) Belehrung des Geschäftsführers nach § 53 Abs. 2 BZRG, Rdnr. 1459 ff.

Die Belehrung des Geschäftsführers ist weiterhin kostenfrei, wenn der Notar den Entwurf der Registeranmeldung gefertigt hat. Anders verhält es sich, wenn der Notar den Geschäftsführer auf dessen Auftrag hin belehrt, die Registeranmeldung aber nicht entwirft, sondern nur die Unterschriften beglaubigt. Kostenrechtliche Ausführungen hierzu sind in Rdnr. 1460 enthalten. Diese Grundsätze gelten auch bei der sogenannten Fernbelehrung, auch wenn diese in Schriftform erfolgt (Rdnr. 1462).

f) Nachträgliche Beurkundung des Gesellschaftsvertrags, Rdnr. 1673 ff.

Wird ein Gesellschaftsvertrag über eine schon bestehende Gesellschaft erstmals beurkundet und kommt hierdurch ein wegen Nichtbeachtung von Formvorschriften unwirksamer

⁵ Vgl. zum Beispiel BGH, Urteil vom 13.10.2016, IX ZR 184/14, DNotZ 2017, 151.

⁶ Vgl. BGH, Beschluss vom 18.10.2016, II ZB 18/15, MittBayNot 2017, 181 m. Anm. Tiedtke.

Gesellschaftsvertrag erstmals rechtswirksam zustande, bestimmt sich der Geschäftswert nach der Summe des Aktivvermögens der Gesellschaft, gemäß § 38 GNotKG ohne Abzug der Verbindlichkeiten. Fraglich ist jedoch, ob derselbe Wertansatz gerechtfertigt ist, wenn der Gesellschaftsvertrag einer bestehenden Personengesellschaft aus anderen Gründen erstmals beurkundet werden sollte. Die Notarkasse schließt sich in der Neuauflage der von *Korintenberg/Bormann*, GNotKG, 20. Aufl., § 36 Rdnr. 57b; *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, 20. Aufl., § 107 Rdnr. 6a, an und hält einen Teilwert zwischen 30 und 50 % des Aktivvermögens für sachgerecht und angemessen (Rdnr. 1674). Die in der Voraufgabe vertretene gegenteilige Auffassung wird aufgegeben.

g) Beteiligungsverträge mit Investoren, Rdnr. 1932 ff.

Wie bereits in der Voraufgabe enthält auch die Neuauflage kostenrechtliche Hinweise zur Bewertung von Beteiligungsverträgen mit Investoren. Kostenrechtliche Hinweise sind zu allen denkbaren Vereinbarungen enthalten, wie zum Beispiel für eine Zuzahlungsverpflichtung, für Exit-Vereinbarungen (Vorkaufsrechte, Erwerbs- und Veräußerungsrechte, Erwerbs- und Veräußerungspflichten usw.), Hinweise zum Austauschprinzip des § 97 Abs. 3 GNotKG, Ausführungen zur Bewertung der Anteile bei Ex-post-Betrachtung, zur Nichtanwendung des Höchstwertes von 10 Mio. € gemäß § 107 Abs. 1 GNotKG und zu nachrangigen Vereinbarungen, nämlich dem Beitritt eines Investors zu früheren Vereinbarungen. Abgerundet werden die Hinweise durch ein ausführliches Beispiel zu einer Gesellschaftervereinbarung (Beteiligungsvertrag) ab Rdnr. 1949 und zur Beschlussfassung über die Kapitalerhöhung samt Übernahmeerklärung in Vollzug der Beteiligungsvereinbarung (Rdnr. 1955 ff.).

19. Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag, Rdnr. 1960 ff.

Ein Gewinnabführungsvertrag ist in aller Regel auf fünf Jahre fest geschlossen mit automatischer Verlängerungsoption. Deshalb liegt ein Vertrag von unbestimmter Dauer vor. Maßgebend ist als Geschäftswert damit der zehnfache Jahreswert gemäß § 52 Abs. 3 Satz 2 GNotKG. Gleiches gilt für den Zustimmungsbeschluss der herrschenden Gesellschaft (§ 108 Abs. 2 GNotKG). Diese Wertbestimmung ist inzwischen obergerichtlich bestätigt.⁷

20. Mieterdienstbarkeit, Rdnr. 2023 ff.

Wird zur Absicherung eines bestehenden Mietvertrages durch den Grundstückseigentümer eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit des Inhalts bestellt, dass dem Berechtigten für die Dauer des Mietverhältnisses das Recht eingeräumt wird, das Mietobjekt mit dem Mietzweck entsprechend zu nutzen, bestimmt sich der für die Dienstbarkeitsbestellung anzunehmende Wert nach § 52 Abs. 1 GNotKG. Es ist sachgerecht, den Wert an das im Mietvertrag vereinbarte Nutzungsentgelt (Bruttomiete) anzulehnen.⁸

⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7.11.2016, 10 W 278/16, MittBayNot 2017, 298 (in diesem Heft).

⁸ OLG München, Beschluss vom 25.2.2016, 34 Wx 385/15 Kost, MittBayNot 2016, 441.

21. Grundschuldbestellungen, Rdnr. 2059 ff.

In der Neuauflage werden wie schon bisher zu allen Bestellungsvarianten kostenrechtliche Hinweise gegeben. Unklar war in der Vergangenheit die Bewertung der Zweckbestimmungserklärung, wenn die Grundschuldbestellung selbst nur formelle Grundbucheintragungen enthält. Hinweise hierzu siehe Rdnr. 2067 ff.

22. Grundstückswert, Rdnr. 2145 ff.

a) Verkehrswert

Grundbesitz ist, wenn nicht die Ausnahme des § 48 GNotKG (Landwirtschaftsprivileg) greift, mit dem Verkehrswert nach § 46 GNotKG zu bewerten. Die Beteiligten sind zur Mitwirkung verpflichtet. An einmal gemachten Wertangaben müssen sich die Beteiligten festhalten lassen (Rdnr. 2156 mit Hinweis auf OLG Celle⁹). Für Gebäude kann der Wert nach der Brandversicherung berechnet werden. Die neuesten Richtzahlen, die seit 1.10.2016 gelten, sind als Anhang zum Streifzug sowie in MittBayNot 2017, 102 abgedruckt. Bewertungshinweise finden sich in Rdnr. 2158 ff. Liegen keine Brandversicherungunterlagen vor, kann der für die Berechnung erforderliche Versicherungswert 1914 nach folgender Faustregel berechnet werden: „Wohnfläche x 165“, siehe hierzu Rdnr. 2161. Die Notarkasse stellt allen Notarinnen und Notaren in ihrem Tätigkeitsbereich kostenfrei auf ihrer Homepage einen Wertrechner zur Verfügung.¹⁰

b) Grundbesitzbewertung nach Vergleichswert Gutachterausschuss, Rdnr. 2163 ff.

Bei der Berechnung des Verkehrswertes eines Grundstücks ist ein genereller Wertabschlag von 25 % nicht mehr vorzunehmen. Ein Abschlag ist nur dann gerechtfertigt, wenn wertmindernde Umstände vorliegen. Siehe hierzu die Hinweise in Rdnr. 2163, 2164.

c) Grundbesitzbewertung nach Steuerwerten, Rdnr. 2172, 2173

Die Heranziehung der Steuerwerte wird bei der Berechnung des Verkehrswertes eines Grundstücks auf die Fälle beschränkt bleiben, in denen aus anderen Geschäften oder steuerlich relevanten Vorgängen zeitnahe Feststellungen der Steuerbehörden im Bewertungszeitpunkt vorliegen. Eine Verwendung der Steuerwerte kommt allerdings nur dann in Betracht, wenn eine Wertberechnung unter Verwendung der Hauptkriterien des § 46 Abs. 2 GNotKG nicht möglich ist. Die Nachrangigkeit der Steuerwerte hinter anderen Bewertungskriterien wurde vom OLG München¹¹ bestätigt.

23. Identitätsfeststellungen, Rdnr. 2233 ff.

Eine Identitätsfeststellung ist dann vorzunehmen, wenn zur Veräußerung einer noch nicht vermessenen Teilfläche mit gleichzeitig erklärter Auffassung für den grundbuchamtlichen Vollzug das neu vermessene Grundstück festgestellt werden muss. Diese Identitätserklärung betrifft nach der Rechtspre-

⁹ Beschluss vom 9.2.2015, 2 W 17/15, ZNotP 2015, 197.

¹⁰ Siehe hierzu Rundschreiben Nr. IV/5/2017 vom 30.3.2017.

¹¹ Beschluss vom 3.5.2016, 34 Wx 7/16, MittBayNot 2016, 350.

chung des BGH¹² lediglich die Grundbucheintragungen und löst daher eine 0,5-Gebühr nach KV-Nr. 21201 Nr. 4 GNotKG aus einem nach § 36 Abs. 1 GNotKG zu bestimmenden Teilwert aus (Rdnr. 2236). Gleiches gilt für die Identitätsfeststellung zu einer Grundpfandrechtsbestellung mit dinglicher Zwangsvollstreckungsunterwerfung. Auch hier werden nur die Grundbucheintragungen ergänzt, wodurch ebenfalls eine 0,5-Gebühr nach KV-Nr. 21201 Nr. 4 GNotKG aus einem Teilwert des Grundschuldennbetrags zu erheben ist (Rdnr. 2238).

24. Kaufvertrag und Stundung des Kaufpreises, Rdnr. 2412, bzw. Darlehensvertrag, Rdnr. 2413

Wird der Kaufpreis gestundet und erfolgen Regelungen über die Stundung in Form einer Darlehensgewährung, liegt derselbe Beurkundungsgegenstand mit dem Kaufvertrag vor (Rdnr. 2412).

Ist der Kaufpreis hingegen zur Zahlung fällig und gewährt der Veräußerer oder ein Dritter dem Käufer ein Darlehen, liegt beim Darlehensvertrag ein zum Kaufvertrag verschiedener Beurkundungsgegenstand nach § 36 Abs. 2 GNotKG vor.

25. Kaufvertrag und Löschungserklärungen, Rdnr. 2440 ff.

Kaufvertrag und Löschungserklärungen des Verkäufers über Grundpfandrechte, die ausschließlich am Kaufobjekt lasten, betreffen denselben Beurkundungsgegenstand (§ 109 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 lit. b GNotKG). Derselbe Gegenstand liegt auch vor, wenn der Verkäufer eine zu seinen Gunsten eingetragene Eigentümergrundschuld zur Löschung bewilligt und beantragt (Rdnr. 2443). Denselben Beurkundungsgegenstand betreffen aber auch Löschungsbewilligungen durch den Gläubiger (zum Beispiel Grundschuldgläubiger) oder Berechtigten (zum Beispiel Nießbrauchsberechtigter), siehe Rdnr. 2445.

26. Messungsanerkennung und Auflassung, Rdnr. 2735 ff.

Die Ausführungen zur Bewertung einer Messungsanerkennung und Auflassung wurden weitgehend aktualisiert. Soweit Vollzugstätigkeiten durchgeführt werden, ist zu prüfen, ob diese bereits durch die Vollzugsgebühr bei der Haupturkunde erfasst sind oder ob eine zusätzliche Vollzugsgebühr bei der Messungsanerkennung entsteht (Rdnr. 2738). Gleiches gilt für eine etwaige Betreuungsgebühr (Rdnr. 2742). Des Weiteren ist zu beachten, dass beim Geschäftswert für die Messungsanerkennung mit Auflassung auch Hinzurechnungen, wie zum Beispiel eine Bauverpflichtung, zu berücksichtigen sind (Rdnr. 2757 ff.). Erfolgt in der Niederschrift über die Messungsanerkennung auch eine Identitätsfeststellung zu Grundschuldbestellungen, liegen insoweit verschiedene Beurkundungsgegenstände vor (vgl. Rdnr. 2761 ff.).

27. Öffentlichrechtlicher Vertrag, Rdnr. 2807 ff.

Hauptanwendungsbereich des § 126 GNotKG (öffentlichrechtlicher Vertrag) ist die Tätigkeit des Notars als Mediator oder Schlichter. Hinzu kommen auch Amtstätigkeiten, die

nicht mit anderen gebührenpflichtigen Tätigkeiten zusammenhängen, wenn im Gesetz hierfür keine Gebühr bestimmt ist, wie zum Beispiel die Verwahrung anderer Sachen als Wertpapiere oder Kostbarkeiten (Rdnr. 2080). § 126 GNotKG ist aber auch anwendbar bei Vertretung der Beteiligten vor einer Behörde außerhalb der Vorbemerkung 2.1 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 KV-GNotKG oder deren Vertretung vor Gericht. In Betracht kommen auch die Erstellung von Gutachten und Tätigkeiten zur Ermittlung von Erben und zur Beschaffung von Erbnachweisen (Rdnr. 2810).

Soweit der Notar im Rahmen eines Bauträgervertrages einen Datenträger in Verwahrung nimmt, auf welchem die Daten zu einem Bauträgerobjekt und nicht nur zur verkauften Eigentumswohnung gespeichert sind, ist die Anwendung des § 126 GNotKG im Einzelfall zu prüfen. Die Daten auf dem Datenträger betreffen in aller Regel nicht die Wirksamkeit oder die Durchführung des konkreten Vertrages, sondern fixieren in aller Regel nur Informationen zu Beweis Zwecken. Dies kann zu einer Gebühr durch Vereinbarung eines öffentlichrechtlichen Vertrages neben der Beurkundungsgebühr für einen Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung führen (vgl. Rdnr. 2813).

28. Rechtswahlen, Rdnr. 2867

Alle kostenrechtlichen Hinweise zu Rechtswahlen finden sich nunmehr ausschließlich unter dem Stichwort „Rechtswahlen“, Rdnr. 2867 ff. Die Rdnr. 2878 und 2879 enthalten kostenrechtliche Ausführungen zu Rechtswahlen zu allgemeinen oder güterrechtlichen Wirkungen der Ehe; die Rdnr. 2880 bis 2885 beziehen sich auf die kostenrechtliche Behandlung von sonstigen Rechtswahlen bei Scheidungsvereinbarungen, wie zum Beispiel zu Unterhaltsvereinbarungen oder zu Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich, die Rdnr. 2886 bis 2893 betreffen die kostenrechtliche Einordnung von Rechtswahlen, die Verfügungen von Todes wegen betreffen.

29. Gemeinschaftliches Testament, Rdnr. 2940

Ein gemeinschaftliches Testament löst auch dann eine 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 GNotKG aus, wenn die Verfügungen in wechselbezüglicher oder in stets frei widerruflicher Weise getroffen werden. Ein Gebührenvergleich nach § 94 Abs. 2 GNotKG findet nicht statt.

30. Übergabevertrag/Überlassungsvertrag, Rdnr. 2955 ff.

a) Anwendungsfälle, Rdnr. 2962 ff.

In der Neuauflage sind detaillierte Hinweise auf Sachverhalte enthalten, für die § 48 GNotKG einschlägig ist. Die Anwendungsfälle wurden deutlich ausgeweitet. In den Rdnr. 2955 ff. werden zusätzlich Hinweise auf die Sachverhalte gegeben, für die § 48 GNotKG ausgeschlossen ist.

b) Vollmacht, Rdnr. 2965

Das Landwirtschaftsprivileg gemäß § 48 Abs. 1 GNotKG findet nur bei einer Spezialvollmacht Anwendung, wonach der Bevollmächtigte zur Ausführung eines Geschäftes ermächtigt wird, das die Übergabe oder Zuwendung des Betriebes betrifft. Bei Generalvollmachten ist § 48 Abs. 1 GNotKG ausgeschlossen (Rdnr. 2965).

¹² Beschluss vom 1.10.2015, V ZB 181/14, ZfR 2016, 101.

- c) Vorbehaltsgut, Rdnr. 2967

Bei Vereinbarung von Vorbehaltsgut über einen land- oder forstwirtschaftlichen Betrieb ist § 48 Abs. 1 GNotKG anwendbar, wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind (Rdnr. 2967).

- d) Betriebsfortführung in GbR, Rdnr. 2969 ff.

Die Überlassung eines land- oder forstwirtschaftlichen Betriebes ist auch dann nach § 48 Abs. 1 GNotKG privilegiert, wenn die Betriebsfortführung nicht durch den Erwerber allein, sondern in GbR mit dem Veräußerer erfolgt. Voraussetzung ist jedoch, dass der Veräußerer von der Betriebsführung und Vertretungsmacht ausgeschlossen wird (Rdnr. 2970).

- e) Integration des übertragenden Betriebes in einen bestehenden Betrieb, Zerschlagung, Rdnr. 3008

Das Privileg des § 48 Abs. 1 GNotKG ist nicht anwendbar, wenn der Erwerber den von ihm erworbenen Betrieb als solchen aufgibt und diesen in einen anderen bereits von ihm geführten Betrieb eingliedert. Dann wird der übergebene Betrieb nicht mehr als eigenständige wirtschaftliche und organisatorische Einheit betrieben.

- f) Erb- und Pflichtteilsverzichte, Gleichstellungserklärungen, Rdnr. 3036 ff.

Bewertungshinweise sind bei dem Kapitel „Übergabevertrag/Überlassungsvertrag“ enthalten und ergänzen die grundlegenden Ausführungen in Rdnr. 983 ff.

31. Verpfändung, Rdnr. 3179

Der Geschäftswert einer Verpfändung ist gemäß § 53 Abs. 2 GNotKG nach dem Betrag der Forderung und, wenn der Pfandgegenstand geringwertiger ist, nach diesem zu bestimmen. Teilwertbildungen sind ausgeschlossen, auch wenn es sich um nachrangige oder vorsorgliche Verpfändungen, wie zum Beispiel bei Verpfändungen von Geschäftsanteilen, handeln sollte (Rdnr. 3179). Vor allem die Verpfändung von Geschäftsanteilen spielt in der Praxis eine große Rolle. Wenn ein Geschäftsanteil mehrfach in der Weise verpfändet wird, dass zur Absicherung mehrerer, in ihrem Bestand voneinander unabhängiger Kreditverhältnisse für jeden der Pfandgläubiger ein gesondertes Pfandrecht begründet wird, liegen verschiedene Beurkundungsgegenstände vor. Dies ist selbst dann der Fall, wenn die mehreren Pfandrechte untereinander im Gleichrang stehen (Rdnr. 3201 ff.).

32. Versicherung an Eides statt, Rdnr. 3206 ff.

Ausführungen zur Bewertung von Versicherungen an Eides statt, insbesondere auch zur Frage des Geschäftswertes, sind in den Rdnr. 3206 ff. enthalten. Dort sind auch Hinweise zur Bewertung einer eidesstattlichen Versicherung zur Erlangung eines europäischen Nachlasszeugnisses (Rdnr. 3206), zur Wertermittlung von Erbscheinsanträgen (Rdnr. 3213 ff.), zum quotenlosen Erbschein (Rdnr. 3217 und 3228) und zur Versicherung an Eides statt über erbscherelevante Tatsachen (ohne Antrag auf Erteilung eines Erbscheins, Rdnr. 3229 ff.) zu finden.

33. Vollzugsgebühr, Rdnr. 3400 ff.

Das Kapitel Vollzugsgebühr wurde ausgeweitet. Neben konkreten Erläuterungen zu den beiden Unterabschnitten (Vollzug zum Beurkundungsverfahren oder zur Entwurfsfertigung gemäß Hauptabschnitt 2 Abschnitt 1 Unterabschnitt 1 KV-GNotKG) und zum Vollzug in besonderen Fällen (Hauptabschnitt 2 Abschnitt 1 Unterabschnitt 2 KV-GNotKG) finden sich zahlreiche Hinweise zur Berechnung der Vollzugsgebühr. Errichtet der Notar mehrere Niederschriften, ist stets zu prüfen, zu welcher der mehreren Urkunden die Vollzugstätigkeit durchgeführt wird. Dies dient der Vermeidung einer unsachgemäßen und ggf. unrichtigen Häufung der Vollzugsgebühr. Der Geschäftswert ist stets der volle Wert des Beurkundungsverfahrens (§ 112 GNotKG). Besonderheiten gibt es bei Mitbeurkundung von Löschungserklärungen zu Gesamtgrundschulden im Kaufvertrag. Hier könnte es zur Vermeidung des Vorwurfs unrichtiger Sachbehandlung angebracht sein, die Löschungserklärungen über die Gesamtgrundschuld aus dem Kaufvertrag auszulagern. Dies ist dann möglich, wenn noch vorhandene Verbindlichkeiten nicht mithilfe des Kaufpreises zurückgeführt werden oder es sich um eine nicht mehr valutierte Grundschuld handeln sollte (siehe hierzu die Hinweise in Rdnr. 3449 ff.).

34. Wohnungseigentum/Teileigentum, Rdnr. 3570 ff.

Das Kapitel Wohnungseigentum/Teileigentum wurde erweitert durch kostenrechtliche Hinweise zur Unterteilung einer Einheit (Rdnr. 3597), zur Schaffung von neuem Sondereigentum aus Gemeinschaftseigentum (Rdnr. 3598 ff.), zur kostenrechtlichen Behandlung bei Kellertausch (Rdnr. 3501 ff.), zur Bewertung einer Umwidmung von Wohnungs- in Teileigentum oder umgekehrt (Rdnr. 3605 ff.), zur Begründung von Sondernutzungsrechten einschließlich Hinweisen auf die Grundbuchgebühren (Rdnr. 3608 ff.).

35. Zusatzgebühren, Rdnr. 3711 ff.

- a) Tätigkeiten außerhalb üblicher Geschäftszeiten, Rdnr. 3720 ff.

Wird der Notar auf Verlangen eines Beteiligten außerhalb der Geschäftsstelle tätig, entsteht eine Zusatzgebühr von 50 € je angefangener halber Stunde. KV-Nr. 26003 GNotKG regelt Sonderbestimmungen für bestimmte Geschäfte. Fraglich ist, ob die Zusatzgebühr nach KV-Nr. 26002 GNotKG auch bei Vorbesprechung durch den Notar außerhalb der Geschäftsstelle anfällt, auch wenn die Beurkundung anschließend in den Büroräumen des Notars erfolgt. Die Notarkasse schließt sich der von *Korintenberg/Sikora*, GNotKG, 20. Aufl., KV-Nr. 26002 Rdnr. 14 vertretenen Auffassung an und hält die Zusatzgebühr für gerechtfertigt, wenn lediglich die Vorbesprechung außerhalb der Notarstelle erfolgt (Rdnr. 3733).

- b) Vorbesprechung durch Mitarbeiter des Notars, Rdnr. 3735

Die Auswärtsgebühr gemäß KV-Nr. 26002 GNotKG fällt nicht an, wenn die Vorbesprechung durch Angestellte des Notars außerhalb der Geschäftsstelle erfolgt. Dies stellt nur eine Vorbereitungshandlung im weitesten Sinne dar, die kostenrechtlich, sofern auf Verlangen der Beteiligten durchgeführt, lediglich zum Auslagenersatz führt (siehe hierzu Rdnr. 245).

TAGUNGSBERICHT

Die Europäischen Güterrechtsverordnungen

Wissenschaftliches Symposium am 10.2.2017 in Würzburg

Von Prof. Dr. **Caroline Rupp**, MPhil. (Cantab.), Universität Würzburg

Eine Kooperationsveranstaltung des DNotI mit der Universität Regensburg beschäftigte sich mit den jüngsten europäischen Rechtsakten im Bereich des Internationalen Privatrechts, den beiden am 24.6.2016 verabschiedeten Verordnungen zum Ehegüterrecht und zum Güterrecht eingetragener Partnerschaften (VO [EU] 2016/1103 „EheGüVO“ und 2016/1104 „PartGüVO“). Die Verordnungen regeln umfassend die gerichtliche Zuständigkeit, das anwendbare Recht und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen hinsichtlich der Vermögensverhältnisse internationaler Paare. Als Rechtsinstrumente einer Verstärkten Zusammenarbeit werden sie ab dem 29.1.2019 auch in Deutschland maßgeblich sein und das bisherige güterrechtliche internationale Zuständigkeits- und Kollisionsrecht ablösen. Aus unterschiedlichen Perspektiven warfen neun Vorträge ein erstes Licht auf die neuen Zuständigkeits- und Kollisionsregelungen und entwickelten im Dialog mit den internationalen Tagungsgästen Fragestellungen und Lösungsansätze.

Einleitend verortete der Geschäftsführer des DNotI, Notarasessor Dr. *Johannes Weber*, die beiden Güterrechtsverordnungen im Gefüge des europäischen Internationalen Privatrechts. Nach langer und wechselvoller Entstehungsgeschichte werden sie als weiterer Baustein des wachsenden europäischen internationalen Familienrechts in den teilnehmenden Mitgliedstaaten das bisher geltende nationale internationale Ehe- und Partnerschaftsgüterrecht ablösen. Bereits hier stellt sich jedoch eines der zentralen Probleme der neuen Verordnungen: Diese werden nur Ehegatten bzw. Lebenspartner erfassen, die nach dem 29.1.2019 die Ehe schließen oder eine Rechtswahlvereinbarung treffen, während für alle „Altehen“ die bisherigen nationalen Regelungen maßgeblich bleiben. Voraussichtlich wird es daher noch für Jahrzehnte ein Nebeneinander von altem nationalen und neuem europäischen internationalen Güterrecht geben. Die Koordination dieser Parallelsituation ist aber nur eine der zahlreichen Fragen, die die Verordnungen aufwerfen – auch in anderen Bereichen sind ihre Wirkungen insbesondere für die Gestaltungspraxis noch offen.

Einen lebhaften Erfahrungsbericht aus erster Hand über die Vorarbeiten zu den Verordnungen bot *Joanna Serdynska* von der Europäischen Kommission in Brüssel, die seit 2013 als Mitarbeiterin des Referats für Internationales Privatrecht die Ratsverhandlungen begleitet hatte. Ihr Vortrag „Entstehung der Güterrechtsverordnungen“ gab zunächst einen Überblick über die lange Vorbereitungsphase: Nach der Erteilung eines politischen Mandats zur Kollisionsrechtsvereinheitlichung im güterrechtlichen Bereich um die Jahrtausendwende hätten zunächst intensive Diskussionen in Form von Konsultationen, Folgenabschätzungen und Studien rund um das Grünbuch der Kommission von 2006 stattgefunden. Diese seien auch in den

Gesamtkontext der Entwicklung des Europäischen Familienrechts einzuordnen – die güterrechtlichen Regelungen seien in einem insgesamt dynamischen Rechtsfeld zu entwickeln und im Zusammenspiel mit anderen Verordnungen abzustimmen gewesen. Bei den Vorarbeiten sei unter anderem die zentrale Frage, ob das Güterrecht für Ehegatten und Lebenspartner in einer gemeinsamen oder zwei getrennten Verordnungen geregelt werden solle, heftig debattiert worden: Einerseits sei hier die Gefahr einer Regelung nur für Ehegatten gesehen, andererseits sei befürchtet worden, dass die Unterschiede für ein einheitliches Instrument doch zu groß sein könnten.

Die ursprünglichen Verordnungsvorschläge der Kommission aus dem Jahr 2011 und die nunmehr verabschiedeten Verordnungen seien daher weitgehend ähnlich, trügen aber punktuell den Besonderheiten von Ehe und Lebenspartnerschaft Rechnung. Auf politischer Ebene habe sich aufgrund der in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlichen Auffassungen zu Ehe, Lebenspartnerschaft und gleichgeschlechtlicher Ehe aber letztlich kein Lösungsansatz als durchgehend konsensfähig erwiesen. Nach fünf Jahren zäher Verhandlungen habe man daher aufgrund des nachhaltigen Widerstands insbesondere Polens und Ungarns die Hoffnung auf die erforderliche Einstimmigkeit im Rat aufgeben und den ursprünglichen Plan eines europaweit harmonisierten internationalen Güterrechts vorerst auf Eis legen müssen. Stattdessen seien die Verordnungen im Wege der „Verstärkten Zusammenarbeit“ zwischen derzeit 18 Mitgliedstaaten umgesetzt worden, Interessenbekundungen zur Beteiligung weiterer Mitgliedstaaten lägen vor. Für das von großen nationalen Unterschieden geprägte Familienrecht als notorisch schwierige Konsensmaterie sei dies ein Erfolg, auch wenn an einigen Stellen der Verordnungen politische Notwendigkeiten zu rechtstechnisch nicht optimalen Regelungen geführt hätten. Eines der Hauptanliegen der Verordnungsanwendung werde ihre Abstimmung mit anderen europäischen Rechtsinstrumenten sein: Ihr Zusammenspiel sowohl mit der Erbrechts-VO als auch mit der Brüssel IIa-VO werde sorgfältig auszutarieren sein.

Die jeweils im ersten Sachkapitel behandelte „Internationale Zuständigkeit in Ehegütersachen“ ist in beiden Verordnungen ohne wesentliche Unterschiede geregelt – Prof. Dr. *Peter Mankowski* (Universität Hamburg) stellte das durchaus komplexe Zuständigkeitssystem überblicksweise vor. Da das Güterrecht regelmäßig bei Auflösung der Ehe bzw. Partnerschaft zum Tragen komme, sei die vorrangige Normierung akzessorischer Zuständigkeiten bei Ehe-/Partnerschaftsauflösung durch Tod und Scheidung sinnvoll. Im Interesse der Verfahrenskonzentration werde die güterrechtliche Abwicklung hier an das „führende“ Verfahren angelehnt, nämlich im Todesfall nach Art. 4 EheGüVO/PartGüVO als „funktionelle Folgesa-

che“ an das Nachlassverfahren gekoppelt und bei Scheidung oder Trennung vom nach Art. 3-7 Brüssel IIa-VO für die Eheauflösung zuständigen Gericht mit vorgenommen. Als problematisch dürfe sich allerdings Art. 5 Abs. 2 EheGüVO/PartGüVO erweisen, dessen Erfordernis einer zusätzlichen, rein deklaratorischen Gerichtsstandsvereinbarung als konzeptionelle Neuerung in der praktischen Anwendung zu Missverständnissen führen dürfe. In der Diskussion wurde ferner aus schwedischer Perspektive zu bedenken gegeben, dass bei raschem Scheidungsverfahren und langwieriger güterrechtlicher Auseinandersetzung eine akzessorische Zuständigkeit wenig sinnvoll erscheine; auch bei der in manchen Staaten vorgesehenen Scheidung durch Verwaltungsbehörden ist eine solche nicht möglich.

Für die eigenen güterrechtlichen Zuständigkeitsregelungen der Art. 6 ff. EheGüVO/PartGüVO verbleibe damit nur ein kleiner Anwendungsbereich, sie kämen nur bei den seltenen isolierten Güterrechtsstreitigkeiten, bei Eheverfahren in Drittstaaten sowie vermutlich auch bei güterrechtlichen Verfahren nach Abschluss des Eheverfahrens zum Zuge. Art. 6 EheGüVO/PartGüVO lege den objektiven Gerichtsstand anhand einer Zuständigkeitsleiter fest, die vom (in den meisten Fällen sachgerechten) aktuellen gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt (lit. a) über den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, an dem noch einer der Ehegatten/Partner lebt (lit. b) und den gewöhnlichen Aufenthalt des Antragsgegners (lit. c) zur gemeinsamen Staatsangehörigkeit (lit. d) absteige. Die PartGüVO sehe darüber hinaus als letzte Stufe eine Zuständigkeit am Ort der Partnerschaftsbegründung vor (lit. e). Rechtstechnisch eigentlich der objektiven Anknüpfung vorrangig folge in Art. 7 EheGüVO/PartGüVO die Möglichkeit einer von Art. 6 EheGüVO/PartGüVO abweichenden Gerichtsstandsvereinbarung, deren Ausgestaltung sich an anderen Verordnungen orientiert und beschränkte Wahlmöglichkeiten zur Verfügung stelle. Eine Gerichtsstandswahl sei jederzeit möglich, müsse aber die Formerfordernisse des Art. 7 Abs. 2 EheGüVO/PartGüVO erfüllen. Abgerundet werde dieses Grundmodell durch eine Zuständigkeit kraft rügeloser Einlassung quasi als „überholende Heilungsmöglichkeit“ (Art. 8 EheGüVO/PartGüVO), eine subsidiäre Zuständigkeit der Gerichte am Belegenheitsort für unbewegliches Vermögen (Art. 10 EheGüVO/PartGüVO) und eine Notzuständigkeit in Drittstaaten-Fällen (Art. 11 EheGüVO/PartGüVO).

Als Hauptproblem der Zuständigkeitsregelungen erweise sich die Regelung alternativer Zuständigkeiten in Art. 9 EheGüVO/PartGüVO, die das Resultat eines politischen Kompromisses sei. Die Möglichkeit eines eigentlich zuständigen Gerichts, nach dessen IPR die Streitgegenständliche Ehe nicht anerkannt wird bzw. dessen Rechtsordnung eingetragene Partnerschaften nicht kennt, sich ausnahmsweise für unzuständig zu erklären, sei vor allem den Bedenken mancher Mitgliedstaaten hinsichtlich einer indirekten Anerkennung gleichgeschlechtlicher Ehen geschuldet. Die missglückte Kompromissregelung stelle keine klassische *ordre public*-Klausel dar und lasse vor allem hinsichtlich ihrer Folgen noch manche Fragen offen. Dies spiegelte sich bereits in der regen Diskussion wider, die unter anderem den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelung, ihre offene Formulierung (das Gericht „kann“ sich für unzuständig erklären) und ihre Vereinbarkeit mit den Grundrechten thematisierte.

Prof. Dr. *Dagmar Coester-Waltjen* (Universität Göttingen) leitete ins internationale Privatrecht über und ging auf „Die objektive Anknüpfung des Ehegüterstatuts“ ein. Hinsichtlich des zeitlichen Anwendungsbereichs der Verordnungen warf sie zunächst die – im Verlauf des Tages immer wieder thematisierte – Frage auf, wie am Stichtag 29.1.2019 geschlossene Ehen zu behandeln seien, was aufgrund von Formulierungsdiskrepanzen derzeit nicht eindeutig sei. Der breit gefasste sachliche Anwendungsbereich der EheGüVO erfasse auch Fragen, die nach bisherigem deutschem Verständnis den allgemeinen Ehwirkungen bzw. nach romanischer Auffassung dem *régime primaire* zuzuordnen sind – hier werde eine Abstimmung mit dem verbleibenden nationalen Ehe-IPR erforderlich sein.

Als internationalprivatrechtliche Grundprinzipien normiere die EheGüVO ihre universelle Anwendung (Art. 20 EheGüVO), ferner die in der Entwurfsphase stark umstrittene Unwandelbarkeit des Güterstatuts (Art. 26 Abs. 1 EheGüVO): Dass dieses bereits bei der Eheschließung endgültig festgelegt werde, entspreche zwar dem deutschen IPR, nicht aber der Lösung zahlreicher Mitgliedstaaten sowie des Haager Ehegüterrechts-Übereinkommens. Wie in der Erbrechts-VO werde einheitlich angeknüpft und eine *dépeçage* damit grundsätzlich ausgeschlossen (Art. 21 EheGüVO), ebenso der Renvoi (Art. 32 EheGüVO). Letzteres werde im Vergleich zur jetzigen deutschen Rechtslage zur häufigeren Anwendung ausländischen Rechts führen, einer Weiterverweisung des objektiv anwendbaren ausländischen Rechts könnten die Parteien durch Rechtswahl vorbeugen.

Das objektive Güterstatut werde nach Art. 26 Abs. 1 EheGüVO anhand einer Anknüpfungsleiter ermittelt. Im Vergleich zur derzeitigen deutschen Anknüpfungsleiter seien die beiden ersten Sprossen vertauscht: Primär maßgeblich sei nun der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt bei Eheschließung. Dieser sei rechtsaktbezogen autonom im Sinne des tatsächlichen Lebensmittelpunkts zu verstehen; vor Probleme könne dies freilich stellen, wenn die Ehegatten sich zwar im selben Staat, aber in unterschiedlichen Gebietseinheiten (etwa in verschiedenen Bundesstaaten der USA) aufhalten. Zwar könne der gemeinsame gewöhnliche Aufenthalt flexibel auch erst nach der Eheschließung begründet werden, dies müsse allerdings innerhalb relativ kurzer Frist (ca. drei Monate) geschehen. Auf der zweiten Leiterstufe stehe die gemeinsame Staatsangehörigkeit – hier stellten sich Probleme hinsichtlich der Behandlung von Mehrstaatlern, die als Vorfrage dem nationalen Kollisionsrecht vorbehalten bleibt und insbesondere bei mehreren gemeinsamen Staatsangehörigkeiten einer Heimatrecht-Anknüpfung entgegensteht. Als Auffangregelung fungiere das Prinzip der engsten Verbindung, bei dessen europarechtsautonomer Auslegung anders als in früheren Vorschlägen nicht mehr auf den Eheschließungsort, sondern etwa auf gemeinsame Herkunft, Religion, Kultur oder den geplanten gemeinsamen Aufenthalt abzustellen sein solle. Ein Rückgriff auf die *lex fori* sei dagegen (anders als in der Rom III-VO) aufgrund der daraus resultierenden *forum shopping*-Gefahr nicht vorgesehen. In der Diskussion zeigte ein Fallbeispiel aus der deutschschweizerischen Praxis freilich, dass die Anknüpfungsleiter der EheGüVO in Einzelfällen ins Leere zu laufen droht.

Als Hauptproblem der objektiven Anknüpfung wurde die Ausweichklausel des Art. 26 Abs. 3 EheGüVO dargestellt, die als Kompromisslösung die Unwandelbarkeit des Güterstatuts abfedern soll. Kritik sei bereits an ihrem engen Anwendungsbe- reich zu üben, da nicht ersichtlich sei, warum sie nur in Fällen einer Anknüpfung auf der ersten Leiterstufe greifen solle. Ihr Abstellen auf den letzten gemeinsamen gewöhnlichen Aufent- halt schließe eine Vielzahl an Fallkonstellationen aus; es bleibe unklar, wann beiderseitiges „Vertrauen“ vorliegen soll. Auch der vom Vertrauen des Dritten unabhängige Drittschutz sowie die Widerspruchsmöglichkeit hinsichtlich der Rückwirkung sorgten für praktische Schwierigkeiten. Zwar könne diese Re- gelung, die insgesamt Anwendungsdiskrepanzen befürchten lasse, als grundsätzlich passabel bewertet werden, allerdings seien bessere Regelungsoptionen verfügbar gewesen. Eine weitere Herausforderung für die praktische Anwendung des objektiv angeknüpften Güterstatuts seien vor allem die punk- tuellen Durchbrechungen der Einheit des Güterstatuts, die die EheGüVO etwa in der Eingriffsnormen-Regelung (Art. 30 Ehe- GüVO) zulasse und die für Rechtsunsicherheit sorgten. Auch hinsichtlich des engen Zusammenspiels des Güterrechts mit anderen familienrechtlichen Gebieten seien Diskrepanzen zu erwarten – die unterschiedlichen Anknüpfungsmomente und -zeitpunkte seien ebenso wenig aufeinander abgestimmt wie die Rechtswahlmöglichkeiten.

Als Alternative zur objektiven Anknüpfung des Güterstatuts gestatten Art. 22-24 EheGüVO die „Rechtswahlfreiheit im Ehegüterrecht“, deren Regelung Notar Dr. *Christoph Döbereiner* (München) vorstellte. Wesentliche Änderungen gegenüber dem derzeitigen deutschen Recht seien hier nicht zu erwarten – allerdings gelte künftig das Grundprinzip der Einheit der Rechtswahl, also der Ausschluss der *dépeçage*, die nach bis- herigem deutschem Recht viele praktische Probleme lösen konnte. Eine Rechtswahl sei vor, bei und nach der Eheschlie- ßung möglich und könne jederzeit geändert werden. Sie sei beschränkt auf das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort we- nigstens eines Ehegatten im Zeitpunkt der Rechtswahl und das Heimatrecht wenigstens eines Ehegatten. Während die Ermitt- lung des Aufenthaltsrechts weiterhin die bisher bekannten Pro- bleme zum Beispiel in Grenzpendlerfällen stellen dürfte und auch bei einer Rechtswahl vor Eheschließung für Komplika- tionen sorgen könne, würden bei der Vorfrage der Staatsangehö- rigkeit erneut der Umgang mit Mehrstaatlern, Staatenlosen sowie Mehr- und Teilrechtsstaaten potenziell problematisch.

Art. 23 Abs. 1 EheGüVO sehe zunächst als autonomes Form- erfordernis die Schriftform oder eine elektronische Alternative dazu vor. Die Diskussion wies auf Einzelfälle hin, in denen dies schwierig werden könnte, etwa bei einem reinen Ankreuzen von „Gütertrennung“ in einer italienischen Urkunde oder bei Schreibunfähigkeit eines Beteiligten. Für eine Rechtswahl in Deutschland dürfte allerdings die Ausnahme des Art. 23 Abs. 2 EheGüVO die Regel sein: Sofern der gewöhnliche Auf- enthaltsstaat der Ehegatten zusätzlich strengere Formvor- schriften für (weiter als der Ehevertrag nach § 1408 BGB zu verstehende) „Vereinbarungen über den ehelichen Güter- stand“ vorsieht, seien diese maßgeblich. Hier werde noch im Detail zu klären sein, wie mit konstitutiven bzw. für die Dritt- wirksamkeit relevanten nationalen Formerfordernissen (zum Beispiel Registrierung, Zeugen) im Einzelfall umzugehen sei.

Als potenziell problematisch wurde ferner der Wegfall des Rückgriffs auf die Ortsform identifiziert.

Eine materiell wirksame Rechtswahl werde künftig, etwa durch die Wahl eines bestimmten Güterstands, auch konkludent möglich sein. Das gewählte Recht entfalte Vorwirkung auch für Auslegungsfragen; mangels expliziter nationaler Normierun- gen zur Rechtswahl sollten hier die Regelungen für Ehever- träge entsprechend zur Anwendung kommen. Missglückt er- scheine dagegen die Ausnahmeregelung des Art. 24 Abs. 2 EheGüVO, bei der bereits nicht eindeutig sei, in welchen Fallkonstellationen sie überhaupt eingreifen wolle. Der ordre public-Vorbehalt (Art. 31 EheGüVO) dürfe wohl eher selten bereits auf Ebene der Rechtswahl zum Tragen kommen. Die wirksame Rechtswahl stelle eine Sachnormverweisung dar (Art. 32 EheGüVO) und wirke grundsätzlich ex nunc, wobei rückwirkende Vereinbarungen (die ggf. Rückabwicklungspro- bleme mit sich brächten) möglich seien. Die Wahl eines neuen Güterstatuts führe – ohne weitere Erfordernisse – zu einem Güterstandswechsel in den gesetzlichen Güterstand des Neu- statuts, sofern nicht innerhalb des gewählten Neustatuts nach dessen Recht ehevertraglich ein anderer Güterstand gewählt werde. Dies bringe nicht nur Probleme mit sich, wenn die Än- derung des Güterstatuts zu einer Änderung der sachenrech- tlichen Zuweisung führe – insbesondere bei Grundbucheintra- gungen –, sondern werfe auch zahlreiche Fragen im Zusam- menhang mit der Abwicklung des bisherigen Güterstands auf. Während eine Rechtswahländerung als neue Rechtswahl auf- zufassen sei, lasse die Aufhebung ohne Neustatutwahl ebenso Fragen offen wie eine Rechtswahl nach drittstaatlichem Recht. Insgesamt sei daher zu konstatieren, dass die Rechtswahl in der Praxis voraussichtlich als Instrument zur Lösung vieler, aber nicht aller Probleme dienen könne. Während in der Dis- kussion einerseits eine möglichst frühzeitige Nutzung dieser Gestaltungsmöglichkeit gefordert wurde, wurde andererseits auf die Probleme hinsichtlich der Koordinierung der Rechts- wahlmöglichkeiten bei gemeinsamer Regelung mehrerer fami- lienrechtlicher Aspekte (etwa bei Scheidungsvereinbarungen) hingewiesen.

Auf der Grundlage dieses Überblicks über die Hauptregelun- gen der Güterrechtsverordnungen widmeten sich die nachfol- genden Vorträge speziellen Fragen und Problemfeldern.

Anhand zahlreicher Fallbeispiele illustrierte Rechtsanwalt Dr. *Rembert Süß* (DNotI) die sehr technische Materie „Son- deranknüpfung von Eheverträgen und der Schutz Dritter“. Die materiellen Wirksamkeitsanforderungen an Eheverträge wer- den nach Art. 27 lit. g EheGüVO mittelbar dem Güterstatut unterstellt, dessen Bestimmung freilich insbesondere bei „an- tenuptial agreements“ Probleme aufwerfen könne. Hinsichtlich der formellen Anforderungen ersetze das Formstatut nach Art. 25 Abs. 2 EheGüVO die derzeitige favor negotii-Lösung des Art. 11 EGBGB – künftig komme es im Sinne eines favor negotianti auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Beteiligten an. Wie auch in der Diskussion betont wurde, ist diese Abkehr von einem im EU-Recht sonst grundlegenden Prinzip für die Rechtspraxis problematisch. Das genaue Verhältnis, in dem die in Abs. 3 geforderte Einhaltung der Formvorschriften des Geschäftsrechts zu dieser Regelung im Einzelnen steht, sei unklar, sie dürften aber wohl kumulativ eingreifen. Zu kritisieren

sei jedoch vor allem das Schriftformerfordernis des Art. 25 Abs. 1 EheGüVO, das als Mindestformerfordernis sachrechtsvereinheitlichend wirke – hierfür fehle eine Kompetenzgrundlage im EU-Recht und im Zusammenspiel mit dem nationalen Güterrecht seien mannigfaltige Probleme zu erwarten. Die darin liegende Diskriminierung von Drittstaatlern sowie der Angehörigen von nicht an der verstärkten Zusammenarbeit teilnehmenden Mitgliedstaaten sei außerdem potenziell europarechtswidrig.

In zahlreichen Fallkonstellationen werde außerdem die Praxis vor das Problem gestellt werden, welche nationalen Normen als Formvorschriften zu qualifizieren seien. Im englischen common law genüge beispielsweise für Eheverträge die einfache Schriftform, erforderlich seien aber „independent legal advice“ sowie „full and fair disclosure“. Diese Anforderungen zu qualifizieren werde eine ebenso große Herausforderung wie der Umgang mit den zahlreichen nationalen Rechtsfiguren, die nach der weiten Definition des Art. 3 Abs. 1 lit. b EheGüVO künftig als „Vereinbarung über den ehelichen Güterstand“ den dafür maßgeblichen Formvorschriften unterfallen.

Die Drittschutzregelungen der EheGüVO seien schließlich sehr kompliziert. Nach Art. 22 Abs. 3 EheGüVO dürfe die Rückwirkung einer Rechtswahl Dritte nicht beeinträchtigen, sodass Verfügungen diesen gegenüber wirksam blieben. Der von der Ausweichklausel des Art. 26 Abs. 3 EheGüVO ebenfalls vorgesehene Drittschutz dürfte die Anwendungsprobleme der Norm noch verschärfen. Die allgemeine Drittwirkungsregel in Art. 28 EheGüVO sehe schließlich eine Drittwirkung des Güterstatuts nur bei bösgläubigen Dritten vor, während für das Verhältnis zu gutgläubigen Dritten drei Ersatzrechte zur Verfügung gestellt würden. Wann ein Dritter die für eine Bösgläubigkeit erforderliche „Kenntnis“ habe, sei freilich bisher ungeklärt: Hier werde wohl das Wissen, dass güterrechtlich ein anderes Recht anwendbar sei, nicht ausreichen, sondern der Dritte werde vielmehr auch wissen müssen, was sich inhaltlich aus diesem anderen Recht ergebe. Die hieraus folgende Nachforschungspflicht bei Rechtsgeschäften mit Ehegatten werde durch die in Art. 63 EheGüVO für die Mitgliedstaaten vorgesehene Informationsplattform zwar erleichtert, sie bedeute jedoch für die Praxis insbesondere in Beurkundungsverfahren gesteigerte Aufklärungspflichten und damit einen erhöhten Aufwand.

Auf die „Besonderheiten der Verordnung für das Güterrecht eingetragener Partner“, das in einigen Punkten signifikant vom Ehegüterrecht abweicht, ging der Vortrag von Prof. Dr. *Michael Coester* (Universität München) ein. Vom Anwendungsbereich der PartGüVO erfasst seien unabhängig vom Geschlecht alle Partnerschaften zwischen zwei Personen, die keine Ehe seien, aber einen „offiziellen Charakter“ hätten – Abgrenzungsschwierigkeiten stellten sich zur faktischen Lebensgemeinschaft (zum Beispiel im common law) und zur reinen Zweckgemeinschaft (zum Beispiel beim französischen PACS), vor allem aber zur gleichgeschlechtlichen Ehe, deren Einordnung unter die EheGüVO oder die PartGüVO den Mitgliedstaaten überlassen bleibe.

Die Zuständigkeitsregelungen seien im Wesentlichen parallel zu denen der EheGüVO und trügen punktuell den Besonderheiten eingetragener Partnerschaften Rechnung, insbesondere durch die Erweiterung der Zuständigkeitsleiter des Art. 6 PartGüVO

um eine Auffangzuständigkeit am Registrierungsort. Die Ausnahmeregelung, nach der sich ein Gericht im Fall des Fehlens des Rechtsinstituts der eingetragenen Partnerschaft in der *lex fori* für unzuständig erklären könne, dürfte allerdings nur in Bulgarien relevant werden. Hinsichtlich des anwendbaren Rechts sei die – erst spät in den Verordnungstext eingefügte – Rechtswahl vorrangig, die voraussetze, dass das gewählte Recht über ein güterrechtliches Sachrecht für Lebenspartnerschaften verfüge. Als zusätzliche Option sei das Registrierungsstatut wählbar, das freilich auch ohne Rechtswahl im Wege der objektiven Anknüpfung einzig maßgeblich sei. Das Fehlen einer objektiven Anknüpfungsleiter sei als Systembruch zu bemängeln und lasse außerdem Mehrfachregistrierungsfälle ungelöst. Die Ausweichklausel in Art. 26 Abs. 2 PartGüVO stelle schließlich vor dieselben Fragen wie ihr Pendant in der EheGüVO. Die Ablösung der bisherigen deutschen Regelung des Partnerschaftsgüterrechts in Art. 17b EGBGB durch die PartGüVO lasse ebenfalls einige Probleme erwarten. Insgesamt könne man konstatieren, dass das Ehe- und Partnerschaftsrecht auch weiterhin zwei getrennte Bereiche bleiben werden – wie auch die Diskussion zeigte, wird der Versuch eines Kompromisses zwischen der Vielzahl nationaler Gestaltungsformen immer wieder vor komplexe Einzelfallfragen stellen.

Prof. Dr. *Andrea Bonomi* (Universität de Lausanne) stellte „Fragen des Allgemeinen Teils: Qualifikation, Vorfrage, Renvoi und ordre public“ vor. Die Auslegung der Rechtsbegriffe in den Verordnungen erfolge grundsätzlich autonom – also nach einer einheitlichen, gemeinsamen Auffassung. Während die Ausgestaltung nach nationalem Recht über den Aspekt der funktionalen Qualifikation Eingang finde, fordere eine textübergreifende Qualifikation den Einklang nicht nur bei Auslegung der beiden güterrechtlichen Verordnungen, sondern auch eine Koordination mit den Verordnungen zu benachbarten Rechtsgebieten, um Wertungswidersprüche zu vermeiden. Insbesondere der Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“ und der Umgang mit Mehrstaatlern würden die Frage einer rein verordnungsautonomen Qualifikation auf. Demgegenüber stelle der zentrale und politisch heikle Begriff „Ehe“ eine wesentliche Ausnahme vom Grundsatz der autonomen Auslegung dar: Die bewusste Verweisung auf das nationale Recht der Mitgliedstaaten sei bedauerlich. Um etwa die drohende Gefahr einer „Herabstufung“ gleichgeschlechtlicher Ehen zu Lebenspartnerschaften zu vermeiden, sei eine verbindliche gemeinsame Lösung anzustreben. Auch die Einstufung allgemeiner vermögensrechtlicher Ehwirkungen sei noch nicht geklärt – ob diese etwa als güterrechtlich dem Unwandelbarkeitsprinzip oder der Rechtswahlmöglichkeit unterstellt werden sollten oder vielmehr als Eingriffsnormen zu klassifizieren seien.

Die Verordnungen hielten sich, ebenso wie die EU ErbVO, hinsichtlich des Umgangs mit Vorfragen zurück. Hier werde lediglich auf das nationale Recht verwiesen, ohne Entscheidung, ob eine selbstständige oder unselbstständige Anknüpfung erfolgen solle. Wie in europäischen Rechtsakten üblich, enthielten die Verordnungen den Ausschluss des Renvoi – was durchaus kritisch gesehen werden könne – sowie eine klassische Vorbehaltsklausel zum *ordre public*, deren praktische Anwendung im Güterrecht jedoch begrenzt sein dürfte. Höhere Bedeutung dürfte eher der Eingriffsnormen-Regelung zukommen, die vor allem im Hinblick auf ihre Erstreckung auf

allgemeine Ehwirkungen noch klärungsbedürftig sei. Die für unbekanntes dingliche Rechte vorgesehene Anpassung (Art. 29 EheGüVO/PartGüVO) sei grundsätzlich sinnvoll, könne aber in Einzelfällen zu den bekannten Problemen einer Über- oder Unterkompensation führen.

Den Schwierigkeiten, die sich in den Randbereichen des Güterrechts stellen, ging der Vortrag „Der sachliche Anwendungsbereich der Güterrechtsverordnungen und der Umfang des Güterrechtsstatuts“ von Dr. *Andreas Köhler* (Universität Passau) nach. Eine sowohl positive als auch negative Abgrenzung des Anwendungsbereichs der güterrechtlichen Verordnungen gegenüber außerhalb davon liegenden Bereichen werde jeweils im ersten Artikel der Verordnungen vorgenommen. Ein detaillierter Blick auf die enumerativen Listen zeige das weit gefasste Verständnis: Letztlich sollten alle Rechtssätze, die eine vermögensrechtliche Sonderordnung zwischen den Ehegatten/Partnern begründen, darunter fallen. Die „nebegüterrechtlichen“ deutschen Rechtsinstitute wie die ehebedingte Zuwendung oder die Ehegattinnen-Gesellschaft dürften damit dem europäischen Güterrecht zuzuordnen sein. Als problematisch erweise sich auch hinsichtlich des Anwendungsbereichs das Offenlassen der Begriffe „Ehe“ und „Partnerschaft“ – eine streng funktionale autonome Definition hätte auch hier Unklarheiten vermeiden können. Die Reichweite der Bereichsausnahme des Art. 1 Abs. 2 lit. g EheGüVO/PartGüVO „die Art der dinglichen Rechte an Vermögen“ stelle vor ebenso große Probleme wie die entsprechende Regelung in der EUErbVO – hier wurde für eine restriktive Auslegung plädiert. Genauso solle die Bereichsausnahme für Registrierungen in Art. 1 Abs. 2 lit. h EheGüVO/PartGüVO eng aufgefasst werden. In der Diskussion zeigte sich einmal mehr, dass die bisher problematischen Qualifikationsfälle (etwa § 1371 BGB oder Lebensversicherungen) auch nach der EheGüVO brisant bleiben werden.

Art. 27 EheGüVO/PartGüVO nehme demgegenüber eine Abgrenzung zwischen Bereichen innerhalb der Verordnungen selbst vor. Da vom weiten Verständnis des europäischen Güterrechtsbegriffs auch Aspekte wie die Schlüsselgewalt oder Verfügungsbeschränkungen erfasst seien, werde für die allgemeinen Ehwirkungen des Art. 14 EGBGB voraussichtlich nur noch ein kleiner Anwendungsbereich verbleiben. Mit Spannung könne dagegen die europarechtliche Antwort auf die Dauerbrenner-Frage der Einordnung der „Morgengabe“ erwartet werden. Bei der Auslegung der Eingriffsnormen-Regelung in Art. 30 EheGüVO/PartGüVO sei damit zu rechnen, dass sie jedenfalls Vorschriften zum Schutz der Ehwohnung erfasse; ob auch andere Eingriffsnormen, zum Beispiel Verfügungsverbote oder die Nichtigkeit von Eheverträgen, bei hinreichendem Inlandsbezug hierunter fallen werden, sei derzeit offen.

Die außenpolitische Dimension beleuchtete Prof. Dr. *Christian Köhler* (Universität des Saarlandes) in seinem Referat „Drittstaaten und die vorrangigen Staatsverträge der Mitgliedstaaten“. Die in diesem Zusammenhang aufgeworfenen allgemeinen Fragen etwa des Vorrangs von Staatsverträgen mit Drittstaaten stellten kein Spezifikum der Güterrechtsverordnungen

dar, sondern kämen beispielsweise auch für die Erbrechts-VO zum Tragen. Zu berücksichtigen sei allerdings, dass die güterrechtlichen Verordnungen nur für die an der verstärkten Zusammenarbeit teilnehmenden Mitgliedstaaten gelten, der Kreis der Drittstaaten also um die nichtteilnehmenden Mitgliedstaaten als „unechte Drittstaaten“ erweitert werde. Die in Art. 62 Abs. 1 EheGüVO/PartGüVO im Einklang mit der primärrechtlichen Regelung des Art. 351 AEUV normierte Unberührtheit bestehender Staatsverträge erfasse damit auch Übereinkommen zwischen Teilnahme- und Nichtteilnahme-Mitgliedstaaten, während die nordischen Ehegüterrechts-Übereinkommen nach Art. 62 Abs. 3 EheGüVO als „verstärkte Zusammenarbeit innerhalb der verstärkten Zusammenarbeit“ Fortbestand hätten.

Ein Überblick über die verschiedenen im Bereich der EheGüVO betroffenen Staatsverträge zeigte die Vielgestaltigkeit güterrechtlicher bilateraler Abkommen im Bereich des Kollisions- und teils auch Zuständigkeitsrechts: Neben dem oft zitierten deutsch-persischen Niederlassungsabkommen von 1929 bestünden beispielsweise Staatsverträge zwischen Österreich und Polen oder zwischen den ehemaligen „sozialistischen Bruderstaaten“ Mitteleuropas. Diese beanspruchten sachlichen Vorrang vor der EheGüVO, sofern sie dort geregelte Bereiche betrafen. Die Regelungen der zumeist älteren Staatsverträge entsprächen vielfach nicht jenen der Verordnung, so sei etwa der Stellenwert der Parteiautonomie meist geringer und die objektive Anknüpfung werde anhand abweichender Merkmale vorgenommen. Hieraus ergebe sich letztlich eine Unvereinbarkeit der Abkommen mit der EheGüVO – und damit eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten aus Art. 351 Abs. 2 AEUV, diese Unvereinbarkeit zu beseitigen. Ob und inwieweit der EuGH im familienrechtlichen Bereich auf der Einhaltung dieser Verpflichtung bestehen werde, sei derzeit völlig offen. Als Alternative zur Kündigung der Staatsverträge als ultima ratio kämen Revisionsverhandlungen in Betracht, in deren Rahmen ggf. auch europarechtliche Sonderwege gegangen werden könnten. Als erste Schritte erschienen zunächst eine Bestandsaufnahme der Altabkommen sowie eine Einzelfallbeurteilung sinnvoll.

Das Schlusswort von Prof. Dr. *Anatol Dutta* (Universität Regensburg) hielt fest, dass die Streitgegenstände im Bereich der güterrechtlichen Verordnungen noch nicht vollständig entdeckt, geschweige denn erkundet seien. Viele grundlegende Fragen, die einer Klärung durch Wissenschaft und Praxis bedürfen werden, konnten im Rahmen des Symposiums bereits identifiziert werden. Große Bedeutung wird in diesem Rechtsgebiet etwa dem sonst meist eher wenig beachteten intertemporalen Recht zukommen, wie nicht nur die immer wieder auftauchende Stichtagsfrage illustriert. Auch bei der Behandlung gleichgeschlechtlicher Ehen wurde immer wieder wesentlicher Diskussionsbedarf deutlich. Trotz aller offenen Fragen und politischer Kompromisse stellten die Güterrechts-Verordnungen aber eine Errungenschaft dar, auf deren theoretische Erörterung und praktische Erprobung man gespannt bleiben dürfe.

VERANSTALTUNGSHINWEISE

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Digitalisierung in der notariellen Praxis

Donnerstag, 8. Juni 2017, 17:30 Uhr s. t.

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss),

Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München

Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

Referenten:

Prof. Dr. *Florian Matthes*, TU München

Wissenschaftlicher Mitarbeiter *Bernhard Waltl*, TU München

Notar *Jens Kirchner*, München

Tagungsbeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung:

FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de, Tel. 089 2180-1420,
Fax: 089 2180-13981

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter www.notarrechtsinstitut.de.

6. Symposium des Instituts für Notarrecht Göttingen

Vorsorgevollmacht – Aktuelle Probleme, Herausforderungen und Perspektiven

Freitag, 9. Juni 2017, 10.00 Uhr

Hörsaal MED 18 der Klinik für Psychiatrie und Psychotherapie,

Von-Siebold-Straße 5, 37075 Göttingen

Aus dem Programm:

Einführung und Überblick über die Funktion und Bedeutung der Vorsorgevollmacht im (Rechts-)Vergleich (Prof. Dr. Dr. h.c. *Volker Lipp*, Göttingen)

Errichtung und Verwendung der Vorsorgevollmacht in der notariellen Praxis (Notar Prof. Dr. *Maximilian Zimmer*, Wernigerode/Harz)

Tätigkeit und Kontrolle des Bevollmächtigten (RiBGH Dr. *Claudio Neddén-Boeger*, Karlsruhe; RA Dr. *Dietmar Kurze*, Berlin)

Vorsorgevollmacht und Betreuungsvermeidung/Subsidiarität der Betreuung (ViPräsinkG Dr. *Andrea Diekmann*, Berlin)

Rechtspolitische Perspektiven im Hinblick auf die Vorsorgevollmacht (MinRätin *Annette Schnellenbach*, LL.M., Berlin)

Tagungsbeitrag: 150 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.; 195 € für Nichtmitglieder; reduzierte Sätze für Notarassessoren und Notare a. D.

Kontakt/Anmeldung: bis Freitag, 19. Mai 2017: Institut für Notarrecht an der Georg-August-Universität Göttingen, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen, Tel. 0551 397399, Fax: 0551 399252, E-Mail: Notarrecht@uni-goettingen.de (Betreff: Symposium Notarrecht Göttingen)

Veranstaltungen des DAI

1. **Intensivseminar Grundstückskaufvertrag**
(Sikora)
4.5.–5.5.2017 in Bochum
2. **Übergabeverträge im Grundbuch-, Sozial-,
Pflichtteils- und Steuerrecht**
(Gibhardt)
12.5.2017 in Kassel
3. **Das Bauträgerrecht in der notariellen Praxis**
(Monreal)
13.5.2017 in Kiel
4. **Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis
des Notariats – Vertiefung**
(Tondorf)
15.5.–19.5.2017 in Westerstede
5. **Zwangsversteigerungsrecht in der
notariellen Vertragsgestaltung**
(Franck)
17.5.2017 in Berlin
6. **Intensivkurs Erbrecht**
(Frenz)
19.5.–20.5.2017 in Kiel
7. **Haftungsfallen im Erbrecht**
(Ivo/Müller)
20.5.2017 in Heusenstamm
8. **Wohnungseigentumsrecht und Erbbaurecht
für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Tondorf)
9.6.2017 in Heusenstamm
9. **Das Landwirtschaftsrecht in der notariellen Praxis**
(Hartmann/Piltz)
10.6.2017 in Köln
10. **Vorbereitung und Abwicklung nachlassgerichtlicher
Erklärungen und Urkunden**
(Tondorf)
21.6.2017 in Bochum
11. **Ältere Menschen als Urkundsbeteiligte**
(Renner/Wetterling)
24.6.2017 in Köln
12. **Aktuelles aus dem Handelsregister – Update 2017**
(Melchior/Schmidt)
30.6.2017 in Kiel

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. Bayerisches Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (Hrsg.): Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter. 17. Aufl., Beck, 2017. 47 S., 5,50 €
2. Benz/Blumenberg/Crezelius: Erbschaftsteuerreform 2016. Beck, 2017. 356 S., 49 €
3. Elsing: Handels- und Gesellschaftsrecht in der notariellen Praxis. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2017. 384 S., 44 €
4. Engl (Hrsg.): Formularbuch Umwandlungen. 4. Aufl., Beck, 2017. 1551 S., 189 €
5. Freier: Die Gründung einer SE als Vorratsgesellschaft. Nomos, 2016. 316 S., 83 €
6. Gierl/Köhler/Kroiß: Internationales Erbrecht. 2. Aufl., Nomos, 2017. 441 S., 68 €
7. Götz/Hülsmann: Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht. 11. Aufl., NWB, 2017. 422 S., 64 €
8. Grasser: Unwirksamkeit vertraglicher Lösungsklauseln für den Insolvenzfall. Kovac, 2017. 466 S., 129,80 €
9. Habersack (Hrsg.): Münchener Kommentar zum BGB. Band 6: Schuldrecht, Besonderer Teil IV, §§ 705-853, PartGG, ProdHaftG. 7. Aufl., Beck, 2017. 2714 S., 299 €
10. Halaczinsky/Wochner: Schenken, Erben, Steuern. 11. Aufl., Stollfuß, 2017. 592 S., 49,80 €
11. Haussener: Selbstbestimmung am Lebensende: Realität oder Illusion? Nomos, 2017. 380 S., 99 €
12. Held: Die Anfechtung unentgeltlicher Leistungen gemäß § 134 InsO. Mohr Siebeck, 2017. 549 S., 119 €
13. Holtwiesche: Der Stiftungsvorstand bei der Vermögensverwaltung. Nomos, 2017. 347 S., 90 €
14. Hornung: Die psychiatrische Patientenverfügung im Betreuungsrecht. Nomos, 2017. 389 S., 99 €
15. Huber/Schmidt/Horch: Die Erbschaftsteuerreform. Nomos, 2017. 185 S., 48 €
16. Kanzler/Kraft/Bäumel (Hrsg.): EStG Kommentar. 2. Aufl., NWB, 2017. 3244 S., 179 €
17. Kirchhof (Hrsg.): EStG. 16. Aufl., Schmidt, 2017. 2752 S., 169 €
18. Kunte: Die Erbengemeinschaft mit Instandsetzungsbedürftigem Nachlass. Nomos, 2017. 249 S., 65 €
19. Kurze (Hrsg.): Vorsorgerecht: Vollmacht, Patientenverfügung, lebzeitige Verfügungen. Kommentar. Beck, 2017. 593 S., 85 €
20. Müller: Unternehmensnachfolge und Erbschaftsteuer. Schmidt, 2017. 613 S., 69,95 €
21. Mumme: Gläubigerschutz durch Berufshaftpflichtversicherung in der PartGmbH. Nomos, 2017. 316 S., 84 €
22. Musielak/Voit (Hrsg.): ZPO. 14. Aufl., Vahlen, 2017. 3295 S., 169 €
23. Osterloh-Konrad/Heber/Beuchert: Anzeigepflichten für Steuergestaltungen in Deutschland. Springer, 2017. 157 S., 59,99 €
24. Rußmann: Erwerb mit Mitteln der Erbschaft. Mohr Siebeck, 2017. 377 S., 69 €
25. Schlier: Mängelrechte vor der Abnahme im BGB-Bauvertrag. Nomos, 2017. 211 S., 59 €
26. Schmidt/Weber-Grellet (Hrsg.): EStG. 36. Aufl., Beck, 2017. 2608 S., 105 €
27. Schmitt: Das Sorgerecht nichtverheirateter Väter. Nomos, 2017. 288 S., 75 €
28. Schulte: Rechtsbeziehungen zwischen Stifter und Stiftung. Springer, 2017. 182 S., 49,99 €
29. Settels: Destinatsleistungen und andere satzungsgemäße Zuwendungen als Schenkungen. Nomos, 2017. 228 S., 59 €
30. Staudinger (Hrsg.): Kommentar zum BGB. Buch 4: Familienrecht. §§ 1363-1407. 16. Aufl., De Gruyter, 2017. 436 S., 159,95 €
31. Staudinger (Hrsg.): Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 662-675b. 16. Aufl., De Gruyter, 2017. 482 S., 179,95 €
32. Widmann: Die Verschmelzung unter Ausschluss der Minderheitsaktionäre der übertragenden Aktiengesellschaft gemäß § 62 Abs. 5 UmwG. Nomos, 2017. 241 S., 63 €
33. Wilk: Aktionärsrechte in der deutschen SE. Duncker & Humblot, 2017. 610 S., 129,90 €
34. Winkler: BeurkG. 18. Aufl., Beck, 2017. 1032 S., 125 €

STANDESNAHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Gernar Hüttinger, München, verstorben am 9.3.2017

Notar a. D. Dr. Heinz Keilbach, Passau, verstorben am 11.4.2017

2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.4.2017:

Notar Norbert Martin, Wasserburg a. Inn

Mit Wirkung zum 1.6.2017:

Notar Dr. Hans Friedel Ott, Schweinfurt

Notar Wilfried Schwarzer, Tegernsee

3. Amtsniederlegung nach § 48b BNotO:

Mit Wirkung zum 1.5.2017:

Notar Dr. Christoph Reymann, Neustadt b. Coburg

4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.4.2017:

Bamberg (in Sozietät mit Notar Dr. Eigner)	dem Notar Dr. Carl Michael Niemeyer (bisher in Eschenbach)
--	--

Mallersdorf-Pfaffenberg	dem Notarassessor Christian Häusler (bisher in München, Notarstellen Dr. Götte/ Lautner)
-------------------------	--

Pegnitz	der Notarin a. D. Dr. Manuela Müller
---------	---

Simbach a. Inn	der Notarassessorin Katharina Trommler (bisher in München, Notarstellen Dr. Görk/ Dr. Berringer)
----------------	--

Wasserburg a. Inn (in Sozietät mit Notarin Dr. Bartsch)	dem Notar Florian Machleidt (bisher in Deggendorf)
---	--

Mit Wirkung zum 1.5.2017:

Rotthalmünster (in Sozietät mit Notar Färber)	dem Notarassessor Gregor Rödl (bisher in Regensburg, Notarstellen Ziegler/ Dr. Mayer)
---	---

Mit Wirkung zum 1.6.2017:

Schweinfurt (in Sozietät mit Notar Dr. Ott)	dem Notar Dr. Christian Betz (bisher in Oettingen i. Bay.)
---	--

5. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.4.2017:

Dr. Andreas Salzmann, Regensburg
(Notarstellen Dr. Thalhammer/Schünemann)

Angelika Strähuber, Hof
(Notarstelle Dr. Suttmann)

Mit Wirkung zum 1.5.2017:

Dr. Julius Forschner, Würzburg
(Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

Dr. Claudia Mair, Neumarkt i. d. OPf.
(Notarstellen Dr. Mickisch/Dr. Heinemann)

Dr. Benedikt Strauß, Friedberg
(Notarstelle Brandt)

6. Versetzung und sonstige Veränderungen

Notarassessor Malte Giebel, Augsburg
(Notarstelle Hille), ab 27.3.2017 in Nürnberg
(Notarstellen Thoma/Weinmann)

Notarassessor Tobias Andrissek, Amberg
(Notarstelle Dr. Frank), ab 1.4.2017 in
Regensburg (Notarstellen Dr. Albrecht/Franzmann)

Notarassessor Stefan Schmitz, Ludwigshafen am Rh.
(Notarstellen Dr. Wilke/Dr. Wall), ab 24.4.2017
in Freinsheim (Notarstelle Dr. Schönberger)

Oberinspektorin i. N. Melanie Buchner, Lauingen (Donau)
(derzeit in Elternzeit), ab 1.5.2017 in Neu-Ulm
(Notarstellen Dr. Lutz/Weber)

7. Ausgeschiedene Angestellte:

Oberinspektor i. N. Roland Werner, Erding
(Notarstelle Olk), zum 28.2.2017 ausgeschieden

8. Höhergruppierung (Nachtrag):

Mit Wirkung zum 1.1.2017:

Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 13):

Jürgen List, Wunsiedel
(Notarstelle von Edlinger)

9. Neueinstellungen von Inspektoren i. N.:

Mit Wirkung zum 1.4.2017:

Anja Augsten, München
(Notarstelle Hönle)

Sebastian Danhofer, Friedberg
(Notarstellen Deutrich/Dr. Ihrig)

Claudia Decker, Bogen
(Notarstelle Dr. Sommerfeld)

Nina Donner, München
(Notarstellen Traugott/Dr. Nachreiner)

Sophie Forstner, Fürstenfeldbruck
(Notarstellen Dr. Buchta/Dr. Jung)

Anja Frisch, Lauf a. d. Pegnitz
(Notarstellen Dr. Lindner/Dr. Feierlein)

Isabel Goller, Zusmarshausen
(Notarstelle Mödl)

Katharina Görlach, Neu-Ulm
(Notarstellen Dr. Munzig/Hölzlein)

Timo Gutmann, Ochsenfurt
(Notarstellen Dr. Falkner/Dr. Serr)

Lisa Güttler, Ansbach
(Notarstelle Appel)

Sepideh Heidary Dastjardi, Neu-Ulm
(Notarstellen Dr. Winkler/Stelzer)

Maximilian Hermann, Augsburg
(Notarstelle Siebenhaar)

Michael Huber, München
(Notarstelle Dr. Wachter)

Matthias Kammermeier, Neumarkt-Sankt Veit
(Notarstelle Wurm)

Nikolas Kling-Furtner, Geisenfeld
(Notarstelle Kuhne)

Corinna Kutscher, Regensburg
(Notarstellen Dr. Albrecht/Franzmann)

Sabine Miller, Neu-Ulm
(Notarstellen Dr. Lutz/Weber)

Annika Neumair, München
(Notarstellen Dr. Schwab/Dr. Weiler)

Alexandra Pichler, Simbach a. Inn
(Notarstelle Trommler)

Antonia Rieger, Lindenberg i. Allgäu
(Notarstelle Dr. Hipler)

Leonie Schachner, Gunzenhausen
(Notarstellen Dr. Stiebitz/Dr. Vedder)

Bianca Stephan, Rain
(Notarstelle Dr. Hörmann)

Kathrin Weiß-Maier, Ansbach
(Notarstellen Dr. Anderle/Dr. Dietrich)

Anna Wessinger, Schwabmünchen
(Notarstellen Dr. Weigl/Grob)

Thomas Wieland, Parsberg
(Notarstelle Schulze)

Sandra Wörle, Ingolstadt
(Notarstellen Dr. Macht/Matheis)

Lina Zott, Dorfen
(Notarstelle Stahl)

ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

Burgau, Notarstelle Kerler
Ostpreußenstraße 10, 89331 Burgau

Burglengenfeld, Notarstelle Diel
Maxhütter Straße 7, 93133 Burglengenfeld

Kandel/Pfalz, Notarstellen Freunsch/Wassermann
Im Stadtkern 3, 76870 Kandel/Pfalz

Traunstein, Notarstelle Riegel
Maximilianstraße 19, 83278 Traunstein
Telefax: 0861 9887022

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