

MittBayNot

Begründet 1864

3|2020

Mai/Juni 2020

Mitteilungen des
Bayerischen Notarvereins,
der Notarkasse und der
Landesnotarkammer
Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
Vorübergehend:
Denninger Straße 169
81925 München

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Benedikt Mack,
Notarassessor
Angelika Strähuber,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

- **Becker:** Zur Namhaftmachung der Erben nach GBO, ZPO und BeurkG 213
- **Weiler:** Identitätsgrundsatz ade? Neues zum Formwechsel GmbH in GmbH & Co. KG und vice versa – zugleich Anmerkung zu OLG Oldenburg und KG 216

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Forschner** zu **BGH:** Ansprüche wegen Beeinträchtigung durch natürliche Immissionen einer Anpflanzung (Baum) auf dem Nachbargrundstück 231
- **Weber** zu **OLG München:** Zur Genehmigungsbedürftigkeit von Finanzierungsgrundschulden nach Art. 72 Abs. 3 GO. 238
- **Basty** zu **KG:** Einstweilige Verfügung gegen einen Bauträger auf Übergabe der Wohnung. 243
- **Suttman** zu **OLG München** und **OLG Stuttgart:** Wirksame Vertretung des Nacherben durch den trans- oder postmortal bevollmächtigten Vorerben 250
- **Weidlich** zu **BGH:** Sittenwidrigkeit eines Behindertentestaments 263
- **Menzel** zu **OLG Oldenburg:** Lediglich rechtlicher Vorteil und Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung bei Übertragung eines voll eingezahlten KG-Anteils auf einen Minderjährigen. 272
- **Bayer** zu **BGH:** Schadensersatz wegen notarieller Amtspflichtverletzung 278
- **Meininghaus** zu **OLG Rostock:** Eignung eines Notarassessors bei Sonderverwendung 282
- **Strauß** zu **OLG Bamberg:** Berücksichtigung eigener Anteile bei der Bewertung von Gesellschaftsanteilen 284
- **Loose** zu **BFH:** Wegfall der Steuerbefreiung für ein Familienheim bei Aufgabe des Eigentums 289

Impressum

MittBayNot

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

Herausgeber:

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

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Notarassessor Benedikt Mack,
Notarassessorin Angelika Strähuber

Druck:

Universal Medien GmbH
Geretsrieder Straße 10
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 3 | 2020

AUFSÄTZE		213
Becker: Zur Namhaftmachung der Erben nach GBO, ZPO und BeurkG	213	
Weiler: Identitätsgrundsatz ade? Neues zum Formwechsel GmbH in GmbH & Co. KG und vice versa – zugleich Anmerkung zu OLG Oldenburg, Beschluss vom 19.12.2019, 12 W 133/19 sowie zu KG, Beschluss vom 19.12.2018, 22 W 85/18	216	
BUCHBESPRECHUNGEN		223
Habersack/Wicke: Umwandlungsgesetz (Gutfried)	223	
Heiß/Born: Unterhaltsrecht. Ein Handbuch für die Praxis (Menne)	224	
Scherer: Unternehmensnachfolge (Salzmann)	225	
Winkler: Beurkundungsgesetz (Strähuber)	226	
RECHTSPRECHUNG		227
Bürgerliches Recht		
ALLGEMEINES		
1. Ansprüche wegen Beeinträchtigung durch natürliche Immissionen einer Anpflanzung (Baum) auf dem Nachbargrundstück (BGH, Urteil vom 10.9.2019, V ZR 218/18) mit Anmerkung Forschner	227 231	
2. Kein Bearbeitungsentgelt einer Sparkasse für Treuhandauftrag bei Darlehensablösung (BGH, Urteil vom 10.9.2019, XI ZR 7/19)	233	
3. Zur Genehmigungsbedürftigkeit von Finanzierungsgrundschulden nach Art. 72 Abs. 3 GO (OLG München, Beschluss vom 16.9.2019, 34 Wx 445/18) mit Anmerkung Weber	235 238	
4. Einstweilige Verfügung gegen einen Bauträger auf Übergabe der Wohnung (KG, Urteil vom 20.8.2019, 21 W 17/19) mit Anmerkung Basty	240 243	
5. Ablehnung einer einstweiligen Verfügung auf Besitzübergabe eines Reihenhauses (LG München I, Urteil vom 26.6.2019, 24 O 6425/19)	244	
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT		
6. Löschung einer Grundschuld bei Gesamtberechtigung (OLG München, Beschluss vom 2.10.2019, 34 Wx 316/19 – Ls.)	246	
7. Zustimmung des Vorerben zu einer Verfügung sich selbst gegenüber (OLG München, Beschluss vom 14.6.2019, 34 Wx 237/18)	246	
8. Wirksame Vertretung des Nacherben durch den trans- oder postmortal bevollmächtigten Vorerben (OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.5.2019, 8 W 160/19) mit Anmerkung Suttmann	248 250	
9. Bildung von Wohneigentum aus zwei Grundstücken (OLG Köln, Beschluss vom 11.4.2019, 2 Wx 69/19)	254	
10. Zur Kraftloserklärung eines Hypothekenbriefes (KG, Beschluss vom 12.6.2018, 13 W 6/18)	256	
FAMILIENRECHT		
11. Erforderlichkeit einer familiengerichtlichen Genehmigung bei fehlendem unmittelbarem Zusammenhang zwischen Erwerb und Belastung des Eigentums (hier: Nießbrauch) (KG, Beschluss vom 5.9.2019, 1 W 227/19)	258	
12. Abänderung des Kinderunterhalts bei hohem Einkommen (KG, Beschluss vom 26.6.2019, 13 UF 89/17 – Ls.)	260	
13. Adoption durch genetische Mutter nach Leihmutterchaft (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 28.2.2019, 1 UF 71/18 – Ls.)	261	
ERBRECHT		
14. Sittenwidrigkeit eines Behindertentestaments (BGH, Beschluss vom 24.7.2019, XII ZB 560/18) mit Anmerkung Weidlich	261 263	
15. Testamentsauslegung „für den Fall eines gleichzeitigen Ablebens“ (BGH, Beschluss vom 19.6.2019, IV ZB 30/18 – Ls.)	265	

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 3 | 2020

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

16. Zulässigkeit des Eintritts der Komplementärin nach Wirksamwerden des Formwechsels einer GmbH in eine GmbH & Co. KG
(OLG Oldenburg, Beschluss vom 19.12.2019, 12 W 133/19) 265
17. Keine Beendigung der Liquidation allein aufgrund behaupteter Vermögenslosigkeit
(KG, Beschluss vom 22.7.2019, 22 W 29/18) 267
18. Nachweis einer Vertretungsberechtigung des Geschäftsführers einer englischen Ltd.
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.7.2019, 3 Wx 138/18 – Ls.) 269
19. Lediglich rechtlicher Vorteil und Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung bei Übertragung eines voll eingezahlten KG-Anteils auf einen Minderjährigen
(OLG Oldenburg, Beschluss vom 17.7.2019, 12 W 53/19) 269
mit Anmerkung **Menzel** 272
20. Zur Befreiung des Liquidators einer GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB
(OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21.5.2019, 20 W 87/18 – Ls.) 273

Internationales Privatrecht

21. Grundbuchberichtigung aufgrund einer ausländischen güterrechtlichen Entscheidung
(BGH, Beschluss vom 16.5.2019, V ZB 101/18 – Ls.) 274

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

22. Keine Vorsatzanfechtung bei ernsthaftem, wenn auch letztlich fehlgeschlagenem Sanierungsversuch
(BGH, Urteil vom 28.3.2019, IX ZR 7/18 – Ls.) 274
23. Haftung des Geschäftsführers für Zahlungen nach Insolvenzreife
(OLG München, Urteil vom 17.1.2019, 23 U 998/18 – Ls.) 274

Beurkundungs- und Notarrecht

24. Schadensersatz wegen notarieller Amtspflichtverletzung
(BGH, Urteil vom 10.10.19, III ZR 227/18) 275
mit Anmerkung **Bayer** 278

25. Eignung eines Notarassessors bei Sonderverwendung
(OLG Rostock, Urteil vom 23.9.2019, 15 Not 1/18) 279
mit Anmerkung **Meininghaus** 282

Kostenrecht

26. Berücksichtigung eigener Anteile bei der Bewertung von Gesellschaftsanteilen
(OLG Bamberg, Beschluss vom 22.8.2019, 1 W 49/19) 283
mit Anmerkung **Strauß** 284

Steuerrecht

27. Wegfall der Steuerbefreiung für ein Familienheim bei Aufgabe des Eigentums
(BFH, Urteil vom 11.7.2019, II R 38/16) 285
mit Anmerkung **Loose** 289
28. Übertragung des Betriebsgrundstücks auf die bisherige Organgesellschaft im Rahmen der Beendigung der Organschaft als Geschäftsveräußerung
(BFH, Urteil vom 26.6.2019, XI R 3/17) 291
29. Kein wirtschaftliches Eigentum eines Sondernutzungsberechtigten
(BFH, Urteil vom 5.7.2018, VI R 67/15) 298

SONSTIGES 302

Tagungsbericht 302

Blumenberg: Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen

Veranstaltungshinweise 305

Neuerscheinungen 307

STANDESNACHRICHTEN 308

AUFSÄTZE

Zur Namhaftmachung der Erben nach GBO, ZPO und BeurkG

Von Notar Dr. **Peter Becker**, Schwäbisch Gmünd

Die Grundbuchordnung sieht unter anderem in § 40 GBO Ausnahmen vom sog. Grundsatz der Voreintragung (§ 39 GBO) vor. Die Rechtsprechung der OLG, nicht zuletzt des OLG Stuttgart im Jahre 2018, hat die analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 Fall 4 GBO (Nachlasspfleger) auf die Fälle des Handelns eines transmortal Bevollmächtigten nach dem Erbfall bestätigt und damit im Ergebnis auch eine Ausnahme von der namentlichen Bezeichnung des bzw. der Erben im Grundbuchverfahren geschaffen. Im Gegensatz dazu sieht die ZPO in § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO grundsätzlich zwingend die Bezeichnung der Parteien in der Klageschrift und korrespondierend im Vollstreckungstitel gemäß § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO vor. Aus dieser Diskrepanz zwischen GBO und ZPO könnten sich für den Erwerber beim Abschluss eines Kaufvertrags mit einem „für den oder die unbekanntem Erben“ handelnden Bevollmächtigten, Probleme in der Rechtsdurchsetzung, zum Beispiel im späteren Mängelprozess, ergeben. Die nachstehenden Ausführungen dienen der Ergänzung meines Beitrags in der MittBayNot 2019, 315. Sie berücksichtigen auch Aspekte des BeurkG und GwG, d. h. der Verpflichtung des Notars zur Identifizierung auch des wirtschaftlich Berechtigten.

I. Einleitung

Die Rechtsprechung der OLG² eröffnet dem Notar zunehmend die Möglichkeit zum Verzicht auf die Voreintragung beim Handeln eines transmortal Bevollmächtigten nach dem Erbfall. Was grundbuchverfahrensrechtlich möglich ist, kann aber gleichwohl aus anderen Gründen auf Bedenken stoßen.³ An dieser Stelle möchte ich diese um eine zunächst zivilprozessuale Perspektive erweitern.

- 1 OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, MittBayNot 2019, 343 und Beschluss vom 2.11.2018, 8 W 312/18, MittBayNot 2019, 578 (m. Anm. *Becker*).
- 2 Zuletzt etwa OLG Celle, Beschluss vom 15.8.2019, 18 W 33/19, BeckRS 2019, 21711 = DNotI-Report 2019, 150 = FD-ErbR 2019, 421047.
- 3 Vgl. *Becker*, MittBayNot 2019, 315.

II. Die Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO an die Klageschrift

§ 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO sieht die namentliche Bezeichnung der Parteien des Zivilprozesses in der Klageschrift vor.⁴ Gegen namentlich Unbekannte kann nach der ZPO, was sich vor allem bei Domains zeigt,⁵ nur schwer bis gar nicht vorgegangen werden. Dies setzt nicht voraus, dass zwingend ein Erbschein⁶ vorgelegt wird, da die Erbfolge auch inzident geprüft und nach § 256 Abs. 2 ZPO festgestellt werden kann. Notwendig ist aber, die Partei⁷ so genau zu bezeichnen, dass keine Zweifel an der Person bestehen.⁸ Dies erfordert in der Regel die Angabe von Vorname, Name und Anschrift, wobei letztere nur enthalten sein „soll“ (§ 253 Abs. 4, § 130 Nr. 1 ZPO).⁹ Werden die Veräußerer im Vertrag nicht namentlich genannt und weiß der Erwerber auch aus sonstigen Quellen nicht, wer „der oder die unbekanntem Erben“ des Erblassers sind, stellt sich die Frage, ob diese abstrakte Parteibezeichnung ausreichen könnte.

Die Rechtsprechung hat eine solche (abstrakte) Parteibezeichnung vor allem in den sog. Hausbesetzerfällen¹⁰ (teilweise) für möglich erachtet.¹¹ Ob diese Rechtsprechung auf die vorlie-

- 4 § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO baut darauf für das Zwangsvollstreckungsverfahren auf.
- 5 *Mantz*, NJW 2016, 2845.
- 6 Der Käufer zählt hierbei *nicht* zu den nach § 792 ZPO (direkt) Antragsberechtigten. Er hat regelmäßig (Ausnahme: Zwangsvollstreckungsunterwerfung wegen Besitzübergabe und Räumung in der Urkunde) noch keinen Titel gegen den Veräußerer. Eine analoge Anwendung wird nur ausnahmsweise im Vorfeld zur Teilungsversteigerung diskutiert (vgl. aktuell: KG, Beschluss vom 6.3.2018, 19 W 25/18, NJW-RR 2018, 1226).
- 7 Namentliche Bezeichnung des Vertreters ist dagegen weder unbedingt im Sinne einer Wirksamkeitsvoraussetzung erforderlich noch ausreichend. Hierzu: *Musielak/Voit/Foerste*, ZPO, 16. Aufl. 2019, § 253 Rdnr. 17 m. w. N.
- 8 Vgl. BGH, Urteil vom 9.12.1987, IVb ZR 4/87, NJW 1988, 2114.
- 9 Dies bedeutet, dass lediglich die Angabe einer „ladungsfähigen Anschrift“ verlangt werden kann, weshalb auch die Angabe der Arbeitsstelle genügen kann, wenn dort die ernsthafte Möglichkeit einer Zustellung besteht. Vgl. hierzu: *Musielak/Voit/Foerste*, ZPO, § 253 Rdnr. 20; BGH, Urteil vom 31.10.2000, VI ZR 198/99, NJW 2001, 885.
- 10 Zum Beispiel „Die Personen, die das Haus in der (...) -Straße besetzt halten.“
- 11 *Musielak/Voit/Foerste*, ZPO, § 253 Rdnr. 18. Ablehnend aber: BGH, Beschluss vom 13.7.2017, I ZB 103/16, NJW 2018, 399.

gende Fallgestaltung übertragbar ist, halte ich hingegen für zweifelhaft. Eine Parallele kann hier jedoch – wie bei § 40 GBO – zur Nachlasspflegschaft gezogen werden. Dort ist im Passivprozess die Klage „gegen den bzw. die unbekannt Erben des/der Erblasser/in (...), geb. (...), geb. am (...), verstorben am (...), vertreten durch (...)" zu richten und zulässig.¹² Für die auch zivilprozessuale Gleichbehandlung¹³ der Nachlasspflegschaft und der transmortalen Vollmacht streiten dabei ähnliche Argumente wie im Bereich der GBO, insbesondere die Funktionsäquivalenz der beiden Institute. § 1960 Abs. 3 BGB sollte daher analog auf den transmortal Bevollmächtigten Anwendung finden und die Anforderungen an die Parteibezeichnung insoweit reduziert werden. Rechtsprechung und/oder Literatur zu dieser Frage sind jedoch – soweit ersichtlich – bislang nicht vorhanden.

Für den Erwerber erwächst aus dieser offenen Rechtsfrage daher das Risiko einer erschwerten Geltendmachung von Primär- und Sekundäransprüchen, vor allem auch Mängelrechten. Eine sichere Ausweichgestaltung könnte daher die Begründung einer Eigenhaftung des transmortal Bevollmächtigten sein.

III. Die Eigenhaftung des Vertreters

Die Eigenhaftung des Vertreters folgt vorliegend nicht aus § 179 BGB (direkt/analog), da dieser regelmäßig aufgrund bestehender (und nicht widerrufener) Vollmacht handeln wird. Die allgemeine Deliktshaftung (§§ 823 ff. BGB) wird hier regelmäßig zu Schutzlücken führen, da diese keinen (unmittelbaren) Vermögensschutz (Ausnahme: § 826 BGB) gewährt.¹⁴

1. Gesetzliche Eigenhaftung des Vertreters

Die Eigenhaftung des Vertreters wird in der Rechtsprechung nur ausnahmsweise angenommen. Fallgruppe 1 ist die Konstellation der sog. Sachwalterhaftung. Hier nimmt der Vertreter wegen seiner Sachkunde besonderes Vertrauen für sich in Anspruch und beeinflusst dadurch die Vertragsverhandlungen maßgeblich.¹⁵ Die Rechtsprechung bejaht dies vor allem bei Kfz-Händlern, die Gebrauchtwagen im Rahmen von Agenturverträgen verkaufen,¹⁶ sowie bei Unternehmens- oder Anlageberatern.¹⁷ Diese Fallgruppe ist hier wohl nur selten relevant. Vielmehr wird der transmortal Bevollmächtigte in aller Regel

selbst auf die Mithilfe professioneller Berater oder Vermittler aus dem Immobilienbereich wegen deren besonderen Sachkunde angewiesen sein.

Fallgruppe 2 erfasst hingegen diejenigen Fälle, in denen der Vertreter im eigenen Interesse handelt und – bei wirtschaftlicher Betrachtung – der eigentliche Geschäftsherr ist.¹⁸ Dies wird wiederum sowohl in der Miterben-Konstellation, als auch in der Alleinerben-Konstellation häufig der Fall sein. Hier handelt der transmortal bevollmächtigte Allein- oder Miterbe (zumindest auch) im eigenen Interesse. Im Rahmen der Erbausinandersetzung am erhaltenen Kaufpreis¹⁹ als Surrogat (§ 2041 Fall 1 und 3 BGB) profitiert er von der Höhe des vereinbarten Kaufpreises und der Ersparnis an Veräußerungskosten (zum Beispiel Kosten für die Erlangung des Erbscheins). Grundlage dieser Eigenhaftung ist § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 3 Satz 1 BGB. Rechtsfolge dieser Haftungsnorm ist ein Schadensersatzanspruch, dessen Inhalt sich nach den §§ 249 ff. BGB richtet und (ausnahmsweise) auch zum Ersatz des positiven Interesses führen kann.²⁰ Diese Haftung unterscheidet sich aber inhaltlich wie qualitativ von der Haftung des Verkäufers als Vertragspartei, insbesondere im Hinblick auf den Erfüllungs- bzw. modifizierten Erfüllungsanspruch in § 433 Abs. 1 Satz 2, § 439 BGB, das Recht zum Rücktritt vom Vertrag oder zur Minderung des Kaufpreises. Deshalb bietet es sich an, den transmortal bevollmächtigten Allein- oder Miterben auch im eigenen Namen handeln zu lassen oder dessen vertragliche Eigenhaftung zu begründen.

2. Vertraglich begründete Eigenhaftung des Vertreters

Die vorstehend beschriebene gesetzlich begründete Eigenhaftung des Vertreters ist von einer vertraglich begründeten Eigenhaftung des Vertreters streng zu unterscheiden. Letztere kann einerseits dadurch begründet werden, dass der Vertreter sich zugleich im eigenen Namen selbst als Vertragspartei (!) verpflichtet und damit zugleich auch für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen einzustehen hat, als auch durch eine ausdrückliche und – in AGB – gesonderte Erklärung, „eine eigene Haftung oder Einstandspflicht“ (durch zum Beispiel Schuldbeitritt oder Bürgschaft) zu übernehmen (vgl. § 309 Nr. 11 BGB).²¹ Welche Gestaltung angemessen ist, ist – wie immer – vom Einzelfall abhängig. Beim transmortal bevollmächtigten Allein- oder Miterben wird jedoch regelmäßig ein Auftreten des Bevollmächtigten als weiterer Veräußerer neben „dem bzw. den unbekannt Erben des Erblassers“ der Interessenlage meines Erachtens am besten gerecht.

Beim transmortal bevollmächtigten Alleinerben („Sowieso-Berechtigten“) ist damit zugleich das vorstehend angesprochene

12 Statt vieler: *Zimmermann*, Die Nachlasspflegschaft, 4. Aufl. 2017, S. 353 Rdnr. 633; *ders.*, ZEV 2011, 631.

13 Auch § 780 Abs. 2 ZPO sollte insoweit analog anwendbar sein, sodass der Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung nicht ausdrücklich im Urteil enthalten sein muss. Zweckmäßig bleibt der Vorbehalt gleichwohl in den Fällen des § 1991 Abs. 4 BGB. Hierzu: *Zimmermann*, Die Nachlasspflegschaft, S. 356 Rdnr. 637 f.

14 BeckOK-BGB/Förster, Stand: 1.8.2019, § 826 Rdnr. 3.

15 BGH, Urteil vom 11.1.2007, III ZR 193/05, NJW 2007, 1362; Urteil vom 27.10.2005, III ZR 71/05, NJW-RR 2006, 109; Urteil vom 20.3.1987, V ZR 27/86, NJW 1987, 2511; MünchKomm-BGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 164 Rdnr. 241.

16 BGH, Urteil vom 29.1.1997, VIII ZR 356/95, NJW 1997, 1233; Urteil vom 25.5.1983, VIII ZR 55/82, NJW 1983, 2192.

17 BGH, Urteil vom 22.5.1985, IVa ZR 190/83, NJW 1985, 2595 und Urteil vom 27.10.2005, III ZR 71/05, NJW-RR 2006, 109 Rdnr. 26.

18 MünchKomm-BGB/Schubert, § 164 Rdnr. 243.

19 Genauer: am Auszahlungsanspruch gegen die Bank.

20 BeckOK-BGB/Lorenz, § 280 Rdnr. 51 m. w. N. und Ausführung zum Haftungsinhalt (d. h. Ersatz des negativen Interesses, nicht auf Erfüllungsinteresse begrenzt; unter Umständen Anspruch auf Vertragsaufhebung, ausnahmsweise Ersatz des Erfüllungsinteresses, Vertragsanpassung).

21 Bei Handeln im eigenen Namen ist § 309 Nr. 11 BGB von vornherein nicht anwendbar. MünchKomm-BGB/Wurmnest, § 309 Nr. 11 Rdnr. 5.

Problem der Parteibezeichnung im späteren Zivilprozess gelöst. Beim transmortal bevollmächtigten Miterben („Mitberechtigter“) ist für den geltend gemachten Anspruch jeweils zu unterscheiden, ob eine einfache oder notwendige Streitgenossenschaft (aus materiellrechtlichen Gründen,²² § 62 Abs. 1 Fall 2 ZPO) vorliegt.²³ Dies hängt im Passivprozess davon ab, ob die Leistung von den Gesamthändern nur gemeinsam erbracht werden kann, wie etwa die (teils noch) ausgesetzte Auffassung wegen § 2040 Abs. 1 BGB (Gesamthandschuld), oder nicht, wie etwa die Erfüllung von Mängelansprüchen als Gesamtschuldner.²⁴ Insoweit liegt lediglich eine einfache Streitgenossenschaft (§§ 59, 60 ZPO) vor. Auch hinsichtlich der Zwischenfeststellungsklage (§ 256 Abs. 2 ZPO) bzgl. des Erbrechts einzelner oder mehrerer Miterben besteht nur eine einfache Streitgenossenschaft, da hierdurch gerade erst geklärt werden soll, wer Erbe ist.²⁵

IV. Formulierungsvorschlag

Der/Die Erschienene zu Ziffer (...) handelt hier sowohl im eigenen Namen als auch im fremden Namen aufgrund notariell beurkundeter/beglaubigter (transmortaler) General- und Vorsorgevollmacht des Notars (...), UR (...)/(...), vom (...) für den bzw. die Erbin/Erben des/der am (...) verstorbenen(n) Erblassers/in, Herrn/Frau

(...), geb. (...), geb. am (...), zuletzt wohnhaft: (...).

Ein Vollmachtswiderruf ist nach den gemachten Angaben nicht erfolgt. Nachlassverwaltung oder ein Nachlassinsolvenzverfahren wurden nicht angeordnet. Zustimmungserfordernisse zugunsten eines etwaigen Testamentsvollstreckers wurden nicht begründet.

(...)

Der Notar hat die Beteiligten, insbesondere den Erwerber, auf die Risiken einer unterbliebenen Voreintragung der/des Erben des verstorbenen Eigentümers hingewiesen. Er hat u. a. aufgezeigt, dass sich der gutgläubige Erwerber auch nicht auf das Schweigen des Grundbuchs, etwa im Falle der Insolvenz eines Erben, berufen kann. Das Handeln des Bevollmächtigten begründet grundsätzlich keine Haftung des Erben auch mit dessen Eigenvermögen.²⁶ Der Notar hat deshalb die Begründung einer vertraglichen Eigenhaftung des Bevollmächtigten empfohlen. Der Notar hat den Erwerber

22 Eine notwendige Streitgenossenschaft aus prozessualen Gründen (§ 62 Abs. 1 Fall 1 ZPO – wegen der Rechtskraft- bzw. Gestaltungswirkung, sog. besondere Streitgenossenschaft) liegt hier nicht vor. Einzelklagen wären jedoch – im Gegensatz zur § 62 Abs. 1 Fall 2 ZPO – uneingeschränkt möglich (vgl. BGH, Urteil vom 15.6.1959, II ZR 44/58, NJW 1959, 1683; Urteil vom 29.11.1961, V ZR 181/60, NJW 1962, 633).

23 Läge eine materiellrechtlich notwendige Streitgenossenschaft vor, wäre die Klage gegen einzelne Streitgenossen, hier: Miterben, wegen fehlender (Einzel-)Prozessführungsbefugnis unzulässig, siehe Musielak/Voit/Weth, ZPO, § 62 Rdnr. 8.

24 BGH, Urteil vom 11.12.1974, VIII ZR 186/73, NJW 1975, 310, 311. Weiterführend Musielak/Voit/Weth, ZPO, § 62 Rdnr. 11 m. w. N.

25 Musielak/Voit/Weth, ZPO, § 62 Rdnr. 11.

26 Deshalb sollte § 780 Abs. 2 ZPO analog Anwendung finden (siehe oben).

weiterhin auf den möglichen Zeitverlust und die entstehenden zusätzlichen Kosten in der (späteren) Rechtsverfolgung hingewiesen, wenn nicht nur der Erbnachweis (§ 35 GBO) fehlt, sondern die Erben tatsächlich unbekannt sind.

Im folgenden Text sind bezeichnet:

1. Der oder die Erbe(n)/Erbin von Herrn/Frau (...) sowie (...) auch als „der Veräußerer“ (...).

V. Exkurs: § 10 BeurkG und GwG

Die unterbleibende Namhaftmachung des bzw. der Erben erscheint auch unter dem Gesichtspunkt des § 10 BeurkG problematisch. Die Literatur betont hier zwar einerseits die Bedeutung des § 10 BeurkG als wichtige Amtspflicht des Notars,²⁷ lässt andererseits aber die Angabe des Erblassers genügen. Eine Angabe des bzw. der Erben sei nicht erforderlich.²⁸ Insoweit begnügt man sich mit abstrakten Merkmalen zur Beteiligteigenschaft. Dies erscheint problematisch, insbesondere wenn in der notariellen Urkunde zugleich ein vollstreckbarer Titel geschaffen werden soll, da hier das Beurkundungsverfahren gerade das zivilprozessuale Erkenntnisverfahren ersetzt. Unbedenklich wird diese Vorgehensweise nur dann, wenn entweder Nachlasspfleger und transmortal Bevollmächtigter zivilprozessual und beurkundungsrechtlich gleichbehandelt werden (siehe oben) oder der transmortal Bevollmächtigte zumindest auch im eigenen Namen handelt.

Weiterhin stellt sich die Frage, ob der Notar bei einer Beurkundung mit einem transmortal Bevollmächtigten, der für den bzw. die unbekannt Erben des Erblassers handelt, seine Verpflichtung zur Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten mit Namen und Vornamen²⁹ nach dem GwG gerecht wird.³⁰ Nach § 3 Abs. 1 Nr. 2, § 11 GwG genügen hierfür abstrakte Kriterien – selbst bei einem geringen Geldwäscherisiko – grundsätzlich nicht.³¹ Auch hier ist der Vergleich mit dem Nachlasspfleger der richtige Ansatz. § 154 AO bzw. Nr. 4 der AE zu § 154 AO sehen etwa vor:

„Steht der Verfügungsberechtigte noch nicht fest (zum Beispiel der unbekannt Erbe), reicht es aus, wenn das Kreditinstitut sich zunächst Gewissheit über die Person und Anschrift des das Konto Errichtenden (zum Beispiel des Nachlasspflegers) verschafft; die Legitimation des Kontoinhabers ist sobald wie möglich nachzuholen.“

27 BeckOK-BGB/Litzenburger, § 10 BeurkG, Vorbem.

28 So BeckOK-BGB/Litzenburger, § 10 BeurkG Rdnr. 5; Ott, notar 2019, 135, 140. Die dort zitierten Entscheidungen der OLG Stuttgart und Frankfurt a. M. verhalten sich nicht ausdrücklich zu § 10 BeurkG, sondern nur zur Namhaftmachung im Grundbuchverfahren.

29 Geburtsort, Geburtsdatum, Staatsangehörigkeit und Wohnort bzw. Wohnung muss er nach § 11 Abs. 5 Satz 1 Hs. 2 GwG nur feststellen, „soweit dies in Ansehung des im Einzelfall bestehenden Risikos der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung angemessen ist“. Im Übrigen gilt § 14 Abs. 2 Nr. 1 GwG.

30 BeckOK-BeurkG/Bremkamp, Stand: 1.6.2019, § 10 BeurkG Rdnr. 23, 28 verlangt hierfür auch die Identifizierung des Vertretenen.

31 Die Fiktion des wirtschaftlich Berechtigten nach § 3 Abs. 2 Satz 5 GwG ist ohnehin erst nach „Durchführung umfassender Prüfungen“ einschlägig.

Ähnlich sollte auch die Auslegung und Anwendung des GwG in Fällen des Handelns eines transmortale Bevollmächtigten erfolgen. Dafür streiten wiederum die Vergleichbarkeit der Lebenssachverhalte und die ähnliche Interessenlage.

VI. Fazit

Was heißt dies nun für den Notar? Alles hängt davon ab, ob man die grundbuchrechtliche Parallele von Nachlasspfleger und transmortale Bevollmächtigten auch in den anderen Rechtsgebieten konsequent umsetzt. Da beide Institute funktionsäquivalent sind, spricht dies dafür, sowohl die Anforderungen an die Parteibezeichnung im Zivilprozess (§ 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO), die Identifizierung der Beteiligten im Beurkundungsverfahren (§ 10 BeurkG) und schließlich die Identifizierung des wirtschaftlich Berechtigten (§§ 3, 11 GwG) gleich zu handhaben. Solange danach eine Gleichbehandlung nicht gesichert erscheint, empfiehlt es sich, den Erwerber über die Risiken und über die Möglichkeit der vertraglichen Übernahme einer Eigenhaftung des Bevollmächtigten zu belehren sowie dies auch in der Urkunde zu vermerken.³²

32 Formulierungsvorschlag oben unter IV.

Identitätsgrundsatz ade? Neues zum Formwechsel GmbH in GmbH & Co. KG und vice versa

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG Oldenburg vom 19.12.2019, 12 W 133/19* und zum Beschluss des KG vom 19.12.2018, 22 W 85/18*

Von Notar Dr. **Simon Weiler**, München

Die GmbH (als Kapitalgesellschaft) und die GmbH & Co. KG (als Personengesellschaft) sind die klassischen Rechtsformen des deutschen Mittelstandes. Der Formwechsel zwischen diesen Gesellschaftsformen ist dementsprechend von großer Praxisrelevanz. Problematisch und viel diskutiert ist dabei der Umgang mit der Komplementär-GmbH. Zwei neuere obergerichtliche Entscheidungen bestätigen den insoweit in der Praxis inzwischen überwiegend gewählten Weg eines Beitritts bzw. Austritts der persönlich haftenden Gesellschafterin, auch wenn diese Vorgehensweise dem im UmwG verankerten Grundsatz der Identität der Anteilseigner beim Formwechsel widerspricht.

I. Der Grundsatz der Identität der Anteilseigner

Beim Formwechsel ordnet § 194 Abs. 1 Nr. 3 UmwG als Mindestinhalt des Formwechselbeschlusses die Angabe der Beteiligung der bisherigen Anteilseigner an dem Zielrechtsträger an, soweit die Beteiligung nicht ausnahmsweise nach den Vorschriften des Besonderen Teils des UmwG entfällt. Darin kommt ein wesentliches Strukturmerkmal des Formwechsels als identitätswahrende Umwandlung zum Ausdruck, die sich dreifach, nämlich in der Identität der Anteilseigner, der Anteilsverhältnissen und des Vermögensbestands, manifestiert.¹ In § 194 Abs. 1 Nr. 3 UmwG speziell angesprochen ist der Grundsatz der Identität der Anteilseigner, wonach jeder Anteilseigner des formwechselnden Ausgangsrechtsträgers nach Wirksamwerden des Formwechsels grundsätzlich auch am Zielrechtsträger beteiligt sein muss.² Diese wesentliche Ausprägung des Identitätsprinzips wird auch als Kontinuität der Mitgliedschaft bezeichnet und ist als Rechtsfolge des Formwechsels in § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG verankert. Damit soll u. a. ein Herausdrängen von Gesellschaftern (sog. Squeeze-out) im Wege des Formwechsels ausgeschlossen werden.³

* MittBayNot 2020, 265 (in diesem Heft).

* MittBayNot 2019, 501 (Ls.) = DNotZ 2019, 384.

1 Siehe zur Identität beim Rechtsformwechsel nur Widmann/Mayer/Weiler, Umwandlungsrecht, Stand: Dezember 2019, § 194 UmwG Rdnr. 17 ff.; Wiedemann, ZGR 1999, 568; Zöllner in FS Claussen, 1997, S. 423, 429 ff. Zum Formwechsel als Prototyp der identitätswahrenden „transaktionslosen“ Umwandlung *Beuthien/Helios*, NZG 2006, 369.

2 Hierzu u. a. *Heckschen*, DB 2008, 2122; *Priester*, DB 1997, 560.

3 Vgl. die Begründung zum RegE zu § 202 UmwG, BT-Drucks. 12/6699, S. 144; Kallmeyer/Meister/Klöcker/Berger, Umwandlungsgesetz, 7. Aufl. 2020, § 194 Rdnr. 24; Sagasser/Bula/Brünger/Sagasser/Luke, Umwandlungen, 5. Aufl. 2017, § 26 Rdnr. 49.

Bei der Angabe nach § 194 Abs. 1 Nr. 3 UmwG geht es damit nicht um das „Wie“ der Beteiligung, sondern um das „Ob“. Regelmäßig ist mit den Angaben zu § 194 Abs. 1 Nr. 4 UmwG zu Zahl, Art und Umfang der zuzuweisenden Anteile bzw. Mitgliedschaften auch die Tatsache der Weiterbeteiligung der bisherigen Anteilseigner zum Ausdruck gebracht und macht weitere Angaben entbehrlich. Dementsprechend genügt im Hinblick auf § 194 Abs. 1 Nr. 3 UmwG in der Regel der Satz, dass der Formwechsel „unter ausschließlicher Beteiligung der bisherigen Anteilseigner“ erfolgt. Eine namentliche Bezeichnung der Anteilseigner ist mangels entsprechender Vorgaben des Gesetzes nicht erforderlich.⁴ Dafür spricht insbesondere ein Umkehrschluss zu der Spezialvorschrift des § 234 Nr. 2 UmwG, ausweislich derer beim Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine KG die Kommanditisten im Umwandlungsbeschluss ausdrücklich zu benennen sind.

II. Gesetzlich verankerte Ausnahmen vom Identitätsgrundsatz

Die von § 194 Abs. 1 Nr. 3 UmwG angesprochenen Ausnahmen betreffen in erster Linie die KGaA. Nach §§ 221, 218 Abs. 2 UmwG kann beim Formwechsel einer Personengesellschaft in die KGaA der künftige persönlich haftende Gesellschafter beitreten.⁵ Gleiches gilt über den Verweis in § 240 Abs. 2 Satz 2 UmwG für den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform in die KGaA⁶ sowie über § 262 Abs. 2 UmwG für Genossenschaften,⁷ über § 275 Abs. 3 UmwG für den e. V. und über § 303 Abs. 2 Satz 2 UmwG für Körperschaften und Anstalten des öffentlichen Rechts, die in eine KGaA formwechseln wollen.⁸

Formulierungsvorschlag:

X tritt hiermit der Gesellschaft gemäß § 221 UmwG mit Wirksamwerden des Formwechsels als persönlich haftender Gesellschafter bei und genehmigt die hier als Anlage I beigefügte Satzung der aus dem Formwechsel als Zielrechtsträger hervorgehenden KGaA.

§ 233 Abs. 3 Satz 3 UmwG hingegen ermöglicht es jedem persönlich haftenden Gesellschafter einer KGaA als Ausgangsrechtsträger auszuscheiden, wenn die Gesellschaft formwechselnd umgewandelt wird.

Formulierungsvorschlag:

(...) mit Ausnahme der gemäß § 233 Abs. 3 Satz 3 UmwG ausscheidenden Komplementäre Y und Z (...).

- 4 Ebenso Semler/Stengel/Bärwaldt, Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 194 Rdnr. 7; Lutter/Hoger, Umwandlungsgesetz, 6. Aufl. 2019, § 194 Rdnr. 6; KölnerKomm-UmwG/Petersen, 2009, § 194 Rdnr. 6; Widmann/Mayer/Weiler, Umwandlungsrecht, § 194 UmwG Rdnr. 19; a. A. Goutier/Knopf/Tulloch/Laumann, Kommentar zum Umwandlungsrecht, 1996, § 194 UmwG Rdnr. 7: „genaue Bezeichnung des Personenkreises mit Namen“.
- 5 Hierzu Niedner/Kusterer, DB 1998, 2405.
- 6 Zum Formwechsel GmbH in die GmbH & Co. KGaA siehe Niedner/Kusterer, GmbHR 1998, 584.
- 7 Ausführlich zum Formwechsel einer e. G. in eine Kapitalgesellschaft Schmitz-Riol, Der Formwechsel der eingetragenen Genossenschaft in die Kapitalgesellschaft, Stuttgart 1998, passim.
- 8 Näher Widmann/Mayer/Weiler, Umwandlungsrecht, § 194 UmwG Rdnr. 21 ff.

Beim Formwechsel einer KGaA in eine Kapitalgesellschaft anderer Rechtsform scheiden die persönlich haftenden Gesellschafter der formwechselnden KGaA gemäß § 247 Abs. 2 UmwG lediglich „als solche“ aus der Gesellschaft aus, d. h., sie sind berechtigt, Anteile am Zielrechtsträger zu erhalten, soweit sie gleichzeitig Kommanditaktionäre der KGaA waren. Gleiches gilt gemäß § 255 Abs. 3 UmwG für den Formwechsel einer KGaA in eine e. G. Daneben besteht eine gesetzlich zugelassene Durchbrechung des Identitätsgebots für die formwechselnde Umwandlung eines VVaG in eine AG. Nach § 294 Abs. 1 Satz 2 UmwG kann in dem Umwandlungsbeschluss bestimmt werden, dass Mitglieder, die dem formwechselnden Verein weniger als drei Jahre vor der Beschlussfassung über den Formwechsel angehören, von der Beteiligung an der AG ausgeschlossen sind.

III. Sonstige Ausnahmen vom Identitätsgrundsatz?

1. Einführung

Von Literatur und Praxis wird aus Vereinfachungs- und Praktikabilitäts Erwägungen immer wieder die Frage aufgeworfen, ob entgegen dem Grundsatz der Identität der Anteilseigner nicht Anteile am Zielrechtsträger mit Wirkung zum Zeitpunkt der Eintragung bislang nicht am Kapital des Ausgangsrechtsträgers beteiligten Personen zugewandt bzw. einzelnen Gesellschaftern des Ausgangsrechtsträgers keine Anteile am Zielrechtsträger zugewiesen werden können. Es geht mit anderen Worten um die Frage, ob – über die gesetzlichen Ausnahmen hinaus – ein Beitritt oder ein Austritt von Anteilshabern im Moment des Formwechsels möglich ist.⁹ Die Frage wurde in der Vergangenheit meist beim Formwechsel in die oder aus der GmbH & Co. KG diskutiert und hier speziell in Bezug auf die nicht am Gesellschaftsvermögen beteiligte bzw. zu beteiligende Komplementär-GmbH.

Dabei steht außer Zweifel, dass Dritte nach allgemeinen Grundsätzen unmittelbar vor oder nach Wirksamwerden des Formwechsels dem Zielrechtsträger beitreten und Anteilshaber bis unmittelbar vor Wirksamwerden des Formwechsels oder im Anschluss daran aus dem Ausgangsrechtsträger ausscheiden können.¹⁰ Strittig ist lediglich, ob die vom Gesetz gewollte Identität des Gesellschafterkreises vor und nach dem Wirksamwerden der Umwandlung einem Beitritt bzw. Austritt exakt mit Wirkung zum Zeitpunkt der Eintragung der Umwandlung entgegensteht. Die lange Zeit vorherrschende Meinung¹¹ folgte dabei der Gesetzesbegründung zu § 194 UmwG, die einen Mitgliederwechsel zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Umstrukturierung ausschließt und damit von einer Identität des am Umwandlungsvorgang beteiligten

9 Dazu Widmann/Mayer/Weiler, Umwandlungsrecht, § 194 UmwG Rdnr. 27 ff.

10 Siehe ausführlich unten Ziff. IV. Vgl. ferner Priester, DB 1997, 560 und BayObLG, Beschluss vom 4.11.1999, 3 Z BR 333/99, DB 2000, 37.

11 Siehe nur Widmann/Mayer/D. Mayer, Umwandlungsrecht, § 5 UmwG Rdnr. 57 ff. und § 126 UmwG Rdnr. 102 ff.; Kallmeyer/Meister/Klöcker/Berger, Umwandlungsgesetz, § 191 Rdnr. 14, § 194 Rdnr. 25 sowie § 202 Rdnr. 31; Widmann/Mayer/Vossius, Umwandlungsrecht, § 228 UmwG Rdnr. 96 ff.; Widmann/Mayer/Weiler, Umwandlungsrecht, § 194 UmwG Rdnr. 27 ff.

Personenkreises ausgeht. Nach dieser Auffassung sind Änderungen im Bestand der Anteilshaber nur nach den gesetzlichen Ausnahmeregelungen zulässig.¹² Die inzwischen wohl überwiegende Auffassung will den Grundsatz der Identität der Gesellschafter hingegen zur Disposition der Beteiligten stellen.¹³

2. Formwechsel einer GmbH in eine GmbH & Co. KG

Der BGH hat in Übereinstimmung mit der letztgenannten Auffassung in einem obiter dictum festgestellt, dass der Beitritt einer Komplementär-GmbH anlässlich des Formwechsels einer AG in eine (Publikums-)GmbH & Co. KG keinen Verstoß gegen das Prinzip der Identität der Anteilshaber darstellt.¹⁴ In den Entscheidungsgründen heißt es hierzu – unter Verweis auf eine frühere Entscheidung zur Umwandlung einer landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft¹⁵ – wörtlich:

„Dabei ist für den Formwechsel der Aktiengesellschaft in eine GmbH & Co. KG ausreichend, wenn die Hauptversammlung, wie hier, mit einer Stimmenmehrheit von drei Viertel einen der bisherigen Aktionäre – oder sogar einen im Zuge des Formwechsels neu hinzutretenden Gesellschafter – mit dessen Zustimmung zum Komplementär der formgewechselten zukünftigen KG wählt und die Aktionäre im Übrigen Kommanditisten werden.“

In der Literatur wurde hieraus der Schluss gezogen, der BGH habe den Identitätsgrundsatz der Anteilshaber beim Formwechsel generell aufgegeben.¹⁶ Der Grundsatz der Mitgliederidentität nach § 202 Abs. 1 Nr. 2 UmwG erstreckt sich danach nur darauf, dass die Gesellschafter der formwechselnden Ausgangsgesellschaft das Recht haben, Mitglieder der Zielgesellschaft zu werden und ihnen diese Position nicht gegen ihren Willen entzogen werden kann. Für die Möglichkeit eines Beitritts im Zuge des Formwechsels spricht ferner, dass § 194

Abs. 1 Nr. 3 UmwG keine Aussage trifft, wonach nur bisherige Anteilshaber am Rechtsträger neuer Rechtsform beteiligt sein dürfen.¹⁷ Auf dieser Basis vollzieht die Praxis heute den Formwechsel einer GmbH in eine GmbH & Co. KG in der Regel unter gleichzeitigem Beitritt der Komplementär-GmbH.

Diese praxisorientierte Auffassung wurde nun vom OLG Oldenburg in der zu besprechenden Entscheidung vom 19.12.2019¹⁸ bestätigt. Das OLG konstatiert dabei zunächst, dass der Gesetzgeber mit § 194 Abs. 1 Nr. 3, § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG ein grundlegendes Prinzip des Formwechsels zum Ausdruck bringen wollte, wonach diese Form der Umwandlung keine Auswirkung auf den Mitgliederbestand des Rechtsträgers haben, sondern der an dem Rechtsträger beteiligte Personenkreis vielmehr vor und nach dem Formwechsel identisch bleiben soll.¹⁹ Dieser Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft sei zwar grundlegendes Prinzip des Formwechsels, stehe einem Beitritt der Komplementärin im Zeitpunkt der Eintragung jedoch nicht entgegen. Die Kontinuität diene dem Schutz der Gesellschafter, nämlich der Fortsetzung ihrer Mitgliedschaft beim neuen Rechtsträger. Diesen Schutzzweck sieht das OLG Oldenburg nicht tangiert, wenn sich sämtliche Beteiligten einig sind und ein Wechsel im Gesellschafterbestand auf Grundlage der nach allgemeinem Gesellschaftsrecht zu Gebote stehenden Änderungsmöglichkeiten wie Anteilsübertragung, Eintritt und Austritt bewirkt werden kann. Das Instrumentarium des Formwechsels verhalte sich zu einem solchen Wechsel im Gesellschafterbestand neutral.

Zu Recht stellt das OLG fest, dass der Beitritt – wenn man ihn denn zulassen will – aufschiebend bedingt exakt auf den Zeitpunkt des Formwechsels erfolgen muss. Damit die künftige Komplementär-GmbH bereits vor Wirksamwerden des Formwechsels der Ausgangsrechtsträgerin beitreten könnte, müsste sie (durch Anteilsabtretung oder Kapitalerhöhung) einen Anteil zugewiesen bekommen. Umgekehrt kann mit dem Beitritt bei einer eingliedrigen GmbH auch nicht bis zu einem Zeitpunkt nach Wirksamwerden des Formwechsels zugewartet werden, da die Gesellschaft nach § 228 Abs. 1 UmwG spätestens zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels den Vorschriften über die Gründung einer Personenhandelsgesellschaft genügen und damit mindestens zwei Gesellschafter haben muss. Andernfalls würde – so das OLG Oldenburg zu Recht – im Zeitpunkt des Formwechsels das Gesellschaftsvermögen dem einzigen Gesellschafter der Personenhandelsgesellschaft unter Auflösung der Gesellschaft anwachsen.

Eine dogmatische Begründung, nach welchen Regeln der Beitritt im Augenblick des Formwechsels erfolgen soll, liefert das OLG Oldenburg indes nicht, sondern begründet die Zulässig-

12 Vgl. Semler/Stengel/Kübler, Umwandlungsgesetz, 4. Aufl. 2017, § 202 UmwG Rdnr. 19.

13 So u. a. Landwirtschaftssenat des BGH vom 2.12.1994, V ZR 23/94, ZIP 1995, 422, 425; Semler/Stengel/Bärwaldt, Umwandlungsgesetz, § 194 Rdnr. 8 ff.; Bärwaldt/Schabacker, ZIP 1998, 1293, 1297; Bassler, GmbHR 2007, 1252; Bayer, ZIP 1997, 1613, 1616; Lutter/Göthel, Umwandlungsgesetz, § 228 UmwG Rdnr. 25 f.; Heckschen, DB 2008, 2122, 2123; Limmer, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 6. Aufl. 2019, Teil 4, Rdnr. 14 ff., 22; Lutter/Hoger, Umwandlungsgesetz, § 202 UmwG Rdnr. 12; Kallmeyer, GmbHR 1996, 80, 82; Maulbetsch/Klumpp/Rose/Quass, Umwandlungsgesetz, 2. Aufl. 2017, § 194 Rdnr. 9; Priester, DB 1997, 560, 562 ff.; Sagasser/Bula/Brünger/Sagasser/Luke, Umwandlungen, 5. Aufl. 2017, § 26 Rdnr. 160 ff.; K. Schmidt, GmbHR 1995, 693; K. Schmidt, ZIP 1998, 181, 186; Veil, DB 1996, 2529, 2530; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Westerburg, Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz, 8. Aufl. 2018, § 226 UmwG Rdnr. 3 m. w. N.

14 BGH, Urteil vom 9.5.2005, II ZR 29/03, NZG 2005, 722. Allg. zum Formwechsel GmbH in GmbH & Co. KG K. Schmidt, GmbHR 1995, 693; Sigl, GmbHR 1998, 1208.

15 Vgl. BGH, Urteil vom 17.5.1999, II ZR 293/98, NJW 1999, 2522 für die Umwandlung einer landwirtschaftlichen Produktionsgenossenschaft.

16 Vgl. insbesondere Bassler, GmbHR 2007, 1252, 1256; Heckschen, DB 2008, 2122; Simon/Leuering, NJW-Spezial 2005, 459.

17 Vgl. Semler/Stengel/Bärwaldt, Umwandlungsrecht, § 197 Rdnr. 10; KölnerKomm-UmwG/Petersen, § 194 Rdnr. 6.

18 OLG Oldenburg, Beschluss vom 19.12.2019, 12 W 133/19, MittBayNot 2020, 265 (in diesem Heft) = NZG 2020, 193 = ZIP 2020, 558 = BB 2020, 530 (m. Anm. König) = MDR 2020, 223 = GmbHR 2020, 327 (m. Anm. Chilevych) = DNotI-Report 2020, 28 = BeckRS 2019, 33821.

19 Siehe auch Bassler, GmbHR 2007, 1252.

keit mit einem – unbestritten bestehenden – „praktischen Bedürfnis“. Offen bleibt damit, nach welchen Vorschriften sich der Beitritt vollziehen soll (noch GmbH-Recht oder schon Personengesellschaftsrecht?).²⁰ So wäre nach GmbH-Recht ein bloßer Beitritt nicht möglich; es müsste vielmehr ein Anteil übertragen oder ein neuer Anteil (durch Kapitalerhöhung) geschaffen werden. Erfolgt der Beitritt hingegen nach dem Recht der Kommanditgesellschaft, müsste der Formwechsel im Augenblick des Beitritts eigentlich schon wirksam sein. Es bestünde somit die auch vom OLG Oldenburg thematisierte Gefahr, dass für eine juristisch logische Sekunde eine KG ohne Komplementär anzunehmen sein könnte.

Der vom OLG Oldenburg geteilten liberaleren Auffassung ist ferner entgegenzuhalten, dass sowohl die Gesetzesbegründung zu § 194 Abs. 1 Nr. 3 UmwG²¹ als auch der Gesetzestext eindeutig für eine Beibehaltung des Identitätsgrundsatzes sprechen. Neben dem Wortlaut des § 194 Abs. 1 Nr. 3 UmwG ist hier insbesondere § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG zu nennen, wonach die „Anteilsinhaber des formwechselnden Rechtsträgers (...) an dem Rechtsträger nach den für die neue Rechtsform geltenden Vorschriften beteiligt (sind)“. Gleichlautende Regelungen enthalten § 20 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 UmwG für die Verschmelzung und § 131 Abs. 1 Nr. 3 Satz 1 UmwG für die Spaltung.²² Daneben lässt sich ein Umkehrschluss etwa zu den Bestimmungen des § 221 UmwG (Beitritt persönlich haftender Gesellschafter) und § 236 UmwG (Ausscheiden persönlich haftender Gesellschafter) für den Fall des Formwechsels in die bzw. aus der KGaA ziehen, die ausnahmsweise einen Beitritt bzw. ein Ausscheiden ermöglichen.

Die Praxis führt nichtsdestotrotz auf Basis der vorgenannten BGH-Entscheidung und bestärkt durch die Entscheidung des OLG Oldenburg den Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in die GmbH & Co. KG ohne vorherige (treuhänderische) Beteiligung der Komplementär-GmbH an der Ausgangs-Kapitalgesellschaft durch. Der aufschiebend auf das Wirksamwerden des Formwechsels bedingte Beitritt der Komplementär-GmbH wird von den Registergerichten überwiegend akzeptiert.²³ Sofern keine Klarheit über die örtliche Registerpraxis besteht, empfiehlt sich jedoch eine vorherige Rücksprache und im

Zweifel die vorherige (treuhänderische) Übertragung eines Geschäftsanteils an die künftige Komplementärin.²⁴

Jedenfalls ist für einen wirksamen Beitritt die Zustimmung der Komplementär-GmbH erforderlich, die der notariellen Beurkundung bedarf (§ 193 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 221 Satz 1 UmwG analog).²⁵ Das OLG Oldenburg führt insoweit aus, dass aufgrund der notariellen Beurkundung der Einigung der Beitritt sowohl nach dem für den formwechselnden Rechtsträger geltenden Recht der GmbH als auch nach dem zukünftig einschlägigen Recht der Kommanditgesellschaft möglich sei.²⁶ Die Beurkundung der Beitrittserklärung ist damit zu Recht als konstitutiv anzusehen und zwar sowohl auf Basis der genannten umwandlungsrechtlichen Vorschriften als auch vor dem Hintergrund des Formerfordernisses in § 15 Abs. 3 GmbHG.

Der Beitritt der Komplementär-GmbH wird im Regelfall in einer Urkunde mit dem Formwechselbeschluss erklärt. Aus beurkundungsrechtlicher Sicht ist dabei zu beachten, dass die Beitrittserklärung als Willenserklärung nach §§ 8 ff. BeurkG zu beurkunden ist. Regelmäßig wird der Formwechselbeschluss insgesamt ohnehin nach diesen Regeln errichtet, da auch die abzugebenden Verzichtserklärungen (zum Beispiel auf den Umwandlungsbericht nach § 192 UmwG) als Willenserklärungen zu beurkunden sind. Sofern der Formwechselbeschluss (beispielsweise bei einer Publikumsgesellschaft) ausnahmsweise als Niederschrift im Sinne von §§ 36 ff. BeurkG errichtet wird, muss der Beitritt hingegen gesondert unter Anwendung der §§ 8 ff. BeurkG erklärt werden.²⁷

Handelt es sich bei der beitretenden Komplementär-GmbH um eine im Vorfeld des Formwechselbeschlusses gerade gegründete Gesellschaft, so kann auch die Komplementär-GmbH i. G. am Formwechselbeschluss beteiligt sein. Der Formwechsel darf in diesem Fall allerdings erst nach Eintragung der Komplementär-GmbH im Handelsregister vollzogen werden.

Formulierungsvorschlag:²⁸

Persönlich haftende Gesellschafterin ohne Kapitalanteil bei der Autohaus Müller GmbH & Co. KG wird die zur Urkunde des amtierenden Notars vom heutigen Tage, UR-Nr. (...) neu gegründete Müller Verwaltungs GmbH i. G. Sie erklärt hiermit ihren Beitritt zur Autohaus Müller GmbH & Co. KG als persönlich haftende Gesellschafterin für den Zeitpunkt, in dem der Formwechsel wirksam wird, und stimmt dem Formwechselvorgang ausdrücklich zu.

20 Hinsichtlich Dogmatik und rechtstechnischer Umsetzung nebuloös z.B. Kallmeyer/Meister/Klöcker/Berger, Umwandlungsgesetz, § 194 Rdnr. 25, wenn sie einen „zeitgleich mit dem Formwechsel vereinbarten oder vollzogenen Wechsel im Gesellschafterbestand nach allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Regeln“ für zulässig erachten.

21 Gesetzesbegründung zu § 194 UmwG: „Mit der in Nummer 3 vorgesehenen Beteiligung der bisherigen Anteilsinhaber an dem Rechtsträger neuer Rechtsform soll die Identität des an dem Umwandlungsvorgang beteiligten Personenkreises zum Ausdruck gebracht werden.“

22 Insofern erscheint die Auffassung von Semler/Stengel/Bärwaldt, Umwandlungsrecht, § 195 Rdnr. 10, wonach sich die vom Gesetzgeber postulierte Identität des Personenkreises im Gesetz nicht niedergeschlagen habe und somit auch für die Auslegung nicht Maßstab sein könne, kaum nachvollziehbar.

23 Vgl. das Muster (Alternative B) von Engl/Greve/Oehlschlägel, Formularbuch Umwandlungen, 5. Aufl. 2020, Teil E. 3.1 m. Anm. Rdnr. 8 ff. unter Verweis auf die (zutr. dargestellte) Registerpraxis des AG – Registergericht – München.

24 Siehe hierzu sogleich Ziffer V. Zur Vorsicht mahndend auch DNotl-Report 2020, 27, 28; Lutter/Göthel, Umwandlungsgesetz, § 228 Rdnr. 28; Engl/Greve/Oehlschlägel, Formularbuch Umwandlungen, Teil E. 3.1 Anm. Rdnr. 8 a. E.; Sagasser/Bula/Brünger/Sagasser/Luke, Umwandlungen, § 26 Rdnr. 165.

25 Siehe nur Widmann/Mayer/Weiler, Umwandlungsrecht, § 194 UmwG Rdnr. 32.

26 OLG Oldenburg, Beschluss vom 19.12.2019, 12 W 133/19, MittBayNot 2020, 265 (in diesem Heft).

27 Näher Widmann/Mayer/Weiler, Umwandlungsrecht, § 193 UmwG Rdnr. 99 ff.

28 Siehe Widmann/Mayer/Weiler, Umwandlungsrecht, § 194 UmwG Rdnr. 33.

3. Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine GmbH

Obschon sich die vorstehend beschriebene, praktikabilitätsorientierte Auffassung damit durchzusetzen scheint, gilt es zu beachten, dass sich die zitierte BGH-Entscheidung nur auf den Beitritt eines persönlich haftenden Gesellschafters bezieht und insbesondere zum Austritt von Gesellschaftern im Zuge eines Formwechselforgangs nicht Stellung nimmt. Ob sich die Ausführungen des BGH daher auch auf den Fall des Austritts von persönlich haftenden Gesellschaftern beim klassischen Fall des Formwechsels einer GmbH & Co. KG in eine GmbH²⁹ oder ganz allgemein auf den Austritt von Gesellschaftern übertragen lassen, ist eine nach wie vor nicht höchstrichterlich geklärte Frage.

Allerdings hat das KG genau ein Jahr vor dem OLG Oldenburg, nämlich am 19.12.2018, entschieden, dass beim Formwechsel von der GmbH & Co. KG in die GmbH das Ausscheiden des persönlich haftenden Gesellschafters mit Wirksamwerden des Formwechsels möglich ist.³⁰ Die Regelungen des UmwG, insbesondere der § 194 Abs. 1 Nr. 3, § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG, und der daraus hergeleitete Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft stünden dieser Gestaltung jedenfalls im entschiedenen Fall nicht entgegen. Das KG argumentiert dabei im Wesentlichen damit, dass die persönlich haftende Gesellschafterin nicht am Vermögen der KG beteiligt ist, wohingegen bei den Kapitalgesellschaften mit der Mitgliedschaft zwingend eine Beteiligung am Gesellschaftsvermögen verbunden sei. Damit könne sich die Mitgliedschaft in der bisherigen Rechtsform nicht im neuen Regelungssystem fortsetzen, was eine Ausnahme vom Grundsatz der Kontinuität der Mitgliedschaft möglich mache. Darüber hinaus seien die Vorschriften des UmwG zum Beitritt bzw. Ausscheiden von Anteilshabern im Zuge des Formwechsels nicht abschließend, sondern zeigten ein gesetzliches Muster für die Kombination von Formwechsel und Änderungen im Gesellschafterkreis. Schließlich argumentiert das KG mit dem nach ganz herrschender Meinung zulässigen, nicht verhältnismäßigen Formwechsel³¹ und den Bedürfnissen der Unternehmenspraxis.

Für die Möglichkeit eines Austritts der Komplementärin beim Formwechsel aus der GmbH & Co. KG wird darüber hinaus eine Analogie zu den Regelungen der § 233 Abs. 3 Satz 3, § 236 UmwG über den Austritt persönlich haftender Gesellschafter aus einer KGaA (hierzu oben Ziffer II.) ins Feld ge-

führt.³² Umgekehrt ließe sich insofern jedoch e contrario argumentieren, dass die im Gesetz ausdrücklich festgeschriebene Ausnahme gegen eine Verallgemeinerung der Austrittsmöglichkeit spricht. Soweit das KG in seiner Entscheidung eine Parallele zu der Einführung einer Verzichtsmöglichkeit auf die Anteilsgewähr in § 54 Abs. 1 Satz 3, § 68 Abs. 1 Satz 3 UmwG zieht,³³ lässt sich dem ebenfalls entgegenhalten, dass für den Formwechsel eben gerade keine entsprechende Ausnahmeregelung existiert. Anders als etwa bei der Spaltung, bei der § 126 Abs. 1 Nr. 10, § 128 UmwG eine Trennung von Gesellschafterstämmen durch den vollständigen Wegfall einer Beteiligung einzelner Gesellschafter (sog. Spaltung zu Null)³⁴ ermöglichen, ist die Zulässigkeit eines „Formwechsels zu Null“ unter vollständigem Ausscheiden eines Gesellschafters mangels entsprechender gesetzlicher Grundlage wegen Verstoßes gegen den „Identitätsgrundsatz“ nach wie vor äußerst zweifelhaft.³⁵ Gegen die Möglichkeit eines Austritts im Zuge des Formwechsels spricht ferner, dass sich das auch in der BGH-Entscheidung vom 9.5.2005³⁶ in Bezug genommene frühere Urteil des BGH in entscheidungsrelevanter Weise ausdrücklich dagegen ausspricht, dass sämtliche Mitglieder eines formwechselnden Ausgangsrechtsträgers außer einem einzigen aus dem formwechselnden Rechtsträger ausscheiden können.³⁷

Nichtsdestotrotz erscheint für den speziellen Fall des Formwechsels GmbH & Co. KG in GmbH aufgrund der Entscheidung des KG und im Lichte des vorstehend besprochenen Beschlusses des OLG Oldenburg die praktikabilitätsorientierte Lösung eines Austritts der persönlich haftenden Gesellschafterin nunmehr weitgehend gesichert. Zu beachten ist allerdings, dass sich die Entscheidung ausdrücklich nur auf das Ausscheiden der nicht am Vermögen beteiligten Komplementär-Gesellschaft bezieht und daher nur bedingt Rückschlüsse auf andere Fälle zulässt. Im Übrigen liegt außer dem Beschluss des KG zu der Thematik bislang keine weitere gesicherte Rechtsprechung vor.³⁸ Auch wenn die Registerpraxis (zum Beispiel das AG München) das vom KG bestätigte „Austrittsmodell“ weitgehend zulässt, muss die Rechtslage daher nach wie vor als unsicher bezeichnet werden. Bei Unklarheit über die örtliche Praxis ist folglich eine Absprache mit dem Registergericht unbedingt zu empfehlen.³⁹

29 Siehe hierzu z. B. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 19.3.2015, 20 W 160/13, ZIP 2015, 1229; zum Formwechsel der GmbH & Co. KG in eine AG vgl. ausführlich *Cramer*, Die Umwandlung der GmbH & Co. KG in die AG, insbesondere durch Formwechsel, Baden-Baden 2011, passim.

30 KG, Beschluss vom 19.12.2018, 22 W 85/18, NZG 2019, 310 = ZIP 2019, 176 = DSfR 2019, 294 = BB 2019, 530 (m. Anm. *Kupsch*) = RNotZ 2019, 159 = NJW-RR 2019, 671 = FGPrax 2019, 71 = notar 2019, 133 (m. Anm. *Blasche*) = WM 2019, 512 = BeckRS 2018, 34971 = MittBayNot 2019, 501 (Ls.); dazu u. a. DNotl-Report 2019, 40.

31 Dazu *Widmann/Mayer/Weiler*, Umwandlungsrecht, § 194 UmwG Rdnr. 55 ff.

32 So *Bassler*, GmbHR 2007, 1252, 1255; *Heckschen*, DB 2008, 2122, 2124; *Simon/Leuering*, NJW-Spezial 2005, 459.

33 KG, Beschluss vom 19.12.2018, 22 W 85/18, NZG 2019, 310, 311.

34 Hierzu umfassend *Weiler*, NZG 2013, 1326.

35 Vgl. *Widmann/Mayer/Weiler*, Umwandlungsrecht, § 194 UmwG Rdnr. 30.

36 BGH, Urteil vom 9.5.2005, II ZR 29/03, NZG 2005, 722.

37 BGH, Urteil vom 17.5.1999, II ZR 293/98, NJW 1999, 2522, 2524.

38 Vgl. aber LG Hamburg, Beschluss vom 27.3.2009, 415 T 2/09, n. v.

39 So auch DNotl-Report 2020, 27, 28; *Lutter/Göthel*, Umwandlungsgesetz, § 228 Rdnr. 28; *Engl/Greve/Oehlschlägel*, Formularbuch Umwandlungen, Teil E. 3.1 Anm. Rdnr. 8 a. E.; *Sagasser/Bula/Brünger/Sagasser/Luke*, Umwandlungen, § 26 Rdnr. 165.

4. Sonstige Fallkonstellationen

Erst recht gefährlich erscheint es, aus den vorstehend dargestellten Entscheidungen Rückschlüsse auf sonstige Fallkonstellationen zu ziehen. Nach der hier vertretenen Auffassung darf eine Änderung des Gesellschafterkreises grundsätzlich nicht mit dem Wirksamwerden des Formwechsels zusammenfallen, sondern hat nach den Regeln der jeweiligen Rechtsform vor oder nach Wirksamwerden des Formwechsels zu erfolgen. Aus den dargestellten Entscheidungen lassen sich auch keine Rückschlüsse für Verschmelzungs- und Spaltungsvorgänge ziehen.⁴⁰

IV. Gesellschafterwechsel vor und nach dem Formwechsel

Vor dem Umwandlungsbeschluss, in der Zeit zwischen Umwandlungsbeschluss und Eintragung des Formwechsels im Handelsregister bzw. nach der Eintragung können nach allgemein anwendbaren Regeln des Ausgangs- bzw. Zielrechtsträgers Anteilsinhaber ein- oder austreten bzw. über ihre Anteile verfügen, wie folgendes Beispiel 1 verdeutlicht:⁴¹

Beispiel 1:

Die X-OHG, bestehend aus den Gesellschaftern A, B und C, wird in die X-GmbH formgewechselt. Noch vor Eintragung des Formwechsels im Handelsregister scheidet C aus der Personenhandelsgesellschaft durch Übertragung seines Anteils an den Gesellschafter D aus.

Im Beispielsfall erlangt D die durch den Umwandlungsbeschluss geschaffene Rechtsposition des Gesellschafters C. Die Wirkungen der Eintragung beziehen sich nunmehr auf ihn. Ein Nachtrag zum Formwechselbeschluss ist nicht erforderlich, die Veränderung im Gesellschafterbestand ist jedoch dem Registergericht mitzuteilen.⁴² Ganz allgemein ist zu beachten, dass der Formwechselbeschluss kein Verfügungsverbot hinsichtlich einer Beteiligung am Ausgangsrechtsträger begründet.⁴³

Insbesondere im Zusammenhang mit der Unternehmensnachfolge und der damit verbundenen Aufnahme der Nachfolgeneration in das Unternehmen stellt sich die Frage, ob Anteile am Zielrechtsträger (hier der GmbH & Co. KG) mit Wirkung zum Zeitpunkt der Eintragung des Formwechsels auch Personen zugewendet werden können, die bislang nicht am Kapital des Ausgangsrechtsträgers beteiligt waren, wie etwa in folgendem Beispiel 2.

40 Anders *Bassler*, GmbHR 2007, 1252, 1257, der auch die Verschmelzung einbeziehen will.

41 Vgl. *Widmann/Mayer/Weiler*, Umwandlungsrecht, § 194 UmwG Rdnr. 36 ff.

42 Vgl. BayObLG, Beschluss vom 4.11.1999, 3 Z BR 333/99, DB 2000, 37.

43 Vgl. dazu ausführlich DNotI-Gutachten Nr. 45077 vom 3.11.2003 zu § 192 UmwG sowie BayObLG, Beschluss vom 2.4.2003, 3 Z BR 57/03, DB 2003, 1377 – hier wird darauf hingewiesen, dass bei einer fehlenden Offenlegung des Gesellschafters beim Handelsregister und bei der Eintragung des falschen Gesellschafters als Kommanditist ein Amtslösungsverfahren bezüglich dieser Eintragung zu betreiben ist; vgl. ferner *Maulbetsch/Klumpp/Rose/Quass*, Umwandlungsrecht, § 194 Rdnr. 6.

Beispiel 2:

Am Stammkapital der „Autohaus Müller GmbH“ zu insgesamt 100.000 € sind Fritz Müller und sein Sohn S mit je einem Geschäftsanteil zu 50.000 € beteiligt. Die Gesellschafter der GmbH wollen die Gesellschaft in eine GmbH & Co. KG formwechselnd umwandeln. Als Komplementärin der GmbH & Co. KG soll vor dem Formwechsel noch die Müller Verwaltungs GmbH gegründet werden, die im Rahmen des Umwandlungsbeschlusses der KG als persönlich haftende Gesellschafterin beitrifft. In den Umwandlungsvorgang soll auch die Tochter T miteinbezogen werden, wobei M, S und T Kommanditanteile von 10.000 €, 45.000 € und 45.000 € erhalten sollen.

Nach der hier vertretenen Auffassung ist am Identitätsprinzip jedoch in diesen Konstellationen festzuhalten. Das in § 194 Abs. 1 Nr. 3, § 202 Abs. 1 Nr. 2 UmwG verankerte Gebot der Identität der Anteilsinhaber ist tragender Grundsatz des Formwechselrechts und des gesamten Umwandlungsrechts. Hieran ändern auch das obiter dictum des BGH und die Entscheidung des OLG Oldenburg zum speziellen Fall des Beitritts einer Komplementär-GmbH im Zuge des Formwechsels in eine Personenhandelsgesellschaft nichts.

Damit steht die Identität des Gesellschafterkreises – über die gesetzlich geregelten Konstellationen und den Bei- bzw. Austritt von Komplementärgesellschaften hinaus – nicht zur Disposition der Beteiligten. Bezogen auf das Beispiel 2 kann zwar die künftige Komplementärgesellschaft auf Basis der Rechtsprechung von BGH und OLG Oldenburg wohl beitreten; die Gesellschafter M und S können allerdings T im Rahmen des Formwechselungsbeschlusses nicht einfach einen Kommanditanteil an dem Zielrechtsträger GmbH & Co. KG zuordnen, da T bisher nicht Gesellschafterin des Ausgangsrechtsträgers war. Die Beteiligung von T am Zielrechtsträger lässt sich vielmehr nur dadurch herbeiführen, dass der für sie vorgesehene künftige Kommanditanteil rechtsgeschäftlich an sie abgetreten wird.⁴⁴ Eine Anteilsübertragung im Wege der Singularsukzession vor oder nach dem Formwechsel ist durch § 194 Abs. 1 Nr. 3 UmwG nicht ausgeschlossen.⁴⁵

Im Beispielsfall könnte die teilweise Abtretung des künftigen Kommanditanteils unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung des Formwechsels im Handelsregister erfolgen.⁴⁶ Alternativ wäre die vorherige Aufnahme von T in die Ausgangs-GmbH durch Zuwendung eines Geschäftsanteils und anschließendem quotenabweichenden Formwechsel möglich. Schenkungsteuerlicher Zuwendungsgegenstand wäre in diesem Fall allerdings ein Anteil an der GmbH.

V. Das „Treuhandmodell“ als sicherster Weg

Sofern keine Klarheit über die örtliche Registerpraxis besteht, bleibt zusammenfassend trotz der neueren Entscheidungen

44 *Widmann/Mayer/Weiler*, Umwandlungsrecht, § 194 UmwG Rdnr. 41.

45 Vgl. BayObLG, Beschluss vom 4.11.1999, 3 Z BR 333/99, NZG 2000, 166 und vom 2.4.2003, 3 Z BR 57/03, NZG 2003, 829, 830 (zur AG); *Wälzholz*, DStR 2003, 1269; *KölnKomm-UmwG/Petersen*, § 194 Rdnr. 6.

46 Vgl. *Widmann/Mayer/D. Mayer*, Umwandlungsrecht, § 152 UmwG Rdnr. 81 ff.

des OLG Oldenburg und des KG (mit Ausnahme der gesetzlichen Sonderkonstellationen) in allen Fällen des Formwechsels die als sicherster Weg zu empfehlende Vorgehensweise, die Anteilseigner (ggf. eine juristisch logische Sekunde) vor oder nach dem Formwechsel nach den Regeln der dann noch bzw. schon bestehenden Rechtsform beitreten oder ausscheiden zu lassen.⁴⁷

Beim Formwechsel einer GmbH in eine GmbH & Co. KG erfolgt dies durch (treuhänderische) Abtretung eines „Mini-Geschäftsanteils“ zum Beispiel zu nominal 1 € an die künftige Komplementär-GmbH unter gleichzeitiger Klarstellung, dass die GmbH nach Wirksamwerden des Formwechsels nicht am Vermögen der durch den Formwechsel entstehenden KG beteiligt sein soll.⁴⁸

Beim Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine GmbH würde man demgegenüber der Komplementär-GmbH der Ausgangsgesellschaft treuhänderisch einen (Mini-)Anteil an der durch Formwechsel entstehenden GmbH gewähren, auch

wenn die persönlich haftende Gesellschafterin nicht am Vermögen der formwechselnden KG beteiligt ist. Dieser Anteil kann dann unmittelbar nach Beurkundung des Beschlusses aufschiebend bedingt auf das Wirksamwerden des Formwechsels an den oder die bisherigen Kommanditisten abgetreten werden.⁴⁹ Die Abtretung eines solchen künftigen Geschäftsanteils ist möglich, sofern dieser hinreichend bestimmt bezeichnet wird.⁵⁰

Wer demgegenüber mit einem direkten Beitritt bzw. Austritt arbeiten will, sollte sich vorher über die gängige Praxis des zuständigen Registergerichts bzw. die Auffassung des konkret zuständigen Richters bzw. Rechtspflegers Klarheit verschaffen.⁵¹

47 Widmann/Mayer/Weiler, Umwandlungsrecht, § 194 UmwG Rdnr. 42.

48 Siehe etwa das entsprechende Muster (Alternative A) von Engl/Greve/Oehlschlägel, Formularbuch Umwandlungen, Teil E. 3.1 m. Anm. Rdnr. 8 ff. Kritisch zu dieser Konstruktion OLG Oldenburg, Beschluss vom 19.12.2019, 12 W 133/19, MittBayNot 2020, 265 (in diesem Heft), ohne auf die Möglichkeit einer rein treuhänderischen Übertragung einzugehen.

49 Vgl. Engl/Greve/Oehlschlägel, Formularbuch Umwandlungen, Teil E. 4.3 m. Anm. Rdnr. 105. Siehe auch den instruktiven Fall BGH, Urteil vom 18.10.2016, II ZR 314/15, NZG 2017, 104. Notwendig ist somit in beiden Fällen eine einfache Geschäftsanteilsabtretung, die in derselben Urkunde erfolgen kann wie der Formwechsel. „Komplizierte Umgehungsvorgänge“ sind demgegenüber entgegen der Auffassung von Semler/Stengel/Bärwaldt, Umwandlungsgesetz, § 194 Rdnr. 9 nicht erforderlich.

50 Vgl. für die GmbH exemplarisch Scholz/Seibt, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 15 Rdnr. 12.

51 Dies empfehlen selbst die vehementesten Befürworter der liberalen Ansicht, vgl. Semler/Stengel/Bärwaldt, Umwandlungsgesetz, § 194 Rdnr. 10 Fn. 27.

BUCHBESPRECHUNGEN

Mathias Habersack/Hartmut Wicke:

Umwandlungsgesetz

C. H. Beck, 2019. 2.844 S., 199 €

Von Notar **Michael Gutfried**, M. Jur. (Oxford), Dingolfing

Manchem Kollegen wird das vorliegende Werk bereits in digitaler Form bekannt sein. Der von Professor *Mathias Habersack* und dem Notarkollegen Professor *Hartmut Wicke* herausgegebene Kommentar zum UmwG ist aus dem BeckOGK-UmwG hervorgegangen. Wer bislang das entsprechende Modul bei beck online nicht gebucht hatte, erhält nunmehr die Gelegenheit, den Kommentar in gedruckter Form zu erwerben. Der Bearbeiterkreis besteht aus durchwegs namhaften Persönlichkeiten aus Wissenschaft und Praxis. Erfreulich ist, dass sämtliche Perspektiven vertreten sind, da neben Universitätsprofessoren auch Kollegen aus dem Notariat, der Rechtsanwaltschaft sowie der Justiz die Kommentierung übernommen haben. Von notarieller Seite haben außer dem Herausgeber *Hartmut Wicke* die bayerischen Notare *Johannes Benz*, *Adolf Reul* und *Bernhard Weiß* sowie Kollegen aus Hamburg und dem Rheinland mitgewirkt.

Gegenstand der Kommentierung ist das gesamte UmwG. Den im Vorwort erwähnten eigenen Abschnitt zum Umwandlungssteuerrecht hat der Rezensent erst nach längerer Suche an etwas versteckter Stelle im Rahmen der Kommentierung des § 1 (dort Rdnr. 61-308) gefunden. Dieser komprimierte Überblick kann notwendigerweise die zahlreichen steuerlichen Fragen nur rudimentär abhandeln und ist mit einer systematischen Kommentierung nicht vergleichbar. Der Schwerpunkt des Werks liegt daher eindeutig im Gesellschaftsrecht. Volltextmuster oder einzelne Formulierungshilfen enthält der Kommentar nicht. Der Aufbau des Werkes ist gegenüber der Online-Version unverändert geblieben. Die Kommentierung zu jedem Paragraphen beginnt mit einem Überblick, an den sich vertiefte Einzelerläuterungen anschließen.

Die Kommentierungen sind von durchwegs sehr hoher Qualität. Erfreulich ist dabei, dass die Ausführungen trotz hoher Wissenschaftlichkeit und Detailtiefe leicht verständlich bleiben und dem rechtsanwendenden Praktiker zahlreiche Hilfestellungen leisten. Auch für die notarielle Praxis wichtige Rechtsfragen werden übersichtlich abgehandelt. Beispielhaft herausgegriffen sei etwa die Kommentierung über die Anwendbarkeit des ersten und des zweiten Teils des UmwG auf die Spaltung (§ 125 UmwG): Diese enthält detaillierte Erläuterungen zu allen

einschlägigen Normen und stellt die Problematik, inwieweit die Kapitalerhöhungsverbote bzw. das Kapitalerhöhungswahlrecht gemäß § 54 UmwG bei Spaltungen oder Ausgliederungen Anwendung finden, leicht und verständlich dar. Auch bei anderen praktischen Fragen, etwa der nötigen Details bei der Bezeichnung der von einer Abspaltung, Aufspaltung oder Ausgliederung betroffenen Gegenstände, findet der Rechtsanwender ebenso Rat wie bei der Frage der Reichweite der Formbedürftigkeit des Verschmelzungsvertrags. Sehr gut gelungen sind auch die Ausführungen zu grenzüberschreitenden Verschmelzungen, in der sowohl die unionsrechtlichen Grundlagen als auch die Verschmelzungsrichtlinie und das nationale Recht dargestellt werden und dem Rechtsanwender für den einfacheren Fall der Verschmelzung von arbeitnehmerlosen Konzerngesellschaften ein Ablaufplan an die Hand gegeben wird.

Strittige Rechtsfragen werden ausführlich erörtert, wobei die Kommentierung nicht immer der sog. „herrschenden Lehre“ folgt. *Simons* etwa vertritt in seiner Kommentierung zu § 202 UmwG eine strenge Auslegung des Grundsatzes der Beteiligungsidentität. Danach sei bei einem Formwechsel einer GmbH in eine Personenhandelsgesellschaft ein Beitritt des persönlich haftenden Gesellschafters im Zuge des Formwechsels nicht möglich, sodass bereits vor Beurkundung des Formwechsels ein Anteil am Ausgangsrechtsträger übertragen werden müsse (§ 202 Rdnr. 41). Die Praxis wird sich eher an der den Vorgang vereinfachenden Rechtsprechung (vgl. OLG Oldenburg, Beschluss vom 19.12.2019, 12 W 133/19, MIttBayNot 2020, 265 (in diesem Heft); sowie für den umgekehrten Fall: KG, Beschluss vom 19.12.2018, 22 W 85/18, DNotZ 2019, 384) erfreuen.

Wer sich für dieses Werk entscheidet, hat im Alltag stets eine rechtswissenschaftlich fundierte, ausführliche und zugleich praxisorientierte Arbeitshilfe zur Hand, die zudem verglichen mit den Konkurrenzprodukten von Lutter, Widmann/Mayer oder Semler/Stengel in der Anschaffung eher günstig ist. Wer also den Kommentar noch nicht im Online-Angebot nutzt, dem sei dieses Werk uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen.

Beate Heiß/Winfried Born:

Unterhaltsrecht. Ein Handbuch für die Praxis

56. Aufl., C. H. Beck, 2019. 2.886 S., Grundwerk mit Fortsetzungsbezug 98 €, Normalpreis ohne Fortsetzungsbezug 148 €

Von Richter am KG Dr. **Martin Menne**, Berlin

Der *Heiß/Born* gehört ganz klar zu den „Klassikern“ unter den unterhaltsrechtlichen Erläuterungsbüchern. Das seit etwa 25 Jahren bewährte und in der Fachwelt geschätzte Werk behandelt zuverlässig und insgesamt recht aktuell alle Fragen des Unterhalts- und Unterhaltsverfahrensrechts, des internationalen Unterhaltsrechts sowie die in der Rechtsberatung vielfach bedeutsamen Probleme rund um die Schnittstellen zwischen dem Unterhalts- sowie dem Sozial- und – besonders umfangreich – dem Steuerrecht. Bei dem voluminösen Band handelt es sich um ein Loseblattwerk, das trotz eines Umfangs von mittlerweile fast 3000 Seiten nach wie vor in lediglich einem Ordner untergebracht ist. Durch die Konzeption als Loseblattwerk befindet sich der Band praktisch stets auf dem aktuellen Stand. Größere Neuerungen, wie aktuell im Elternunterhalt die Anfang 2020 in Kraft getretenen Änderungen im SGB XII durch das Angehörigen-Entlastungsgesetz, werden zumeist durch zeitnah zu erwartende, umfangreiche Überarbeitungen der entsprechenden Kapitel vorgenommen. Nachteil der Konzeption als Loseblattwerk ist freilich, dass die etwa ein- bis zweimal jährlich erscheinenden, zumeist zwischen 100 und 250 Seiten starken Nachlieferungen – zuletzt 56. Ergänzungslieferung August 2019, ausgeliefert im Dezember 2019 – mühsam und fehlerträchtig von Hand Seite für Seite in den Buchblock eingefügt werden müssen. Die Printausgabe wird ergänzt durch eine eigene, nur für die Abonnenten des Werkes zugängliche Homepage, in dem in regelmäßigen Abständen vom langjährigen Mitherausgeber des Werkes, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht Prof. Dr. *Winfried Born*, Dortmund, verfasste Entscheidungsanmerkungen eingestellt sind.

Bearbeitet wird der insgesamt sehr gehaltvolle Band von einem Team von fünf Rechts- bzw. Familienrechtsfachanwälten, ergänzt um eine Notarin – *Nicola Struck*, Pfaffenhofen –, einen renommierten, emeritierten Hochschullehrer sowie einen OLG-Richter. Mit dem Wechsel von der 55. zur 56. Nachlieferung ist *Johannes Norpoth*, Richter am OLG Hamm, aus dem Kreis der Bearbeiter ausgeschieden.

Blättert man den Band durch, stößt man rasch auf einen etwa 600 Seiten umfassenden, von der Mitherausgeberin, Rechtsanwältin und Fachanwältin für Familienrecht *Beate Heiß*, verfassten, mit „Bedarf. Bedürftigkeit. Leistungsfähigkeit. Einzelprobleme“ überschriebenen Abschnitt: Dieses grob ein Fünftel des Gesamtwerkes einnehmende Kapitel ist so etwas wie ein stilprägendes Charakteristikum des Gesamtwerkes; eine Art „Buch im Buch“. Es handelt sich um ein Stichwort-ABC, in dem zahlreiche unterhaltsrechtliche Grundbegriffe umfangreich erläutert werden. Anders als der Kapiteltitle dies suggeriert, handelt es sich hierbei keineswegs nur um Stichwörter zu unterhaltspflichtigen Einkünften oder Abzugspositionen, sondern dort werden auch zahlreiche verfahrensrechtliche Begriffe

erläutert. Schön wäre, wenn der Nutzerin und dem Nutzer des Bandes über eine kurze, prägnante Erläuterung wichtiger unterhaltsrechtlicher „Schlüsselbegriffe“ der Weg gewiesen werden könnte zu der systematisch richtigen Stelle, an dem das Stichwort sodann im Zusammenhang erläutert wird: Derartige Quer- und Weiterverweisungen finden sich bislang erst bei verhältnismäßig wenigen Stichwörtern. Aus Sicht eines Nutzers wäre zu wünschen, dass die Ausführungen in diesem Bereich etwas überarbeitet und vor allem gestrafft würden.

Die von *Sieglinde Linderer*, Fachanwältin für Familien- und Steuerrecht in Burghausen, verantworteten steuerrechtlichen Kapitel des Bandes fallen für ein unterhaltsrechtliches Werk ausgesprochen umfangreich und gehaltvoll aus: Zunächst werden die steuerrechtlichen Grundlagen einschließlich des Kindergeldrechts sorgfältig aufbereitet (Kap. 41), bevor dann die steuerliche Veranlagung von Ehegatten (Kap. 42), die steuerliche Behandlung von Ehegattenunterhalt und Realsplitting (Kap. 43) sowie Steuerentlastungsmöglichkeiten beim Kindesunterhalt (Kap. 44) eingehend behandelt werden. Hilfreich wäre freilich, wenn die Ausführungen an der einen oder anderen Stelle durch Hinweise auf praxisbewährte Musterformulierungen oder erprobte Vertragsklauseln ergänzt werden könnten; der Nutzwert für den Praktiker ließe sich dadurch unschwer weiter erhöhen.

Gut gelungen ist das in dem umfangreichen, von der Notarin *Nicola Struck* verfassten Abschnitt zu den Unterhaltsvereinbarungen, der mit zahlreichen Musterformulierungen unterlegt ist: Die Grundlagen von Unterhaltsvereinbarungen und die Grundzüge der richterlichen Inhaltskontrolle von Vereinbarungen werden schön aufgezeigt, bevor dann auf die Besonderheiten von Vereinbarungen in den einzelnen Unterhaltsverhältnissen eingegangen wird. Wünschenswert wäre, wenn die Beurteilung der verschiedenen, erörterten Gestaltungsmöglichkeiten durch die Gerichte mittels entsprechender Beispiele oder von Rechtsprechungszitaten stärker nachgewiesen werden könnte; beispielsweise bei der Erörterung von Vereinbarungen im Zusammenhang mit dem nahehelichen Betreuungsunterhalt (Kap. 15 Rdnr. 84 ff.) oder der Vereinbarung von zeitlichen bzw. betragsmäßigen Begrenzungen des nahehelichen Unterhalts (Kap. 15 Rdnr. 91 ff.).

„Unter dem Strich“ handelt es sich beim *Heiß/Born* um eine empfehlenswerte Gesamtdarstellung des Unterhalts- und Unterhaltsverfahrensrechts aus einer betont praxisgerechten Perspektive, mit der sich gut arbeiten lässt: Der Band ist klar gegliedert und der Stoff wird vollständig und leicht verständlich aufbereitet. An vielen Stellen finden sich Unterhaltsberechnungen, Musterformulierungen oder Praktikerhinweise in die Darstellung eingearbeitet, um die Materie besser verständlich zu machen.

Stephan Scherer:

Unternehmensnachfolge

6. Aufl., C. H. Beck, 2020. 1.762 S., 199 €

Von Notarassessor Dr. **Andreas Salzmann**, München

„Was passiert alle 11 Minuten in Deutschland? Alle 11 Minuten werden 8 Millionen € vererbt oder verschenkt, pro Jahr 400 Milliarden.“ Mit diesem Hinweis via *Twitter*, wohl gestützt auf die vermutlich großzügig betriebenen Schätzungen und Hochrechnungen des Deutschen Instituts für Wirtschaftsforschung im Auftrag der Hans-Böckler-Stiftung, wollte *Saskia Eskens* im Wettstreit um den Vorsitz der SPD punkten und für eine Erhöhung der Erbschaft- und Schenkungsteuer werben. Die Zahlen zeigen aber zugleich, wie groß der Bedarf für Rechts- und Steuerberatung in diesem Bereich ist und auch in Zukunft sein wird. Dabei stellt gerade die juristische Begleitung des Generationenübergangs von (mittelständischen) Unternehmen eine ebenso spannende wie anspruchsvolle Herausforderung dar, da stets das Erb-, Gesellschafts- und Steuerrecht genau aufeinander abzustimmen sind. Ebendieses Zusammenspiel hat das Werk vor Augen, das nun fast 15 Jahre nach der Voraufgabe völlig überarbeitet und neu strukturiert erschienen ist. Bearbeitet wird das Buch ausschließlich von Praktikern, die sich zum Ziel gesetzt haben, neben der Behandlung von Rechtsfragen auch ihre Erfahrungen aus der Beratungspraxis mit dem Leser zu teilen.

Das Werk beginnt mit einer äußerst umfangreichen Einführung in die Thematik, die einen Überblick verschaffen, typische Gestaltungsmodelle vorstellen und die wichtigsten, wiederholt und von der konkreten Gestaltung unabhängig auftretenden Fragestellungen isoliert und vorab behandelt. Die Lektüre dieses Teils kann jedem Notarassessor oder Jungnotar wärmstens empfohlen werden. Gerade die Möglichkeiten der taktischen Ausschlagung (§ 11) gehören sicher nicht zur allgemeinen juristischen Ausbildung und Kenntnisse in diesem Bereich lassen sich sonst nur schwer theoretisch erwerben. Pflichtteilsvermeidungsstrategien (§ 16) gehören hingegen gewiss zum Alltag der (notariellen) Beratungspraxis. Derart umfassend und doch komprimiert dargestellt finden sie sich aber selten. Die Behandlung der Unternehmensnachfolge mit Auslandsbezug (§ 12) kann schon allein aufgrund der vielen – in erster Linie europäischen – legislativen Neuerungen in den letzten Jahren jedem Leserkreis wertvolle Dienste erweisen.

Die dem Erbrecht, der vorweggenommen Erbfolge und den gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten gewidmeten Kapitel sollten für Notare nur wenige juristische Überraschungen bereithalten. Durch seine extrem praxisbezogene und auch hier thematisch nahezu erschöpfende Bearbeitung dieser Bereiche bietet sich das Werk perfekt für den ersten

Zugriff und als Ausgangspunkt für die Lösung häufig auftretender Probleme an. Hingegen sind die Ausführungen dem Ansatz der Autoren entsprechend vielfach nicht tiefgehend und ausführlich genug, um jede juristische Detailfrage erschöpfend zu behandeln. Durch die zahlreichen weiterführenden Hinweise wird der Leser aber auch insoweit nicht alleine gelassen.

Die letzten beiden Kapitel sind dem Steuer- und dem Umwandlungsrecht gewidmet. Zwar ist die Tätigkeit des Notars ohne Kenntnisse in diesen Bereichen heute nicht mehr vorstellbar. Dennoch gehört das Umwandlungsrecht nicht in jeder Amtsstelle zum Alltag. Auch hier eignet sich das Werk hervorragend, um sich die Auswirkungen der diversen Gestaltungsoptionen kurzfristig bewusst zu machen. Auch werden die für den Notar oft nur am Rande erkennbaren Implikationen für die Entscheidung, wie arbeitsrechtliche Erwägungen oder die Wahrung der Vertraulichkeit, beleuchtet. Auch hier ist das Handbuch aber vielfach nicht als Schlusspunkt der Recherche geeignet. Dies gilt leider auch im steuerrechtlichen Teil, der wie das Werk insgesamt durch seinen klaren und sinnvollen Aufbau glänzt, sich aber für den kautelarjuristisch erfahrenen Leser oft zu intensiv mit den Grundlagen befasst. Die Anmerkungen aus der Beratungspraxis sind jedoch auch hier lesenswert.

Dass die Erbschaftsteuerrichtlinien 2019 nicht mehr berücksichtigt werden konnten, stellt einen erheblichen Wermutstropfen dar. Denn am Ende muss sich der Rechtsgestalter an diesen orientieren und enthalten die Richtlinien Vorgaben, wie zum Beispiel die Berücksichtigung von Vorerwerben begünstigten Vermögens von vor dem 1.7.2016 (vgl. RE 13 a.2 Abs. 3 Satz 1 ErbStR 2019), die der Gesetzeswortlaut nicht gerade nahelegt.

Die Studie „Erben in Deutschland 2015-2024“ des Deutschen Instituts für Altersvorsorge geht davon aus, dass in diesem Zeitraum 3,1 Billionen Euro in Deutschland und damit so viel wie niemals zuvor vererbt werden. Dass dies rechtssicher und wie vom Erblasser gewünscht geschieht, ist auch Aufgabe der Notare. „Unternehmensnachfolge“ von Prof. Dr. *Stephan Scherer* als Herausgeber kann hierbei eine wertvolle Unterstützung sein. Zur Grundausrüstung der notariellen Bibliothek ist das Werk wohl nicht zu zählen. Wer es einmal angeschafft hat, wird allerdings aufgrund der guten Struktur, der umfassenden Bearbeitung und insbesondere des enormen Praxisbezugs oft und gerne zu diesem Handbuch greifen.

Karl Winkler:

Beurkundungsgesetz

19. Aufl., C. H. Beck, 2019. 883 S., 139 €

Von Notarassessorin **Angelika Strähuber**, München

Nach nunmehr beinahe 50 Jahren ist er nicht nur ein echter Klassiker, sondern *das* Standardwerk zum BeurkG. Zu Recht, wie sich wiederholt zeigt. Wer mit einer beurkundungsrechtlichen Frage befasst den „*Winkler*“ zu Rate zieht, wird sich schwertun, dies nicht zu bestätigen. Durch die Bearbeitung durchweg aus der Feder des Kommentators selbst ist garantiert, dass der Überblick gewahrt und verwandte Themen ohne überflüssige Wiederholungen in Zusammenhang gebracht werden. Nicht zuletzt wegen der kontinuierlichen Aktualisierungen kann stets guten Gewissens auf das Werk zurückgegriffen werden. Mittlerweile erscheint der Kommentar zum BeurkG in der 19. Auflage und ist damit unangefochtener Spitzenreiter auf seinem Gebiet. Neuerungen, sei es legislativer, judikativer oder auch technischer Art, scheinen dabei niemals unbemerkt am Kommentator vorbeizugehen. Wird man hier nicht fündig, dürfte man sich auf eine längere, am Ende voraussichtlich erfolglose Suche nach der Behandlung des Problems andernorts einstellen können.

Die größte Neuerung erhält der Kommentar (wie das BeurkG künftig selbst) durch die Ausführungen zu den Auswirkungen des Gesetzes zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des elektronischen Urkundenarchivs bei der Bundesnotarkammer (wenn auch zum Teil durch Wiedergabe der Gesetzesbegründung), wobei die Kommentierung mit voranschreitender Zeit bis zum endgültigen Inkrafttreten am 1.1.2022 stetig an Bedeutung gewinnen dürfte. Die damit einhergehenden Änderungen des BeurkG (wesentlich die Einfügung der §§ 55 und 56 BeurkG) werden erfasst, wobei gezeigt wird, dass es sich vorwiegend um organisatorische Neuerungen handelt, allen voran das künftig ausschließlich elektronisch zu führende Urkundenverzeichnis (§ 55 Abs. 1 BeurkG n. F.). Korrespondierend zum Sinn und Zweck des Gesetzes und zu den in Zukunft zu führenden Verzeichnissen des Notars (Urkundensammlung, elektronische Urkundensammlung und ggf. Erbvertragssammlung, § 55 Abs. 3 BeurkG n. F.) stellt § 45 Abs. 2 BeurkG n. F. die elektronische Fassung der Urschrift derjenigen in Papierform gleich. Auf vertiefte Kommentierung nach ersten Erfahrungen in der Praxis darf man gespannt sein.

Auch wird eine der nach wie vor „heißen“ Vorschriften im Beurkundungsaltag, § 17 BeurkG mit seinem Abs. 2a und den

Sondervorschriften zum Verbraucherschutz, umfassend beleuchtet und bietet mit zahlreichen Beispielsfällen hilfreiche Ausführungen zur berufsrechtlichen Beurteilung. Die ursprüngliche Rolle des Notars vergisst der Autor dabei nicht. So hält er bei seinen Erwägungen stets die Waage zwischen dem Notar als Verbraucherschützer und dem Ziel der Vermeidung unnötiger Verzögerungen und Förmereien (und nichts anderes scheint eine zu weite Auslegung des § 17 Abs. 2a BeurkG in gewissen Konstellationen zu sein) im Rahmen der Verfahrensführung. So werden beispielsweise mögliche Ausnahmen von der Zweiwochenfrist im höchstrichterlich noch weitgehend ungeklärten Bereich auf mehreren Seiten erwogen. Man stellt fest: Was hier keine Erwähnung findet, war noch nicht Gegenstand vertiefter Diskussion. Dies soll freilich nicht heißen, dass der Autor seinerseits nicht ebenfalls gerne Denkanstöße für wissenschaftliche Vertiefung bietet (wie man auch ausdrücklich seinem Vorwort entnehmen kann).

Auch die Mitte des Jahres 2017 eingeführten notariellen Prüfungs- und Einreichungspflichten im Grundbuch- und Registerverkehr (§ 15 Abs. 3 GBO und § 378 Abs. 3 FamFG) wurden in der neuesten Auflage in 30 Randnummern kommentiert. Selbstverständlich wird auch die DS-GVO an einschlägigen Stellen (insbesondere zu § 17 BeurkG) in die Bearbeitung mit aufgenommen. Hier kommt *Winkler* zu dem auch in der Praxis gut handhabbaren Ergebnis, dass eine Einwilligung im Rahmen der notariellen Tätigkeit allenfalls in Ausnahmefällen angezeigt, im Regelfall jedoch – da für die Amtsausübung erforderlich – überflüssig sein dürfte. Die Ausführungen zur Neufassung des GwG 2017 werden im Rahmen der Feststellung der Beteiligten bei § 10 BeurkG stetig vertieft. Auch hier ist bereits vorhersehbar, dass das GwG mit den durch das Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie erfahrenden Änderungen für die nächste Überarbeitung des Kommentars gesetzt sein dürfte.

Winkler begleitet das BeurkG bereits von Anfang an. Dies schlägt sich in den fundierten Ausführungen nieder, die trotz der dogmatischen Erwägungen stets eine gelungene Umsetzung der beurkundungsrechtlichen Anforderungen in der Praxis ermöglichen. Das Werk ist im berufsrechtlichen Teil der notariellen Bibliothek unentbehrlich.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Ansprüche wegen Beeinträchtigung durch natürliche Immissionen einer Anpflanzung (Baum) auf dem Nachbargrundstück

BGH, Urteil vom 20.9.2019, V ZR 218/18 (Vorinstanz: LG Karlsruhe, Urteil vom 1.8.2018, 19 S 3/16)

BGB § 906 Abs. 2 Satz 2, § 1004 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Der Eigentümer eines Grundstücks ist hinsichtlich der von einem darauf befindlichen Baum (hier: Birken) ausgehenden natürlichen Immissionen auf benachbarte Grundstücke Störer i. S. d. § 1004 Abs. 1 BGB, wenn er sein Grundstück nicht ordnungsgemäß bewirtschaftet. Hieran fehlt es in aller Regel, wenn die für die Anpflanzung bestehenden landesrechtlichen Abstandsregelungen eingehalten sind.
2. Ein Anspruch auf Beseitigung des Baums lässt sich in diesem Fall regelmäßig auch nicht aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis herleiten.
3. Hält der Grundstückseigentümer die für die Anpflanzung bestehenden landesrechtlichen Abstandsregelungen ein, hat der Eigentümer des Nachbargrundstücks wegen der Beeinträchtigungen durch die von den Anpflanzungen ausgehenden natürlichen Immissionen weder einen Ausgleichsanspruch gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB in unmittelbarer Anwendung noch einen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 analog (Abgrenzung zu Senat, Urteil vom 27.10.2017, V ZR 8/17, ZfIR 2018, 190).

SACHVERHALT:

1 Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke, die in Baden-Württemberg belegen und mit Wohnhäusern bebaut sind. Auf dem Grundstück des Beklagten stehen in einem Abstand von mindestens zwei Metern zu der Grenze drei ca. 18 Meter hohe, gesunde Birken. Wegen der von den Birken auf sein Grundstück ausgehenden Immissionen verlangt der Kläger mit dem Hauptantrag die Entfernung sämtlicher, hilfsweise der seinem Grundstück am nächsten stehenden Birke(n). Weiter hilfsweise beansprucht er eine monatliche Zahlung von jeweils 230 € in den Monaten Juni bis November eines jeden Jahres.

2 Das AG hat die Klage mit allen Anträgen abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das LG dem Hauptantrag stattgegeben. Mit der von dem LG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, möchte der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen.

AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Nach Ansicht des sachverständig beratenen Berufungsgerichts ergibt sich ein Beseitigungsanspruch des Klägers aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die durch die Birken verursachten Immissionen stellten eine Eigentumsbeeinträchtigung dar, die nur durch die Entfernung der Bäume wirksam unterbunden werden könne. Die Einwirkungen seien dem Beklagten als Störer zuzurechnen. Hierfür genüge zwar seine Stellung als Grundstückseigentümer alleine nicht. Er habe aber die bewusste Entscheidung getroffen, sich die Birken in ihrem Bestand zu eigen zu machen und als Lebensraum und Nahrungsquelle für Vögel und Insekten zu erhalten. Den Kläger treffe keine Duldungspflicht gemäß § 1004 Abs. 2 BGB i. V. m. § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB. Durch den Pollenflug zwischen März und Juni, das Herausfallen der Samen und Früchte aus den Zapfen der Birke in dem Zeitraum von August bis September, das Herabfallen der leeren Zapfen (sog. „Würstchen“) sowie der Blätter und Birkenreiser und den hierdurch zusätzlich erforderlichen Reinigungsaufwand werde sein Grundstück wesentlich beeinträchtigt. Im Vergleich zu anderen Bäumen stellten Birken aufgrund ihrer kleinteiligen Pollen, Samen und Blätter eine erheblich größere Belastung dar. Dass die landesrechtlich für Birken vorgeschriebenen Grenzabstände, die gemäß der hier noch anwendbaren Bestimmung des § 16 Abs. 1 Nr. 4a i. V. m. Abs. 2 Satz 1 NRG-BW a. F. aufgrund der Innerortslage zwei Meter betragen, eingehalten seien, lasse weder die Störereigenschaft des Beklagten noch die Wesentlichkeit der Beeinträchtigung entfallen. Dies folge aus Art. 124 EGBGB. Die Vorschrift lasse nämlich ausdrücklich nur weitere Beschränkungen des Eigentums durch landesrechtliche Vorschriften zu, erlaube es jedoch nicht, dem Nachbarn Rechte zu nehmen, die sich für ihn aus dem BGB ergäben. Zudem dienten die Abstandsflächen nur dem Schutz des Nachbargrundstücks vor Verschattung, nicht jedoch der Abwehr von Einwirkungen in den räumlichen Bereich des Grundstücks. Diese unterfielen § 906 BGB. Eine Duldungspflicht des Klägers gemäß § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB scheidet aus, weil der Birkenbewuchs nicht ortsüblich sei.

4 II. Die Revision hat Erfolg und führt zur Wiederherstellung des Urteils des AG.

5 1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Kläger keinen Anspruch gemäß § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die mit dem Hauptantrag verlangte Beseitigung der drei Birken.

6 a) Richtig ist allerdings, dass das Grundstück des Klägers durch die von dem Berufungsgericht festgestellten Immissionen der Birken beeinträchtigt wird. Es steht der Verurteilung gemäß § 1004 Abs. 1 BGB auch nicht entgegen, dass es grundsätzlich dem in Anspruch Genommenen überlassen bleibt, auf welchem Weg er die Beeinträchtigungen abwendet. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind nämlich keine Maßnahmen ersichtlich, die die Einwirkungen gleichermaßen unterbinden könnten wie die beantragte Entfernung der Bäume. In einem solchen Fall kann von dem zur Unterlassung Verpflichteten die Vornahme einer konkreten Handlung verlangt werden (vgl. Senat, Urteil vom 12.12.2003, V ZR 98/03, NJW 2004, 1035, 1037; Urteil vom 10.6.2005, V ZR 251/04, ZMR 2013, 395 Rdnr. 10).

7 b) Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Auffassung des Berufungsgerichts, der Beklagte sei als Störer im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB für die von den Birken ausgehenden Immissionen auf das Grundstück des Klägers verantwortlich.

8 aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des Senats folgt die Störereigenschaft, wie im Ausgangspunkt auch das Berufungsgericht nicht verkennt, nicht allein aus dem Eigentum oder Besitz an dem Grundstück, von dem die Einwirkung ausgeht. Von den Fällen des unmittelbaren Handlungsstörers abgesehen (vgl. dazu Senat, Urteil vom 5.7.2019, V ZR 96/18, juris Rdnr. 25) ist vielmehr die Feststellung erforderlich, ob es jeweils Sachgründe gibt, dem Grundstückseigentümer oder -besitzer die Verantwortung für das Geschehen aufzuerlegen. Dies ist dann zu bejahen, wenn sich aus der Art der Nutzung des Grundstücks, von dem die Einwirkung ausgeht, eine „Sicherungspflicht“, also eine Pflicht zur Verhinderung möglicher Beeinträchtigungen, ergibt. Mit der Sicherungspflicht ist keine Sorgfaltspflicht im schuldrechtlichen Sinne gemeint, die von dem Grundstückseigentümer oder -besitzer verletzt worden sein muss. Vielmehr kommt es darauf an, ob der Grundstückseigentümer oder -besitzer nach wertender Betrachtung für den gefahrenträchtigen Zustand seines Grundstücks verantwortlich ist, er also zurechenbar den störenden Zustand herbeigeführt hat (vgl. zum Ganzen Senat, Urteil vom 9.2.2018, V ZR 311/16, WM 2018, 1761 Rdnr. 7 m. w. N.).

9 bb) Diese Grundsätze gelten auch dann, wenn es – wie hier – um durch Naturereignisse ausgelöste Störungen geht. Ob den Grundstückseigentümer für natürliche Immissionen eine „Sicherungspflicht“ trifft und er damit Störer im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB ist, ist jeweils anhand der Umstände des Einzelfalls zu prüfen. Maßgebend sind hierbei vor allem die Konfliktlösungsregeln des öffentlichen und privaten Nachbarrechts sowie die Art der Nutzung der benachbarten Grundstücke und die vorbeugende Beherrschbarkeit der Störung. Dabei ist entscheidend, ob sich die Nutzung des Grundstücks, von dem die Beeinträchtigungen ausgehen, im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung hält (Senat, Urteil vom 14.11.2003, V ZR 102/03, BGHZ 157, 33, 42; Urteil vom 28.11.2003, V ZR 99/03, ZfSch 2004, 153, 154 f.; Urteil vom 9.2.2018, V ZR 311/16, WM 2018, 1761 Rdnr. 8). So hat der Senat die Störereigenschaft verneint bei Umstürzen nicht erkennbar kranker Bäume infolge von Naturgewalten (Urteil vom 23.4.1993, V ZR 250/92, BGHZ 122, 282, 284; siehe aber auch Senat, Urteil vom 17.9.2004, V ZR 230/03, BGHZ 160, 232) oder bei dem Übergreifen von Insekten auf das Nachbargrundstück (Urteil vom 7.7.1995, V ZR 213/94, NJW 1995, 2634). An der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung eines Grundstücks fehlt es, wenn die in dem jeweils einschlägigen Landesnachbarrechtsgesetz vorgeschriebenen Grenzabstände für Anpflanzungen nicht eingehalten sind (Senat, Urteil vom 14.11.2003, V ZR 102/03, BGHZ 157, 33, 43; Urteil vom 27.10.2017, V ZR 8/17, ZfIR 2018, 190 Rdnr. 11).

10 cc) Ob ein Abwehranspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB wegen Immissionen von Anpflanzungen in Betracht kommt, wenn die vorgeschriebenen Abstandsgrenzen – wie hier – gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 4a i. V. m. Abs. 2 Satz 1 NRG-BW a. F. eingehalten sind, ist umstritten.

11 (1) Zum Teil wird die Auffassung vertreten, dass allein die Einhaltung des nach Landesrecht maßgeblichen Grenzabstandes den Abwehranspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB nicht ausschließt (vgl. Staudinger/Roth, Neub. 2016, § 906 Rdnr. 170; Staudinger/Albrecht, Neub. 2018, Art. 124 EGBGB Rdnr. 38; NK-BGB/Ring, 3. Aufl., § 906 Rdnr. 246; Wenzel, NJW 2005, 241, 242; Endres, Eigentumsfreiheitsklage contra Naturschutz, S. 50; Horst, NZM 2018, 217, 218). Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass auch bei Einhaltung der Abstandsvorschriften der Nachbar durch unterschiedlichste Einwirkung auf sein Grundstück erheblich beeinträchtigt sein könne (vgl. Schäfer, Nachbarrechtsgesetz Nordrhein-Westfalen, 17. Aufl., Vor B §§ 40 bis 48 Rdnr. 5).

12 (2) Nach der Gegenauffassung führt die Einhaltung der Grenzabstände dazu, dass ein Abwehranspruch nach § 1004 Abs. 1 BGB ausgeschlossen ist, wobei die Begründungen hierfür divergieren. Teilweise wird insoweit schon eine nach § 1004 BGB abwehrbare Eigentumsbeeinträchtigung verneint (vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1990, 144, 145; NJWE-MietR 1996, 2, 3; Staudinger/Gursky, Neub. 2012, § 1004 Rdnr. 58; Soergel/Münch, BGB, 13. Aufl., § 1004 Rdnr. 174; Dehner, Nachbarrecht, Stand: Dezember 2012, B § 16 S. 20). Andere halten die Einwirkungen von gesetzmäßig unterhaltenen Bepflanzungen für unwesentlich im Sinne von § 906 Abs. 1 BGB und verneinen deshalb einen Abwehranspruch gemäß § 1004 Abs. 1 BGB (vgl. OLG Düsseldorf, NZM 2001, 717, 718; Birk, Nachbarrecht für Baden-Württemberg, 6. Aufl., II S. 40; Bassenge/Olivet, Nachbarrecht in Schleswig-Holstein, 13. Aufl., § 29 Rdnr. 6).

13 dd) Für die Entscheidung des Meinungsstreits ist von dem oben dargelegten Grundsatz auszugehen, dass der Eigentümer eines Grundstücks hinsichtlich der von einem darauf befindlichen Baum ausgehenden natürlichen Immissionen auf benachbarte Grundstücke Störer im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB ist, wenn er sein Grundstück nicht ordnungsgemäß bewirtschaftet. Hieran fehlt es in aller Regel, wenn die für die Anpflanzung bestehenden landesrechtlichen Abstandsregelungen eingehalten sind (so im Ergebnis auch bereits Senat, Urteil vom 7.7.1995, V ZR 213/94, NJW 1995, 2633, 2634).

14 (1) Ob sich die Nutzung des Grundstücks, von dem die Beeinträchtigungen ausgehen, im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung hält, lässt sich nicht allein aus dem BGB entnehmen. Inhalt und Umfang des Anspruchs aus § 1004 Abs. 1 BGB ergeben sich bei der Beurteilung von Einwirkungen, die von einem Nachbargrundstück ausgehen, aus den gesetzlichen Regelungen des Nachbarrechts als Ganzes. Das Nachbarrecht ist durch einen Ausgleich der einander widerstreitenden Interessen der Nachbarn gekennzeichnet und findet sich deshalb nicht nur als Bundesrecht im BGB (§§ 906 ff. BGB), sondern auch in den jeweiligen Landesgesetzen, die in Art. 1 Abs. 2 und Art. 124 Satz 1 EGBGB dem Landesgesetzgeber vorbehalten sind. Nur in dem hiernach gegebenen Rahmen kann der Eigentümer Beeinträchtigungen abwehren (vgl. Senat, Urteil vom 12.6.2015, V ZR 168/14, NJW-RR 2016, 24 Rdnr. 7).

15 (2) Dies gilt auch für die Beeinträchtigungen, die von den auf den Grundstücken befindlichen Pflanzen ausgehen. Die in den jeweiligen Landesnachbargesetzen enthaltenen

Abstandsregeln sind Ausdruck des Gebots gegenseitiger Rücksichtnahme unter Berücksichtigung der lokalen Besonderheiten (vgl. *Birk*, Nachbarrecht für Baden-Württemberg, II S. 40). Werden die hier festgelegten Grenzen eingehalten, handelt es sich in aller Regel um eine ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Grundstücks. Für Immissionen von Pflanzen, die die Abstandsgrenzen einhalten, ist der Grundstückseigentümer nach der von dem Gesetzgeber vorgenommenen Wertung deshalb regelmäßig nicht verantwortlich. Hieran ändert es entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nichts, dass die Abstandsregelungen vorrangig zum Ziel haben, den Nachbarn vor dem Entzug von Luft und Licht (sog. „negative“ Immissionen) zu schützen (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 10.7.2015, V ZR 229/14, ZfR 2015, 798 Rdnr. 15; siehe auch *Hinz*, JR 1997, 137, 138), und dass die von Bäumen ausgehenden „positiven“ Immissionen wie beispielsweise Laub und Pollen auch dann die Grenze zum Nachbargrundstück überschreiten können, wenn die Abstandsvorschriften eingehalten worden sind (vgl. *Weick*, NJW 2011, 1702, 1706). Entscheidend ist, dass Anpflanzungen, die die Grenzabstände einhalten, von dem Gesetzgeber als zulässige Grundstücksnutzung und damit als ordnungsgemäße Bewirtschaftung angesehen werden. Hiermit wäre es nicht zu vereinbaren, den Grundstückseigentümer wegen der – abgesehen von der als solchen rechtmäßigen Anpflanzung – nur auf natürlichen Vorgängen beruhenden Beeinträchtigung des Nachbargrundstücks als Störer anzusehen.

16 (3) Art. 124 Satz 1 und 2 EGBGB, wonach das Eigentum an Grundstücken zugunsten des Nachbarn noch anderen als den im BGB bestimmten Beschränkungen – insbesondere im Hinblick auf den Grenzabstand von Bäumen – unterworfen werden kann, gebietet, anders als das Berufungsgericht meint, keine abweichende Beurteilung. Richtig ist zwar, dass der Landesgesetzgeber nicht dem Nachbarn Rechte nehmen kann, die sich aus § 1004 Abs. 1 BGB ergeben (Senat, Urteil vom 22.2.2019, V ZR 136/18, NZM 2019, 350 Rdnr. 22). Darum geht es hier jedoch nicht. Vielmehr stellt sich die (Vor-)Frage, ob ein Grundstückseigentümer für natürliche Immissionen überhaupt verantwortlich ist, wenn der nach dem Landesnachbarrecht vorgeschriebene Grenzabstand eingehalten ist. In diesem Fall ist er regelmäßig schon nicht Störer, sodass es bereits an einem Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 Abs. 1 BGB fehlt und der von dem Berufungsgericht beschriebene Konflikt zwischen den Regeln des BGB und den landesrechtlichen Vorschriften nicht besteht.

17 (4) Bestätigt wird die Auffassung des Senats durch die Vorschriften des § 907 und § 910 BGB.

18 (a) Nach § 907 Abs. 1 Satz 1 BGB kann der Eigentümer eines Grundstücks verlangen, dass auf den Nachbargrundstücken nicht Anlagen hergestellt oder gehalten werden, von denen mit Sicherheit vorauszusehen ist, dass ihr Bestand oder ihre Benutzung eine unzulässige Einwirkung auf sein Grundstück zur Folge hat. Genügt eine Anlage den landesgesetzlichen Vorschriften, die einen bestimmten Abstand von der Grenze oder sonstige Schutzmaßregeln vorschreiben, kann die Beseitigung der Anlage erst verlangt werden, wenn die unzulässige Einwirkung tatsächlich hervortritt. Gemäß § 907 Abs. 2 BGB gehören aber Bäume und Sträucher nicht zu den

Anlagen im Sinne des § 907 Abs. 1 BGB. Auch wenn es sich bei § 907 Abs. 2 BGB um eine – nicht verallgemeinerungsfähige – Spezialvorschrift zu dem speziellen Abwehranspruch aus Abs. 1 handelt (vgl. Senat, Urteil vom 12.12.2003, V ZR 98/03, NJW 2004, 1035, 1036; Urteil vom 18.6.2014, V ZR 151/13, NJW 2014, 3780 Rdnr. 15), lassen sich hieraus Rückschlüsse auf die hier zu entscheidende Frage der Störereigenschaft des Grundstückseigentümers ziehen. Nach den Gesetzesmaterialien beruht die Ausnahme nämlich darauf, dass der Grundstückseigentümer gegenüber den Einwirkungen, die von einem Baum ausgehen, „durch § 861“ (= § 910 BGB) „und durch den Vorbehalt des § 866 für die Landesgesetze“ (= Art. 124 EGBGB) „hinlänglich geschützt“ sei (vgl. Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Band III, 1899, S. 158 f.). Dies spricht dafür, dass der Grundstückseigentümer für natürliche Einwirkungen auf das Nachbargrundstück, die von § 910 BGB (Überhang) nicht erfasst werden, regelmäßig nicht verantwortlich ist, wenn die Anpflanzungen mit dem Landesnachbarrecht in Einklang stehen, insbesondere den Abstandsvorschriften genügen (vgl. auch bereits Senat, Urteil vom 7.7.1995, V ZR 213/94, NJW 1995, 2633; ebenso *Dehner*, Nachbarrecht, B § 16 S. 19).

19 (b) In diese Überlegungen fügt sich die Rechtsprechung des Senats, wonach der Grundstückseigentümer, der es zugelassen hat, dass Zweige oder Wurzeln über die Grundstücksgrenze hinüberwachsen konnten und zu Beeinträchtigungen geführt haben, als Störer im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB zu qualifizieren ist (vgl. Senat, Urteil vom 28.11.2003, V ZR 99/03, ZfSch 2004, 153, 155; Urteil vom 26.11.2004, V ZR 83/04, NZM 2005, 318, 319; Urteil vom 14.6.2019, V ZR 102/18, zur Veröffentlichung bestimmt). Dies beruht entscheidend darauf, dass der Eigentümer aufgrund der Spezialregelung des § 910 BGB dafür Sorge tragen muss, dass Baumwurzeln oder Zweige nicht über die Grenzen seines Grundstücks hinauswachsen. Hierzu ist er im Rahmen der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Grundstücks gehalten (vgl. Senat, Urteil vom 28.11.2003, V ZR 99/03, ZfSch 2004, 153, 155; Urteil vom 14.6.2019, V ZR 102/18, zur Veröffentlichung bestimmt).

20 2. Das Urteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig (§ 561 ZPO). Sind die für die Anpflanzung bestehenden landesrechtlichen Abstandsregelungen eingehalten, lässt sich ein Anspruch auf Beseitigung der Bäume in aller Regel – und so auch hier – nicht aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis herleiten.

21 a) Nach ständiger Rechtsprechung des Senats haben die Rechte und Pflichten von Grundstücksnachbarn insbesondere durch die Vorschriften der §§ 905 ff. BGB und die Bestimmungen der Nachbarrechtsgesetze der Länder eine ins Einzelne gehende Sonderregelung erfahren. Daneben kommt eine allgemeine Pflicht zur gegenseitigen Rücksichtnahme aus dem Gesichtspunkt des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses nur dann zum Tragen, wenn ein über die gesetzliche Regelung hinausgehender billiger Ausgleich der widerstreitenden Interessen dringend geboten erscheint (vgl. Senat, Urteil vom 14.11.2003, V ZR 102/03, BGHZ 157, 33, 35; Urteil vom 29.6.2012, V ZR 97/11, NJW-RR 2012, 1160 Rdnr. 20

m. w. N.; Urteil vom 10.7.2015, V ZR 229/14, NJW-RR 2015, 1425 Rdnr. 16). Geht es um die Beeinträchtigung durch Bäume, setzt ein Anspruch auf deren Beseitigung jedenfalls voraus, dass der Kläger wegen der Bäume ungewöhnlich schweren und nicht mehr hinzunehmenden Beeinträchtigungen ausgesetzt ist (vgl. Senat, Urteil vom 10.7.2015, V ZR 229/14, NJW-RR 2015, 1425 Rdnr. 16).

22 b) Die Voraussetzungen für diese Ausnahme liegen nicht vor. Da es insoweit keiner weiteren Feststellungen bedarf, kann der Senat die hierzu erforderliche Würdigung selbst vornehmen.

23 aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts führen die von den Birken ausgehenden Immissionen auf das Grundstück des Klägers dazu, dass der Dachboden des dort befindlichen Hauses nicht wie üblich einmal pro Jahr, sondern mindestens zwei- oder dreimal gereinigt werden muss. Die Reinigung der Dachrinne habe nicht nur zweimal, sondern drei- bis viermal zu erfolgen. Ein erhöhter Reinigungsbedarf bestehe zudem bei den Lichtschächten zu den Kellerfenstern und der Holzterrasse. Besonders aufwendig sei die Reinigung der sich seitlich am Haus befindenden Kiestraufen, weil die Birkenpollen nicht einfach herausgenommen werden könnten. Der Senat verkennt nicht, dass die festgestellten Einwirkungen auf das Grundstück des Klägers als erheblich einzustufen sind. Dies hat der Kläger aber nach der Wertung des Gesetzgebers hinzunehmen. Es handelt sich um Immissionen, die gerade für Birken nicht untypisch sind, auch wenn sie über die Einwirkungen anderer Bäume hinausgehen. Der Gesetzgeber hat in § 16 Abs. 1 Nr. 4a i. V. m. Abs. 2 Satz 1 NRG-BW a. F. eine ausdrückliche Regelung dazu getroffen, welche Grenzen ein Grundstückseigentümer bei der Anpflanzung von Birken einhalten muss. Könnte der Nachbar gleichwohl wegen der von Birken typischerweise ausgehenden Einwirkungen gestützt auf das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis Beseitigung verlangen, würde die von dem Gesetzgeber getroffene Wertentscheidung unterlaufen.

24 bb) Auf die von dem Berufungsgericht offen gelassene Frage, ob der Kläger und seine Tochter an einer Birkenpollenallergie leiden, kommt es nicht an. Selbst wenn dies zugunsten des Klägers unterstellt wird, hat er aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis keinen Anspruch auf Beseitigung der Bäume. Hierfür kann dahinstehen, ob die individuelle gesundheitliche Disposition des aktuellen Nutzers eines Grundstücks im Rahmen des Gebots nachbarlicher Rücksichtnahme überhaupt herangezogen werden kann (grundsätzlich verneinend etwa VG Hannover, Urteil vom 10.7.2012, 7 A 5059/11, juris Rdnr. 49; Staudinger/*Albrecht*, Art. 124 EGBGB Rdnr. 38). Es ist jedenfalls einem Grundstückseigentümer, der einen Baum unter der Beachtung der in dem Nachbarrecht vorgeschriebenen Abstandsgrenzen gepflanzt hat, im Allgemeinen nicht zuzumuten, diesen wegen einer Allergie des Nachbarn zu beseitigen. Es handelte sich um eine Maßnahme, die sich insbesondere bei hoch gewachsenen Bäumen (hier: 18 Meter) angesichts der Wuchszeit im Falle einer Neupflanzung faktisch als irreparabel darstellte. Zudem erwies sich die Maßnahme als nutzlos, sobald das Nachbargrundstück von anderen Personen bewohnt wird.

25 3. Das Berufungsurteil kann deshalb keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Das Berufungsgericht hätte die Abweisung des Hauptantrags durch das AG bestätigen und die Berufung jedenfalls insoweit zurückweisen müssen. Da es hierzu keiner weiteren Feststellungen bedarf, entscheidet der Senat in der Sache selbst (§ 563 Abs. 3 ZPO).

26 4. Zu den von dem Kläger hilfsweise gestellten Anträgen auf Beseitigung von lediglich zwei Birken bzw. von einer Birke und auf Zahlung eines monatlichen Betrages von 230 € für die Monate Juni bis November eines jeden Jahres hat das Berufungsgericht – von seinem Ausgangspunkt folgerichtig – keine Entscheidung getroffen. Auch diese Anträge sind abzuweisen, sodass die Berufung zurückzuweisen und damit das Urteil des AG in vollem Umfang wiederherzustellen ist.

27 a) Der Senat ist nicht gehindert, über die Hilfsanträge zu entscheiden. Legt nämlich – wie hier – die beklagte Partei gegen ihre Verurteilung nach dem Hauptantrag Revision ein, so ist ohne Weiteres auch der auf einem einheitlichen Sachverhalt beruhende Hilfsantrag der klagenden Partei Gegenstand des Revisionsverfahrens (vgl. BGH, Urteil vom 24.1.1990, VIII ZR 296/88, NJW-RR 1990, 518, 519; Urteil vom 17.9.1991, XI ZR 256/90, NJW 1992, 112, 113).

28 b) Der Kläger kann von dem Beklagten nicht Beseitigung von nur zwei Birken bzw. von einer Birke verlangen, da es auch insoweit an den Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 1004 Abs. 1 BGB bzw. für einen Anspruch aus dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis fehlt. Das oben zu dem Hauptantrag Ausgeführte gilt entsprechend.

29 c) Der Kläger hat gegen den Beklagten auch keinen Anspruch auf eine Entschädigung von monatlich 230 € in den Monaten Juni bis November. Hält der Grundstückseigentümer die für die Anpflanzung bestehenden landesrechtlichen Abstandsregelungen ein, hat der Eigentümer des Nachbargrundstücks wegen der Beeinträchtigungen durch die von den Anpflanzungen ausgehenden natürlichen Immissionen weder einen Ausgleichsanspruch gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB in unmittelbarer Anwendung noch einen nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 analog.

30 aa) Nach der Rechtsprechung des Senats kann zwar einem Grundstückseigentümer für den erhöhten Reinigungsaufwand infolge des Abfallens von Laub, Nadeln, Blüten und Zapfen von den Bäumen eines Nachbargrundstücks unter Umständen ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB analog zustehen. Voraussetzung hierfür ist jedoch, dass der in Anspruch genommene Grundstückseigentümer für die Eigentumsbeeinträchtigung verantwortlich und damit Störer im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB ist. Dies war in den bislang von dem Senat entschiedenen Fällen jedenfalls deshalb zu bejahen, weil die Bäume unter Verletzung der einschlägigen landesrechtlichen Bestimmungen unterhalten wurden und sich die Nutzung des Grundstücks deshalb nicht mehr im Rahmen ordnungsgemäßer Bewirtschaftung hielt (Senat, Urteil vom 14.11.2003, V ZR 102/03, BGHZ 157, 33, 43; Urteil vom 27.10.2017, V ZR 8/17, ZfR 2018, 190 Rdnr. 18). Hier sind jedoch die Abstandsvorschriften eingehalten, sodass eine Verantwortung des Beklagten für die Beeinträchtigungen des Grundstücks des Klägers ausscheidet.

31 bb) Auch aus § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB in unmittelbarer Anwendung ergibt sich kein Entschädigungsanspruch des Klägers. Nach dieser Vorschrift kann der Eigentümer, der eine Einwirkung gemäß § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB zu dulden hat, von dem Benutzer des anderen Grundstücks einen angemessenen Ausgleich in Geld verlangen, wenn die Einwirkung eine ortsübliche Benutzung seines Grundstücks oder dessen Ertrag über das zumutbare Maß hinaus beeinträchtigt. Hier hat der Kläger aber die natürlichen Immissionen der Birken bereits deshalb hinzunehmen, weil der Beklagte für sie nicht verantwortlich ist (siehe oben II. 1. b)). Damit scheidet ein Entschädigungsanspruch gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB aus, denn dieser setzt voraus, dass der Nachbar die Immissionen nach § 906 Abs. 2 Satz 1 BGB dulden muss.

32 Soweit dem Urteil des Senats vom 27.10.2017, V ZR 8/17 (ZfIR 2018, 190 Rdnr. 12) Abweichendes entnommen werden kann, wird daran nicht festgehalten.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Julius Forschner**, LL.M. (Cambridge), Würzburg

Für den Notar kann das Nachbarrecht nicht nur in Vorbereitung eines Grundstückskaufvertrags eine Rolle spielen, sondern auch im Rahmen eines Schlichtungsverfahrens. Die Entscheidung verdient deshalb besondere Beachtung. Auch wenn der Sachverhalt zunächst nach Provinzposse klingt, beschäftigt sich die Entscheidung mit grundlegenden Prinzipien des Nachbarrechts.

1. Der Sachverhalt

Der Sachverhalt spielt in Baden-Württemberg, sodass baden-württembergisches Landesrecht zur Anwendung kommt. Auf dem Grundstück des Beklagten wachsen drei ca. 18 m hohe Birken. Die Birken halten den nach dem damals gültigen Landesrecht (§ 16 Abs. 1 Nr. 4a i. V. m. Abs. 2 Satz 1 NRG BW a. F.)¹ zulässigen Grenzabstand ein. Was den einen vielleicht freuen würde, weil er in heißen Sommern Schatten im Garten hat, ist für den anderen ein Ärgernis. Letzteres war vorliegend der Fall: Der Kläger verlangt vom Beklagten Beseitigung der Birken, hilfsweise eine monatliche Zahlung von 230 € in den Monaten Juni bis November für die Beseitigung von Verunreinigungen auf seinem Grundstück, insbesondere der Samen, Früchte und Zapfen vom Dach und aus der Dachrinne. Das AG hatte die Klage abgewiesen, das LG hat den Beklagten zur Beseitigung verurteilt. Der BGH das Urteil des AG wiederhergestellt.

2. Beseitigungsanspruch gemäß § 1004 BGB und ordnungsgemäße Bewirtschaftung

Das LG ging davon aus, dass das Einhalten des Grenzabstandes nicht zwingend dazu führt, dass ein Beseitigungs-

anspruch ausgeschlossen sei. Das ergebe sich aus Art. 124 EGBGB, der zwar weitere Beschränkungen des Eigentums durch landesrechtliche Vorschriften zulasse, aber nicht gestattete, dem Nachbarn Rechte zu nehmen, die sich aus dem BGB ergeben.

Der BGH macht die Problematik an der Störereigenschaft fest. Er legt zunächst dar, dass es für die Frage, wer Störer ist, nicht genüge, Eigentum oder Besitz an einem Grundstück zu haben. Erforderlich seien vielmehr Sachgründe, dem Grundstückseigentümer oder Besitzer die Verantwortung für das Geschehen aufzuerlegen.² Solche Sachgründe seien nur gegeben, wenn sich die Nutzung des Grundstücks nicht innerhalb der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung halte. Der BGH geht im Ergebnis – meines Erachtens zu Recht – davon aus, dass es grundsätzlich an einer Störereigenschaft fehle, wenn der zulässige Grenzabstand eingehalten werde.

3. Zum Verhältnis von Bundes- und Landesrecht

Das Kompetenzgefüge zwischen Bund und Ländern im Nachbarrecht ist komplex. Grundsätzlich unterliegt das private Nachbarrecht gemäß Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG als Teil des Bürgerlichen Rechts der konkurrierenden Gesetzgebung des Bundes. Gemäß Art. 72 GG haben die Länder demnach nur solange und soweit die Gesetzgebungskompetenz, solange der Bund von seiner Kompetenz keinen Gebrauch gemacht hat. Der Bundesgesetzgeber hat in den §§ 906-923 BGB von dieser Kompetenz Gebrauch gemacht.³ Er hat jedoch in Art. 124 EGBGB dem Landesgesetzgeber ausdrücklich offengelassen, das Eigentum an Grundstücken zugunsten der Nachbarn anderen als den im BGB bestimmten Beschränkungen zu unterwerfen. Der Landesgesetzgeber kann also den Grundstückseigentümern weitere Beschränkungen auferlegen, nicht jedoch dem Grundstückseigentümer etwas gestatten, was bereits nach dem BGB verboten ist.⁴ Die Abstandsregelungen von Bäumen und Sträuchern sind als Beispielsfall („insbesondere“) in Art. 124 S. 2 EGBGB ausdrücklich genannt.

Im Ergebnis ist dem BGH zuzustimmen: Wenn der Landesgesetzgeber (in den Grenzen dieser Zuständigkeit) Regeln für die Bepflanzung von Grundstücken erlässt, so kann dies nicht zu einem Beseitigungsanspruch nach Bundesrecht führen, wenn diese Regeln eingehalten werden. Denn ausdrückliche Regeln für den Abstand von Bäumen enthält das BGB naturgemäß nicht. Dieses Ergebnis gebietet der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung.⁵ Der Normadressat darf darauf vertrauen, dass er sich, wenn er sich an die (kompetenzmäßig erlassenen) landesgesetzlichen Vorgaben hält, keinen Beseitigungsansprüchen ausgesetzt sieht.

² Rdnr. 8 der besprochenen Entscheidung.

³ Vgl. *Grziwotz/Lüke/Saller*, Nachbarrecht, 2. Aufl. 2013, 1. Teil Rdnr. 72.

⁴ BGH, Urteil vom 14.1.1959, V ZR 82/57, NJW 1959, 1364; *Staudinger/Albrecht*, Neub. 2018, Art. 124 EGBGB Rdnr. 1 mit Verweis auf die Motive.

⁵ BVerfG, Urteil vom 11.6.1980, 1 PBvU 1/79, BVerfGE 54, 277, juris Rdnr. 48; ausführlich *Hanebeck*, Der Staat 41, 429 ff.

¹ Nach § 16 Abs. 1 NRG BW ist der Grenzabstand zum Zeitpunkt der Anpflanzung maßgeblich. Das waren zum entscheidungserheblichen Zeitpunkt 2 m. Inzwischen hat der Gesetzgeber den Mindestabstand auf 4 m erhöht.

Daran ändert auch Art. 31 GG nichts, da dieser nur für Bereiche gilt, in denen der Bund auch eine Regelungskompetenz hat. Dies ist im Bereich des Art. 124 EGBGB nicht der Fall. Mangels Regelung im BGB liegt überhaupt keine Kollision von Bundes- und Landesrecht vor. Es handelt sich vielmehr um ein Beispiel, in dem das Landesrecht das Bundesrecht ausfüllt und insofern in Wechselwirkung zu ihm steht.

Dem kann auch nicht entgegengehalten werden, dass die Abstandsgrenzen im landesrechtlichen Nachbarrecht vor allem vor negativen Immissionen (Behinderung der Licht- und Luftzufuhr) schützen sollen⁶ und nicht vor positiven Immissionen (wie beispielsweise Blätter- und Pollenflug). Der Landesgesetzgeber hat nämlich die Abstandsgrenzen für einzelne Baumarten sehr wohl auch in Kenntnis der Möglichkeit geschaffen, dass diese Bäume potenziell Nachbargrundstücke verschmutzen können. Die Verengung auf lediglich einen Normzweck ist deshalb verfehlt. Bei der Regelung ist eine gewisse Pauschalierung angezeigt, damit nicht in jedem Einzelfall der Eigentümer vorab vorhersehen muss, welche Verschmutzung von seinem konkreten Baum in vielen Jahren einmal ausgeht. Wenn aber der Landesgesetzgeber die Abstandsf lächen differenzierend nach einzelnen Baumarten festlegt, dann müssen damit die von dieser Baumart typischerweise verursachten Immissionen abgedeckt sein.

Ob man die Ausstrahlungswirkung des Landesrechts nun darüber begründet, dass man bereits die Störereigenschaft verneint⁷ oder ob man davon ausgeht, dass der Eigentümer zwar grundsätzlich auch bei Einhaltung der nachbarrechtlichen Bestimmungen Störer sein kann, eine Einwirkung, die sich innerhalb dieser Vorschriften bewegt jedoch nicht wesentlich im Sinne des § 906 Abs. 1 Satz 1 BGB ist,⁸ ist für den Abwehranspruch letztlich ohne Belang, erlangt aber auf Ebene des Entschädigungsanspruchs Bedeutung. Verneint man den Anspruch bereits auf Ebene der Störereigenschaft, scheidet ein Anspruch auf Entschädigung gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB von vornherein aus.

4. Entschädigung für erhöhten Reinigungsaufwand

Auch den Hilfsantrag der Kläger weist der BGH ab. Ein solcher Anspruch komme grundsätzlich nur in Betracht, wenn der in Anspruch Genommene Störer im Sinne des § 1004 Abs. 1 BGB sei.⁹ In einer jüngeren Entscheidung hatte der BGH eine sog. „Laubrente“ zugesprochen.¹⁰ In dem Fall ging es allerdings um Bäume, die den zulässigen Grenzabstand nicht einhalten und nur aufgrund nachbarrechtlicher Bestandsschutzbestimmungen nicht beseitigt werden müssen. Trotzdem überrascht das Ergebnis im vorliegenden Fall. Noch in seiner Entscheidung zur Laubrente hatte der BGH obiter dictum wörtlich ausgeführt: „Wer

durch Laubabfall von Bäumen des Nachbarn, die den Grenzabstand einhalten, wesentlich beeinträchtigt wird, kann danach unter Umständen einen Ausgleich in Geld verlangen, obwohl er keinen Anspruch auf Beseitigung der Bäume hat.“¹¹ Das wurde in der Literatur weitgehend dahin gehend interpretiert, dass der Nachbar, der den Grenzabstand einhält, ggf. eine Entschädigung gemäß § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB zahlen muss. Zutreffend dürfte aber sein, dass die landesrechtlichen Abstandsregeln auch eine gewisse Vermutung dafür enthalten, dass eine Entschädigung nicht zu leisten ist. Der Anspruch des § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB setzt nämlich voraus, dass es sich um eine Einwirkung handelt, die den Nachbar „über das zumutbare Maß hinaus“ beeinträchtigt. Was nach Landesrecht erlaubt ist, dürfte in der Regel die Zumutbarkeitsgrenze nicht überschreiten.

5. Obligatorisches Schlichtungsverfahren in Bayern

Idealerweise beschäftigen solche Probleme gar nicht erst die Gerichte bis hin zur höchsten Instanz. Das bayerische Landesrecht hat hierfür einen Mechanismus vorgesehen, um unnötige Gerichtsverfahren zu vermeiden. Gemäß Art. 1 Nr. 1 BaySchlG kann vor den Amtsgerichten in bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten (mit Ausnahme der in § 15a Abs. 2 EGZPO genannten Tatbestände) eine Klage erst erhoben werden, wenn die Parteien einen Versuch unternommen haben, den Konflikt gütlich beizulegen. Zu den dort genannten Ansprüchen, die vorab einem Schlichtungsverfahren zuzuführen sind, gehört auch der hier relevante Anspruch gemäß § 906 BGB. Hierfür zuständige Gütestelle ist gemäß Art. 3 BaySchlG unter anderem jeder Notar. Würde der Fall in Bayern spielen, wäre es also nicht unwahrscheinlich, dass die Beteiligten mit dem Wunsch an den Notar herantreten, einen solchen Fall zu schlichten. Die nachbarrechtliche Rechtsprechung des BGH kann deswegen Grundlage für einen Schlichtungsvorschlag sein.

11 BGH, Urteil vom 27.10.2017, V ZR 8/17, NJW 2018, 1010, 1012.

6 So z. B. Roth, JZ 2020, 44, 46.

7 Rdnr. 13 ff. der besprochenen Entscheidung.

8 Leidner, ZfIR 2020, 20, 25.

9 Rdnr. 30 der besprochenen Entscheidung.

10 BGH, Urteil vom 27.10.2017, V ZR 8/17, NJW 2018, 1010.

2. Kein Bearbeitungsentgelt einer Sparkasse für Treuhandauftrag bei Darlehensablösung

BGH, Urteil vom 10.9.2019, XI ZR 7/19 (Vorinstanz: OLG Hamm, Urteil vom 4.12.2018, I-19 U 27/18), mitgeteilt von Rechtsanwältin Dr. **Bernd Nenninger**, Heinsberg
BGB § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 Satz 1

LEITSATZ:

Die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Sparkasse enthaltene Bestimmung „4. Sonstige Kredite 4.8 Sonstige Entgelte (...) Bearbeitungsentgelt für Treuhandaufträge Ablösung Kundendarlehen 100 €“ unterliegt nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der richterlichen Inhaltskontrolle und ist im Verkehr mit Verbrauchern gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam.

SACHVERHALT:

1 Tatbestand: Der Kläger ist der Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, der als qualifizierte Einrichtung nach § 4 UKlaG eingetragen ist. Die beklagte Sparkasse verwendet in ihrem Preis- und Leistungsverzeichnis (Stand: 9.3.2017) folgende Klausel:

„4. Sonstige Kredite

4.8 Sonstige Entgelte

(...) Bearbeitungsentgelt für Treuhandaufträge Ablösung Kundendarlehen 100 €“.

2 Nach Ansicht des Klägers ist diese Klausel sowohl inhaltlich unangemessen als auch intransparent und deshalb unwirksam. Er begehrt mit seiner Klage, dass die Beklagte es bei Meidung von Ordnungsmitteln unterlässt, diese Bestimmung in Verbraucherkreditverträge einzubeziehen sowie sich auf diese oder mit dieser inhaltsgleiche Bestimmungen bei der Abwicklung derartiger Verträge, geschlossen nach dem 1.4.1977, zu berufen. Zudem verlangt er die Erstattung von Abmahnkosten.

3 Das LG hat die Klage, die in erster Instanz weitere Klauseln umfasst hat, in Bezug auf die in den Rechtsmittelverfahren nur noch streitgegenständliche Klausel abgewiesen. Auf die dagegen gerichtete Berufung des Klägers hat das Berufungsgericht der Klage insoweit stattgegeben. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision begehrt die Beklagte insoweit die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 Die Revision ist unbegründet.

5 I. Das Berufungsgericht (OLG Hamm, Urteil vom 4.12.2018, 19 U 27/18, juris) hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

6 Der Kläger habe gegen die Beklagte einen Anspruch auf Unterlassung der Verwendung der streitgegenständlichen Klausel aus § 1 UKlaG. Die Klausel, bei der es sich unstreitig um eine von der Beklagten verwendete Allgemeine Geschäftsbedingung handele, benachteilige Verbraucher entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1 BGB und sei daher unwirksam.

7 Entgegen der Ansicht des LG unterliege die Klausel der Inhaltskontrolle. Die Vorschrift des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB

beschränke die Inhaltskontrolle auf solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Hierunter fielen zwar weder Bestimmungen über den Preis der vertraglichen Hauptleistung noch Klauseln über das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte zusätzlich angebotene Sonderleistung. Um eine solche Bestimmung handele es sich vorliegend jedoch nicht; vielmehr beinhalte die Klausel eine Preisnebenabrede, die keine echte (Gegen-)Leistung der Beklagten zum Gegenstand habe, sondern mit der die Beklagte Aufwand für die Erfüllung einer nebenvertraglich begründeten eigenen Pflicht auf den Kunden abwälze. Preisnebenabreden in diesem Sinne seien der Inhaltskontrolle unterworfen.

8 Nach dem Vortrag der Beklagten unterfielen der Klausel insbesondere Fallgestaltungen, in denen Darlehen ihrer Kunden in deren Auftrag von Fremdinstituten abgelöst und in diesem Zusammenhang Sicherheiten unter Erteilung von Treuhandaufträgen übertragen würden. Für ihre Mitwirkung an einem solchen Treuhandverhältnis lasse sie sich mit der Klausel das dort genannte Entgelt versprechen. Ein Verständnis der Klausel in diesem Sinne liege angesichts ihres Wortlautes nicht fern. Damit lasse sich die Beklagte jedoch ein Entgelt für eine Leistung versprechen, zu der sie ihren Kunden im Einzelfall ohne gesonderte Vereinbarung verpflichtet sein könne.

9 Eine der Beklagten obliegende Verpflichtung, im Rahmen der Ablösung eines Kundendarlehens mitzuwirken, folge zwar nicht aus dem Darlehensvertrag. Sie ergebe sich aber aus dem daneben regelmäßig mit dem Darlehensnehmer geschlossenen Sicherungsvertrag. Aus diesem ergäben sich Schutz- und Treuepflichten, nach denen der Sicherungsnehmer – hier die Beklagte – zur Rücksichtnahme auf die Belange ihrer Vertragspartner verpflichtet sei.

10 Bei der Ablösung eines bestehenden Darlehens im Wege der Anschlussfinanzierung bei einem anderen Kreditinstitut sei der Darlehensnehmer regelmäßig darauf angewiesen, dem ablösenden Institut die bislang der Besicherung des Altdarlehens dienende Sicherheit zur Verfügung zu stellen. Im Ergebnis sei er daher auf die Mitwirkung der bisherigen Darlehensgeberin angewiesen, um die ihm gesetzlich zugebilligte Möglichkeit, sich von einem bestehenden Darlehensvertrag zu lösen, in Anspruch nehmen zu können. Die Abgabe einer Freigabeerklärung durch die bisherige Sicherungsnehmerin unter Treuhandaufträgen im Falle der Ablösung eines Darlehens sei in der finanzwirtschaftlichen Praxis üblich. Die Interessen der Beklagten seien durch die Erteilung der Treuhandaufträge hinreichend geschützt. Aufgrund dessen stehe die Mitwirkungspflicht der Beklagten auch nicht im Widerspruch zu der Rechtsprechung des BGH, wonach die Verpflichtung eines Sicherungsnehmers zur Freigabe der Sicherheit nicht vor Erfüllung seiner gesicherten Forderung bestehe.

11 Indem die Beklagte sich durch die streitgegenständliche Klausel von ihren Kunden für eine im Einzelfall nebenvertraglich geschuldete Leistung ein Entgelt versprechen lasse, weiche diese Bestimmung von Rechtsvorschriften im Sinne des § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB ab, sodass sie der Inhaltskontrolle unterliege. Dass es sich insoweit um eine nebenvertragliche und somit nicht normierte Pflicht der Beklagten handele, sei

unerheblich. Der Begriff „Rechtsvorschriften.“ im Sinne des § 307 BGB erfasse nicht nur Gesetzesbestimmungen selbst, sondern auch die dem Gerechtigkeitsgebot entsprechenden allgemein anerkannten Rechtsgrundsätze, also auch alle ungeschriebenen Rechtsgrundsätze, die Regeln des Richterrechts oder die aufgrund ergänzender Auslegung und aus der Natur des jeweiligen Schuldverhältnisses zu entnehmenden Rechte und Pflichten.

12 Die streitgegenständliche Klausel halte der Inhaltskontrolle nicht stand. Sie sei gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam, weil sie den jeweiligen Verwendungsgegner entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteilige, indem sie mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der sie abweiche, nicht zu vereinbaren sei. Die Beklagte lasse sich durch die Klausel von ihren Kunden ein Entgelt für eine Leistung versprechen, zu der sie im Einzelfall nebenvertraglich verpflichtet sei. Aufgrund dessen handele es sich nicht um eine gesondert vergütungsfähige Dienstleistung für den Kunden.

13 Ob die angegriffene Klausel auch gegen das Transparenzgebot verstoße, bedürfe daher keiner Entscheidung. Der Anspruch auf Erstattung der Abmahnkosten ergebe sich aus § 5 UKlaG i. V. m. § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG.

14 II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung stand, sodass die Revision zurückzuweisen ist. Der Kläger hat gegen die Beklagte gemäß §§ 1, 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UKlaG einen Anspruch auf Unterlassung der weiteren Verwendung der angegriffenen Klausel. Dieser Anspruch umfasst neben der Pflicht, die Verwendung einer Klausel in Neuverträgen zu unterlassen, auch die Verpflichtung, bei der Durchführung bereits bestehender Verträge die beanstandete Klausel nicht anzuwenden (Senatsurteil vom 9.5.2017, XI ZR 308/15, BGHZ 215, 23 Rdnr. 54 m. w. N.).

15 1. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass es sich bei der im Streit stehenden Vertragsbedingung um eine der Inhaltskontrolle unterliegende Preisnebenabrede handelt.

16 a) Nach § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB sind Gegenstand der Inhaltskontrolle solche Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder diese ergänzende Regelungen vereinbart werden. Darunter fallen grundsätzlich weder bloß deklaratorische Klauseln noch solche, die unmittelbar den Preis der vertraglichen Hauptleistung oder das Entgelt für eine rechtlich nicht geregelte, zusätzlich angebotene Sonderleistung bestimmen. Kontrollfähig sind aber Klauseln, die von gesetzlichen Preisregelungen abweichen (Senatsurteile vom 20.10.2015, XI ZR 166/14, BGHZ 207, 176 Rdnr. 16; vom 25.10.2016, XI ZR 9/15, BGHZ 212, 329 Rdnr. 22; vom 5.6.2018, XI ZR 790/16, BGHZ 219, 35 Rdnr. 36 und vom 18.6.2019, XI ZR 768/17, Rdnr. 23 zur Veröffentlichung in BGHZ bestimmt), sowie Bestimmungen, die kein Entgelt für eine Leistung zum Gegenstand haben, die dem Kunden auf rechtsgeschäftlicher Grundlage erbracht wird, sondern mittels derer der Verwender allgemeine Betriebskosten, Aufwand zur Erfüllung eigener Pflichten oder für Tätigkeiten, die im eigenen Interesse liegen, auf den Kunden abwälzt (Senatsurteile vom 20.10.2015,

XI ZR 166/14; vom 25.10.2016, XI ZR 9/15 und vom 5.6.2018, XI ZR 790/16, jeweils a. a. O.).

17 Ob eine Klausel nach diesen Grundsätzen eine kontrollfähige Preisnebenabrede oder eine kontrollfreie Preisabrede enthält, ist durch Auslegung zu ermitteln, die der Senat selbst vornehmen kann (vgl. Senatsurteile vom 13.11.2012, XI ZR 500/11, BGHZ 195, 298 Rdnr. 15 und vom 18.6.2019, XI ZR 768/17, Rdnr. 39). Diese hat sich nach dem objektiven Inhalt und typischen Sinn der in Rede stehenden Klausel einheitlich danach zu richten, wie ihr Wortlaut von verständigen und redlichen Vertragspartnern unter Abwägung der Interessen der regelmäßig beteiligten Verkehrskreise verstanden wird (Senatsurteile vom 13.5.2014, XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rdnr. 25 und vom 4.7.2017, XI ZR 562/15, BGHZ 215, 172 Rdnr. 25). Dies schließt es – zumal im Verbandsprozess – aus, ein hiervon abweichendes, einseitiges Verständnis des Klauselverwenders zum Maßstab der Auslegung zu machen (vgl. Senatsurteile vom 5.11.1991, XI ZR 246/90, WM 1991, 2055, 2056 und vom 4.2.1997, XI ZR 149/96, WM 1997, 518, 519).

18 Zweifel bei der Auslegung gehen nach § 305c Abs. 2 BGB zulasten des Klauselverwenders. Unklar im Sinne dieser Vorschrift sind Klauseln, bei denen nach Ausschöpfung der in Betracht kommenden Auslegungsmethoden ein nicht behebbarer Zweifel verbleibt und mindestens zwei unterschiedliche Auslegungen vertretbar sind (BGH, Urteil vom 14.6.2017, IV ZR 161/16, NJW-RR 2017, 992 Rdnr. 12 und Beschluss vom 7.11.2017, II ZR 127/16, WM 2017, 2390 Rdnr. 5). Außer Betracht bleiben dabei solche Verständnismöglichkeiten, die zwar theoretisch denkbar, praktisch aber fernliegend und daher nicht ernstlich in Betracht zu ziehen sind (Senatsurteile vom 13.5.2014, XI ZR 405/12, BGHZ 201, 168 Rdnr. 25 und vom 4.7.2017, XI ZR 562/15, BGHZ 215, 172 Rdnr. 25).

19 b) Nach diesen Maßstäben hat das Berufungsgericht die angegriffene Entgeltklausel zu Recht als Preisnebenabrede angesehen.

20 aa) Der Klausel unterfallen – was das Berufungsgericht auf der Grundlage des Vorbringens der Beklagten zutreffend angenommen hat – zunächst solche Fallgestaltungen, in denen Kunden der Beklagten bei dieser bestehende Darlehen von Fremdinstituten ablösen lassen und gestellte Sicherheiten unter Erteilung von Treuhandaufträgen auf das Fremdinstitut übertragen lassen möchten.

21 Aus Sicht eines verständigen und redlichen Vertragspartners ist der Anwendungsbereich der Klausel aber damit nicht erschöpft. Nach ihrem Wortlaut erfasst die Klausel nicht nur den Fall, dass ein von der Beklagten gewährtes Verbraucherdarlehen abgelöst wird und sie an einem von anderer Seite veranlassten Treuhandauftrag mitwirkt, sondern auch den Fall, dass sie als neue Darlehensgeberin im Rahmen der Ablösung eines bei einem anderen Kreditinstitut bestehenden Darlehensvertrags tätig wird. Mit der hierfür nötigen Bestellung, Verwaltung und Verwertung von Sicherheiten verfolgt die Beklagte allein eigene Vermögensinteressen (vgl. Senatsurteile vom 8.5.2012, XI ZR 61/11, WM 2012, 1189 Rdnr. 43 und XI ZR 437/11, WM 2012, 1344 Rdnr. 44, jeweils m. w. N.), sodass die Klausel als kontrollfähige Preisnebenabrede einzuordnen wäre. Dies gilt auch dann, wenn für die Übertragung

von Sicherheiten zu ihren Gunsten ein Treuhandauftrag erforderlich wäre (vgl. Senatsurteil vom 19.2.2019, XI ZR 562/17, WM 2019, 678 Rdnr. 35 f.).

22 bb) Die angegriffene Klausel wäre im Übrigen auch dann kontrollfähig, wenn man ihren Anwendungsbereich – was allerdings selbst die Beklagte so nicht vorgetragen hat – ausschließlich auf die Fallgestaltung beschränkt, dass Darlehen ihrer Kunden in deren Auftrag von Fremdinstituten abgelöst werden und in diesem Zusammenhang Sicherheiten unter Erteilung von Treuhandaufträgen übertragen werden.

23 Hat der Darlehensnehmer dem Darlehensgeber eine Grundschrift zur Sicherung ihrer Ansprüche bestellt, so steht ihm als Sicherungsgeber aus der Sicherungsabrede ein Anspruch auf Rückgewähr des Sicherungsmittels zu, wenn der Darlehensgeber die Sicherheiten nicht mehr benötigt. Dabei kann der Darlehensnehmer frei wählen, ob er eine Löschungsbevollmächtigung, eine löschungsfähige Quittung oder die Abtretung der Grundschrift an sich oder einen Dritten wünscht (vgl. Senatsurteil vom 24.4.2018, XI ZR 207/17, WM 2018, 1501 Rdnr. 9 m. w. N.). Lässt sich der Darlehensgeber seine insoweit geschuldete Leistung vergüten, handelt es sich bei der Entgeltklausel um eine Preisnebenabrede, die der Inhaltskontrolle nach § 307 BGB unterliegt (vgl. Senatsurteil vom 7.5.1991, XI ZR 244/90, BGHZ 114, 330, 333 für Löschungsbevollmächtigung). Daran ändert der Umstand nichts, dass der Rückgewähranspruch im Sinne einer beständigen Vorleistungspflicht regelmäßig durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingt ist (vgl. dazu BGH, Urteile vom 18.2.1992, XI ZR 134/91, WM 1992, 566 und vom 18.7.2014, V ZR 178/13, BGHZ 202, 150 Rdnr. 7 sowie Beschluss vom 17.1.2017, XI ZR 170/16, BKR 2017, 152 Rdnr. 7), sodass die kreditgebende Bank in aller Regel nicht zur Freigabe der zu ihren Gunsten bestellten Sicherheiten verpflichtet ist, solange der Darlehensnehmer die von der Sicherungsabrede umfassten Ansprüche nicht erfüllt hat.

24 Entgegen einer Auffassung in Instanzrechtsprechung und Literatur (vgl. OLG Köln, BKR 2011, 244 f.; *Edelmann*, Münchener Anwaltshandbuch Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl., § 4 Rdnr. 160; *Hofauer*, BKR 2015, 397, 401; *Schimansky/Bunte/Lwowski/Krepold*, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 78 Rdnr. 136; *Müller*, WM 2018, 741, 745; *Nobbe*, WM 2008, 185, 194; einschränkend: *Mehring*, BuB, Stand Dezember 2013, Rdnr. 18/90 b) ist ein Entgelt für die Erledigung eines Treuhandauftrags keine Vergütung für eine Sonderleistung, sodass darin auch keine kontrollfreie Preisvereinbarung zu sehen ist. Wird im Zusammenhang mit der Ablösung eines Darlehens zur Übertragung der Sicherheit tatsächlich ein Treuhandauftrag erteilt, ist dieser in der Regel lediglich Bestandteil der Erfüllung der Rückgewährpflicht des Darlehensgebers und Sicherungsnehmers und dient dessen Sicherungsinteressen. Der Darlehensnehmer erlangt dadurch keinen wirtschaftlichen Vorteil, der über die Darlehensgewährung hinausgeht. Diesen Vorteil aber hat er schon mit dem gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB als Hauptleistung zu zahlenden Zins abzugelten (vgl. dazu Senatsurteile vom 8.5.2012, XI ZR 61/11, WM 2012, 1189 Rdnr. 43 und XI ZR 437/11, WM 2012, 1344 Rdnr. 44 sowie vom 19.2.2019, XI ZR 562/17, WM 2019, 678 Rdnr. 35, jeweils m. w. N.). Dass darüber

hinaus im Zusammenhang mit der Ablösung eines Darlehens konkrete, gesondert abrechenbare Sonderleistungen anfallen, hat die Beklagte nicht dargelegt.

25 2. Die damit als Preisnebenabrede einzuordnende Klausel hält der Inhaltskontrolle nicht stand und ist deshalb gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam. Der Darlehensgeber nimmt mit der Bestellung, Verwaltung und Verwertung von Sicherheiten eigene Vermögensinteressen wahr, weshalb sein hiermit verbundener Aufwand regelmäßig mit dem gemäß § 488 Abs. 1 Satz 2 BGB zu zahlenden Zins abzugelten ist (Senatsurteile vom 8.5.2012, XI ZR 61/11, WM 2012, 1189 Rdnr. 43, 48 ff. und XI ZR 437/11, WM 2012, 1344 Rdnr. 44, 50 ff. sowie vom 19.2.2019, XI ZR 562/17, WM 2019, 678 Rdnr. 35 f.). Dies gilt auch in Bezug auf den mit der Freigabe der Sicherheit und damit bei der vertragsgemäßen Abwicklung des Darlehensvertrags verbundenen Aufwand, der bei dem Darlehensgeber bei der Erfüllung einer bestehenden eigenen Rechtspflicht anfällt.

26 3. Ob die angegriffene Klausel zugleich – was der Kläger meint – gegen das Transparenzgebot verstößt, bedarf hier nach keiner Entscheidung.

(...)

3. Zur Genehmigungspflicht von Finanzierungsschulden nach Art. 72 Abs. 3 GO

OLG München, Beschluss vom 16.9.2019, 34 Wx 445/18

GBO § 15 Abs. 2, §§ 19, 73
GO Art. 72

LEITSATZ:

Das Grundbuchamt hat selbstständig und in eigener Verantwortung zu entscheiden, ob es sich bei einem Grundbuchgeschäft einer Gemeinde um einen genehmigungsbedürftigen Rechtsvorgang handelt. Allerdings hat das Grundbuchamt allein die abstrakten Voraussetzungen der Genehmigungspflicht zu prüfen, nicht jedoch auch, ob das Geschäft nach seiner Ausgestaltung genehmigungsfähig wäre.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1, eine bayerische Gemeinde, ist im Grundbuch als Eigentümerin von Grundbesitz eingetragen.

2 Mit notariellem Kaufvertrag vom 11.9.2018 veräußerte die Gemeinde einen Teil eines Grundstücks an die Beteiligten zu 2 und 3 zu Miteigentum zu je ½. Als Kaufpreis war der Betrag von 91.140 € vereinbart. Unter Ziffer XIV. 2. der Urkunde bevollmächtigte die Beteiligte zu 1 die Beteiligten zu 2 und 3, das Vertragsobjekt mit Grundpfandrechten für deutsche Kreditinstitute in beliebiger Höhe zu belasten, es der sofortigen Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer zu unterwerfen und alle Erklärungen abzugeben, die erforderlich oder zweckdienlich sind, um den von den Kreditinstituten be-

anspruchten Rang zu beschaffen und die Eintragung des Grundpfandrechts im Grundbuch herbeizuführen.

3 Am selben Tag zur nächsten Urkundennummer bewilligten die Beteiligten zu 2 und 3 im eigenen Namen sowie für die Beteiligte zu 1 aufgrund der erteilten Vollmacht einer Bank eine Grundsuld über den Betrag von 350.000 € nebst Zinsen und Nebenkosten.

4 Mit Schreiben vom 1.10.2018 beantragte der Notar unter Vorlage beider Urkunden die Eintragung der Teilung des Grundstücks und des Grundpfandrechts. Darauf bat das Grundbuchamt um Nachreichung einer Erklärung gemäß § 4 der Verordnung über die Genehmigung von Rechtsgeschäften des kommunalen Kreditwesens, dass eine Genehmigungsfreiheit gemäß § 3 Nr. 4 dieser Verordnung bestehe. In einer weiteren E-Mail führt die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt aus, es sei unbestritten, dass Genehmigungsfreiheit vorliege, jedoch sei eine entsprechende Erklärung durch den Vertreter der Gemeinde abzugeben.

5 Der Notar äußerte darauf die Ansicht, die Vorlage einer solchen Erklärung sei nicht vom Gesetz vorgesehen; eine solche Erklärung müsse nur zu Dokumentationszwecken zu den Akten der Gemeinde genommen werden.

6 Daraufhin hat das Grundbuchamt am 5.11.2018 fristsetzende Zwischenverfügung erlassen und die Vorlage eines Negativattests gefordert. Dagegen richtet sich die Beschwerde des Notars vom 5.12.2018. Das Grundbuchamt könne nicht einerseits die Genehmigungsfreiheit der Grundsuld feststellen, andererseits aber ein Negativzeugnis verlangen. Die Grundsuld sei rechtswirksam bestellt und daher einzutragen.

7 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

8 II. 1. Die nach § 11 Abs. 1 RPfG mit § 71 Abs. 1 GBO statthafte Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts (§ 18 Abs. 2 GBO) ist gemäß §§ 73, 15 Abs. 2 GBO in zulässiger Weise für die Beteiligten eingelegt.

9 2. Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg, da das mit der Zwischenverfügung beanstandete Hindernis besteht.

10 a) Das Grundbuchamt ist zutreffend davon ausgegangen, dass im Rahmen der Prüfung der Verfügungsbefugnis der Beteiligten zu klären ist, ob der einzutragende Rechtsvorgang einer behördlichen Genehmigung bedarf (BayObLGZ 1976, 289, 293; Rpfleger 1972, 408; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 19 Rdnr. 11 zum Unschädlichkeitszeugnis).

11 Das Grundbuchamt darf nämlich eine Eintragung selbst bei Vorliegen aller verfahrensrechtlichen Voraussetzungen dann nicht vornehmen, wenn es aufgrund von Tatsachen zweifelsfreie Kenntnis davon hat, dass mangels einer erforderlichen Genehmigung durch die Eintragung ein im Widerspruch zur Rechtslage stehender Rechtszustand verlautbart würde (OLG Schleswig, Rpfleger 2013, 79; *Demharter*, GBO, Einl. Rdnr. 1). Das grundbuchverfahrensrechtliche Legalitätsprinzip soll den Grundbuchinhalt nach Möglichkeit mit der wirklichen Rechtslage in Einklang halten und die dem Grundbuchsystem immanente Gefahr eines Rechtsverlusts des sachlich Berechtigten durch einen redlichen Erwerb seitens eines Dritten auf-

grund des von unrichtigen Grundbucheinträgen ausgehenden Rechtsscheins minimieren (BayObLGZ 1967, 13; 1988, 148; *Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, GBO, 4. Aufl., § 29 Rdnr. 1 m. w. N.). Ein Hindernis für eine beantragte Eintragung kann jedoch nicht schon angenommen werden, wenn sie möglicherweise mit der wahren Rechtslage nicht übereinstimmt (BayObLGZ 1986, 81; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 209a). Das Grundbuchamt hat vielmehr selbstständig und in eigener Verantwortung zu entscheiden, ob es sich bei einem Grundbuchgeschäft um einen genehmigungsbedürftigen Rechtsvorgang handelt (KG, FGPrax 1996, 213; BayObLG, Rpfleger 1972, 408; LG Berlin, Rpfleger 1994, 504). Dabei hat das Grundbuchamt allein die abstrakten Voraussetzungen der Genehmigungspflicht zu prüfen, nicht jedoch auch, ob das Geschäft nach seiner Ausgestaltung genehmigungsfähig wäre (vgl. Senat vom 29.8.2019, 34 Wx 242/17, nicht veröffentlicht; LG Berlin, Rpfleger 1996, 342, 343). Diese Prüfung obliegt allein demjenigen, der eine Genehmigung zu erteilen hätte.

12 b) Hier handelt es sich um die Eintragung einer Grundsuld auf einem mit Kaufvertrag veräußerten Gemeindegrundstück. Daher hat sich die Prüfung des Grundbuchamts darauf zu erstrecken, ob die Bewilligung der Grundsuld der Genehmigung der Rechtsaufsicht über die Gemeinde nach Art. 72 Abs. 3 GO bedarf.

13 aa) Nach Art. 72 Abs. 3 GO bedarf die Gemeinde zur Bestellung von Sicherheiten zugunsten Dritter der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde. Allerdings hat das Staatsministerium des Innern gemäß der Ermächtigung in Art. 72 Abs. 5 GO von der Möglichkeit der Freistellung von der Genehmigungspflicht nach Art. 72 Abs. 3 GO Gebrauch gemacht. Nach § 3 Nr. 4 der Verordnung über die Genehmigungsfreiheit von Rechtsgeschäften des kommunalen Kreditwesens vom 16.8.1995 (Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte) sind Bürgschaften, Gewährverträge und Verpflichtungen aus verwandten Rechtsgeschäften, die ein Entstehen für fremde Schuld oder für den Eintritt oder Nichteintritt bestimmter Umstände zum Gegenstand haben, genehmigungsfrei, wenn beim Erwerb oder der Veräußerung eines Grundstücks Grundpfandrechte in Zusammenhang mit der Kaufpreiszahlung bestellt werden oder wenn ein mit einem Grundpfandrecht belastetes Grundstück erworben wird. Weitere genehmigungsfreie Tatbestände sind in Nr. 1 bis 3 geregelt, etwa wenn der Höchstbetrag der Einstandspflicht begrenzt ist.

14 In § 4 Verordnung der über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte ist ergänzend bestimmt, dass dann, wenn ein Rechtsgeschäft nach dieser Verordnung von der rechtsaufsichtlichen Genehmigung freigestellt ist, der Vertretungsberechtigte eine schriftliche Feststellung zu den Verhandlungen zu nehmen hat, dass und aufgrund welcher Vorschrift der Abschluss des Rechtsgeschäfts genehmigungsfrei ist.

15 bb) Vorliegend wurde mit notariellem Kaufvertrag vom 11.9.2018 von der Beteiligten zu 1 das Grundstück an die Beteiligten zu 2 und 3 zu Miteigentum zu einem Kaufpreis von 91.140 € veräußert. Unter Ziffer XIV. 2. der Urkunde bevollmächtigte die Gemeinde die Käufer, das Vertragsobjekt mit Grundpfandrechten in beliebiger Höhe zu belasten, es der

sofortigen Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer zu unterwerfen und alle Erklärungen abzugeben, die erforderlich oder zweckdienlich sind, um den von den Kreditinstituten beanspruchten Rang zu beschaffen und die Eintragung des Grundpfandrechts im Grundbuch herbeizuführen. Nicht in dieser Urkunde, sondern am selben Tag in einer weiteren Urkunde bestellten die Käufer im eigenen Namen sowie für die Gemeinde aufgrund der erteilten Vollmacht einer Bank eine Grundschuld über den Betrag von 350.000 € nebst Zinsen und Nebenkosten.

16 cc) Aufgrund dieses zeitlichen Ablaufs unterfällt die Bewilligung der Grundschuld nicht dem Ausnahmetatbestand des § 3 Nr. 4 der Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte. Es kann nämlich von einer Bestellung von Grundpfandrechten „bei“ der Veräußerung eines Grundstücks im Sinne von § 3 Nr. 4 der Verordnung nicht gesprochen werden.

17 Die Formulierung des § 3 Nr. 4 der Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte, wonach beim Erwerb oder der Veräußerung eines Grundstücks Grundpfandrechte in Zusammenhang mit der Kaufpreiszahlung bestellt werden können, ist im Hinblick auf den umschriebenen zeitlichen Ablauf auslegungsbedürftig. Die Beteiligte zu 1 versteht die Vorschrift dahin, dass die Bestellung „im Zusammenhang mit“ einer Grundstücksveräußerung und der Kaufpreiszahlung zulässig sei. Das Wort „beim“ wird in zeitlicher Hinsicht zur Umschreibung eines Zeitpunkts (bei Abfahrt des Zuges) oder eines Zeitraums (bei Tag) verwendet. Welche dieser beiden Alternativen im konkreten Fall zutrifft, ist davon abhängig, ob der mit der Präposition verwendete Begriff einen längeren Zeitraum beschreibt oder nur einen Zeitpunkt. Versteht man die Veräußerung daher als einen sich über einen längeren Zeitraum erstreckenden Vorgang vom Beginn der Verhandlungen bis zur Eintragung der Auflassung, wären alle Vorgänge in diesem Zeitraum erfasst. Die Auslegung der Vorschrift ergibt jedoch, dass nur die notarielle Beurkundung der Auflassung als maßgeblicher Zeitpunkt gemeint ist.

18 Der Wortlaut der Vorschrift spricht von einer Bestellung der Grundschuld bei der Veräußerung. Diese Formulierung spricht klar dafür, dass damit in zeitlicher Hinsicht nur der Vorgang der notariellen Beurkundung gemeint ist. Dies erhellt sich vor allem daraus, dass ein Vertreter der veräußernden Gemeinde im Termin der Veräußerung, also der Erklärung der Auflassung, und damit auch bei Bestellung der Grundschuld anwesend ist und dabei die Zulässigkeit des bestellten Grundpfandrechts prüfen kann. Nur dann ist es dem Vertreter der Gemeinde auch möglich, Feststellung über eine Genehmigungsfreiheit zu treffen. Dies ist schon deswegen erforderlich, da § 4 der Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte ihm die Verantwortung überträgt, das Vorliegen des Freistellungstatbestands zu bestätigen und einen entsprechenden Vermerk zu den Verhandlungen, also zur Niederschrift über die von den Vertragsbeteiligten vor dem Notar abgegebenen Erklärungen, zu nehmen (vgl. BayObLGZ 1976, 289, 295).

19 Es kann dabei dahingestellt bleiben, ob die Bestellung einer Grunddienstbarkeit [Hinweis der Schriftleitung: Wortlaut der Entscheidung] im Anschluss an die Veräußerung zu weiterer Urkunde dann dem Erfordernis entsprechen würde, wenn die

gleichen Vertragsparteien bei Errichtung der Bewilligung weiterhin anwesend sind. Hier hatten die Vertreter der Gemeinde den Beteiligten zu 2 und 3 Vollmacht zur Bestellung der Grundschuld erteilt, die davon Gebrauch machten. Damit kann jedenfalls von einer Bestellung „bei“ der Veräußerung im Sinne von § 3 Nr. 4 der Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte nicht mehr gesprochen werden.

20 dd) Ob eine Genehmigungsfreiheit ggf. aus anderen Gründen des § 3 der Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte, etwa Nr. 1, besteht, ist aufgrund der bekannten Umstände weder für das Grundbuchamt noch für das Beschwerdegericht zu klären. Die für die Beurteilung der Genehmigungsfreiheit erforderlichen Tatsachen selbst zu ermitteln, ist das Grundbuchamt nach feststehender Rechtsprechung auch weder berechtigt noch verpflichtet; es ist vielmehr Sache des Antragstellers, die erforderlichen Unterlagen beizubringen (BGHZ 30, 255, 258; 35, 135, 139; BayObLGZ 1969, 278, 281; 1971, 252, 257; 1976, 289, 295; *Demharter*, GBO, § 1 Rdnr. 66).

21 Dieser besonderen Sach- und Rechtslage, die für das Grundbuchamt bei Eintragung einer Grundschuld auf einem Gemeindegrundstück besteht, kommt die in § 4 der Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte getroffene Regelung entgegen, die bezweckt, dass die Grundbuchämter von der Pflicht zur Nachprüfung, ob der objektive Tatbestand der Freistellung von der Genehmigungspflicht erfüllt ist, entbunden werden. Die zuständigen Organe in der Gemeinde sollten mit der bezeichneten Erklärung die Verantwortung für das Vorliegen der Genehmigungsfreiheit übernehmen. Soweit die Feststellung nach § 4 der Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte „zu den Verhandlungen zu nehmen“ ist, ist darunter die Gesamtheit der Niederschriften über die von den Vertragsbeteiligten vor dem Notar – ggf. in getrennten Urkunden – abgegebenen Erklärungen zu verstehen (vgl. BayObLGZ 1976, 289, 295 für die Ausnahmereverordnung zu Art. 75 GO).

22 Daher ist das Verlangen des Grundbuchamts nach Vorlage einer dem § 4 der Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte entsprechenden Feststellung, jedenfalls soweit darin nicht unzutreffend die Genehmigungsfreiheit nach § 3 Nr. 4 der Verordnung über die Genehmigung von Rechtsgeschäften des kommunalen Kreditwesens bestätigt wird, nicht zu beanstanden.

23 ee) Soweit eine Genehmigungsfreiheit nach § 3 der Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte nicht besteht, hätte über die Genehmigungsfähigkeit nach Art. 72 Abs. 3 GO allerdings die Rechtsaufsichtsbehörde zu entscheiden. Insofern ist die Zwischenverfügung daher zu ergänzen.

(...)

26 Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 2 GBO) liegen nicht vor.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Johannes Weber**, LL.M.
(Cambridge), Freiburg i. Br.

1. Einleitung

Es gibt wohl kaum eine Entscheidung, die unter den Notaren in den vergangenen Monaten für so viel Diskussionsstoff gesorgt hat wie diejenige des OLG München. Sie berührt einen alltäglichen Sachverhalt und betrifft die Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld beim Grundstücksverkauf durch eine Gemeinde. Die Bestellung einer Grundschuld für die Schuld des Käufers gegenüber seiner Bank ist eine Sicherheit zugunsten eines Dritten. Sicherheiten für Dritte bedürfen nach Art. 72 Abs. 3 BayGemO der Genehmigung der Aufsichtsbehörde. Die Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte¹ regelt für Finanzierungsgrundschulden eine Ausnahme vom Genehmigungserfordernis. Nach § 3 Nr. 4 der Verordnung besteht Genehmigungsfreiheit, wenn „beim Erwerb oder der Veräußerung eines Grundstücks Grundpfandrechte im Zusammenhang mit der Kaufpreiszahlung bestellt werden“.

2. Die Entscheidung des OLG

Nach Auffassung des OLG München handelte es sich bei der im konkreten Fall bestellten Finanzierungsgrundschuld um keine Grundschuld im Sinne des § 3 Nr. 4 der Verordnung. Das OLG München störte sich zunächst an dem Umstand, dass die Bewilligung der Grundschuld zwar am selben Tag wie der Kaufvertrag, aber zu gesonderter Urkunde erfolgte. Eine Bestellung bei der Veräußerung liege nur vor, wenn die Grundschuld im Zeitpunkt der Beurkundung der Auflassung bestellt würde. Zum anderen geht das OLG davon aus, dass der Ausnahmetatbestand bei einer aufgrund einer Vollmacht bestellten Grundschuld nicht einschlägig sei. Der Vertreter der Gemeinde müsse „im Termin der Veräußerung“ anwesend sein, die Zulässigkeit der Grundschuld prüfen und außerdem die Erklärung zur Genehmigungsfreiheit nach § 4 der Verordnung („schriftliche Feststellung zu den Verhandlungen“ über die Genehmigungsfreiheit) abgeben. Eine Grundschuldbestellung bei der Veräußerung liege zumindest dann nicht mehr vor, wenn die Gemeinde aufgrund einer Vollmacht vertreten werde.

3. Zusammenhang zwischen Kaufvertrag und Grundschuldbestellung

Man reibt sich nach der Lektüre der Entscheidung verwundert die Augen. Warum müssen Kaufvertrag und Grundschuld in einer Urkunde beurkundet werden, damit von einer Bestellung des Grundpfandrechts bei der Veräußerung des Grundstücks die Rede sein kann? Ohne nähere Begründung unterstellt das Gericht, unter der Veräußerung sei die Auflassungserklärung des Grundstücks zu verstehen.

Schon das ist nicht zwingend: Unter einer Veräußerung kann man einen rechtsgeschäftlichen Eigentumswechsel verstehen, der nicht nur die Auflassungserklärung, sondern auch die Grundbucheintragung voraussetzt. Selbst wenn man als Veräußerung nur die Erklärung der Auflassung ansieht, ist die enge zeitliche Sichtweise des OLG kaum überzeugend. Entscheidend ist vor allem der Normzweck des § 3 Nr. 4 der Verordnung: Finanzierungsgrundpfandrechte mit einer eingeschränkten Sicherungsabrede, die lediglich der Kaufpreiszahlung und dem Vollzug eines Kaufvertrags dienen, ohne dauerhaft zu einer Belastung des kommunalen Vermögens mit einer Sicherheit zu führen, sind nach der Wertung der Verordnung ungefährlich und bedürfen daher keiner Genehmigung.² Vor diesem Hintergrund kann es keinen Unterschied machen, ob die Grundschuld unmittelbar in der Kaufvertragsurkunde oder danach bestellt wird. Welche zusätzlichen Risiken aus der Beurkundung der Grundschuld zu separater Niederschrift resultieren sollen, ist nicht einmal ansatzweise ersichtlich. Vielmehr ist die Beurkundung der Grundschuld in einer eigenen Urkunde auch bei Grundpfandrechten zur Finanzierung eines Erwerbs von der Gemeinde sachgerecht – zum einen, weil die Grundschuld ein anderes Rechtsverhältnis mit einem eigenen Vollstreckungstitel begründet, und zum anderen, weil eine gemeinsame Beurkundung zu untragbaren kostenrechtlichen Nachteilen führen würde. Dem Wert für die Vollzugsgebühr und die Betreuungsgebühr des Kaufvertrags würde das Kapital der Grundschuld hinzugerechnet (vgl. § 112 Satz 1, § 113 Abs. 1, § 35 Abs. 1 GNotKG).³ Vor allem ist zu berücksichtigen, dass es Fälle gibt, in denen die Bestellung einer Grundschuld zum Zeitpunkt des Kaufvertragsschlusses noch gar nicht möglich ist, etwa weil das finanzierende Kreditinstitut noch nicht feststeht. Warum der Tatbestand über die Genehmigungsfreiheit nicht einschlägig sein soll, wenn die Gemeinde das Finanzierungsgrundpfandrecht zu einem späteren Zeitpunkt bestellt, leuchtet nicht ein. Entscheidend ist, dass die Grundschuld der Finanzierung des Kaufpreises dient. Dass es sich um eine Finanzierungsgrundschuld handelt, ist der Grundschuld anzusehen. Die eingeschränkte Sicherungsabrede (Verwertung des Grundpfandrechts nur bei Kaufpreiszahlung) lässt dies eindeutig erkennen.

Führt man sich den Normzweck des § 3 Nr. 4 der Verordnung vor Augen, liegt es daher nahe, von einer Bestellung des Grundpfandrechts bei der Veräußerung eines kommunalen Grundstückes immer auszugehen, wenn die Grundschuld anlässlich einer Grundstücksveräußerung vor Eigentumsumschreibung bestellt wird. Das Wort „bei“ beschreibt somit lediglich den funktionalen Bezug von Grundstücksveräußerung und Finanzierungsgrundschuld. Die weitere Formulierung in § 3 Nr. 4 „im Zusammenhang mit der Kaufpreiszahlung“ verdeutlicht diesen Zusammenhang. Eine zeitliche Begrenzung der Grundschuldbestellung auf den Zeitpunkt der Auflassungserklärung ist der Norm nicht zu entnehmen.

¹ Verordnung über die Genehmigungsfreiheit von Rechtsgeschäften des kommunalen Kreditwesens (Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte) vom 16.8.1995 (GVBl., S. 812), zuletzt geändert durch § 3 der Verordnung vom 28.3.2001 (GVBl., S. 174).

² Vgl. OLG München, Beschluss vom 21.2.2012, 34 Wx 46/12, MittBayNot 2012, 248, 249; Grziwotz, BayVBl. 2014, S. 561.

³ Vgl. Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 112 Rdnr. 6, § 113 Rdnr. 9.

4. Mitwirkung des Vertreters der Gemeinde

Woran sich das OLG München vor allem stört, ist die Vertretung der Gemeinde durch den Käufer bei der Bestellung der Grundschuld. Es liege – so das Gericht – keine Bestellung „bei der Veräußerung“ des Grundstücks vor, wenn der Käufer die Gemeinde vertrete. Wenn man so wie das OLG in dem Wortlaut des § 3 Nr. 4 der Verordnung eine zeitliche Beschränkung sieht, ist unklar, warum darin zugleich eine Beschränkung hinsichtlich der Möglichkeit der Vertretung liegen soll. Der Wortlaut der Norm lässt nicht erkennen, dass die Genehmigungsfreiheit nur bei einer Vertretung der Gemeinde durch ihren eigenen Vertreter besteht. Ob der Käufer die Grundschuld aufgrund Vollmacht bestellt oder ein Vertreter der Gemeinde, spielt keine Rolle. Die Grundschuld kann in beiden Fällen „bei der Veräußerung“ bestellt werden.

Nach Auffassung des OLG München soll der Vertreter der Gemeinde an der Bestellung des Grundpfandrechts mitwirken müssen, um die Voraussetzungen der Genehmigungsfreiheit prüfen zu können. Außerdem beruft sich das Gericht auf § 4 der Verordnung, wonach der Vertretungsberechtigte eine schriftliche Feststellung zu den Verhandlungen zu nehmen hat, dass und aufgrund welcher Vorschriften der Abschluss des Rechtsgeschäfts genehmigungsfrei ist. Was es mit dieser Feststellung auf sich hat, hat das BayObLG in einer älteren Entscheidung genauer herausgearbeitet.⁴ Das Grundbuchamt solle von der Prüfung entbunden werden, ob ein Genehmigungstatbestand einschlägig sei. Außerdem sollte der Bürgermeister die Verantwortung für das Vorliegen eines Freistellungstatbestands übernehmen. Unter den „Verhandlungen“ sei die „Gesamtheit der Niederschriften über die von den Vertragsbeteiligten vor dem Notar – ggf. in getrennten Urkunden – abgegebenen Erklärungen zu verstehen.“⁵ Das BayObLG nimmt somit offenbar an, dass der Vertreter der Gemeinde in der notariellen Niederschrift selbst eine Feststellung zur Genehmigungsfreiheit treffen muss. Selbst wenn man der strengen Auffassung des BayObLG folgt, kann man entgegen der Auffassung des OLG München aus § 4 der Verordnung nicht den Schluss ziehen, dass der Vertreter der Gemeinde an dem genehmigungsfreien Rechtsgeschäft unmittelbar selbst mitwirken muss, damit er die Genehmigungsfreiheit bescheinigen kann. Erteilt der Vertreter der Gemeinde dem Käufer eine Vollmacht zur Vornahme eines anderen Rechtsgeschäfts, dürfte eine ausreichende „schriftliche Feststellung“ zu den Verhandlungen vorliegen, wenn der Vertreter der Gemeinde in der Vollmacht bescheinigt, dass das aufgrund der Vollmacht abgeschlossene Rechtsgeschäft genehmigungsfrei ist. Relevante „Verhandlung“ aus Sicht der Gemeinde ist die Erteilung der Vollmacht. Der Mitwirkungsverpflichtung des Verkäufers an der Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten und der Finanzierungsvollmacht werden im Kaufvertrag enge Grenzen gesetzt. Es ist sichergestellt, dass eine Verwertung der Grundschuld bis zur Eigentumsumschreibung nur erfolgen kann, wenn die Gemeinde den Kaufpreis

erhalten hat.⁶ Für die Gemeinde ist die Angelegenheit mit der Beurkundung des Kaufvertrags erledigt. Hiergegen mag man einwenden, dass der Inhalt des Rechtsgeschäfts in der Vollmacht noch nicht hinreichend genau bestimmt ist. Überzeugend ist dieser Einwand jedoch nicht: Ist nämlich jedes im Rahmen der Vollmacht liegende Rechtsgeschäft genehmigungsfrei, bedarf es keiner weiteren Konkretisierung, um eine Einschätzung über die Genehmigungsfreiheit treffen zu können.

Unabhängig hiervon stellt sich die Frage, ob das Grundbuchamt unter allen Umständen eine Bescheinigung über die Genehmigungsfreiheit verlangen kann. Das BayObLG ist davon ausgegangen, dass im Falle einer offenkundigen Genehmigungsfreiheit ein Negativzeugnis nicht vorgelegt werden muss.⁷ Eine Bescheinigung ist dort entbehrlich, wo dem Rechtsgeschäft die Genehmigungsfreiheit auf die Stirn geschrieben steht. Das Grundbuchamt muss die Verordnung über die Genehmigungsfreiheit von Rechtsgeschäften des kommunalen Kreditwesens von Amts wegen prüfen. Bei der Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld steht für das Grundbuchamt die Genehmigungsfreiheit fest. Das Grundbuchamt kann aus der Sicherungsabrede sowie der Finanzierungsvollmacht erkennen, dass die Grundschuld im Zusammenhang mit der Finanzierung des Kaufpreises zum Erwerb eines kommunalen Grundstücks dient. Der Tatbestand der Genehmigungsfreiheit nach § 3 Nr. 4 der Verordnung ist offensichtlich erfüllt. Eine zusätzliche Bedeutung kommt einem Negativzeugnis nicht zu. Im Falle einer Offenkundigkeit erscheint es auch nicht geboten, von dem Vertreter der Gemeinde eine Feststellung zur Genehmigungsfreiheit zu verlangen. Besondere tatsächliche Ermittlungen, die für die Frage der Genehmigungsfreiheit relevant würden, sind nicht zu treffen. Und eine Entscheidung über die Genehmigungsfreiheit trifft der Vertreter der Gemeinde ohnehin nicht. Sie ergibt sich eindeutig aus dem Gesetz und dem Urkundeninhalt. Einer gesonderten Prüfung durch den Vertreter, ob die Grundschuld zulässig ist, bedarf es nicht.

5. Höhe des Kaufpreises

Obwohl die Grundschuld im konkreten Fall höher als der Kaufpreis war, ist das OLG nicht auf die Frage eingegangen, ob der Tatbestand der Genehmigungsfreiheit nach § 3 Nr. 4 der Verordnung nur bei einer Grundschuld bis zur Höhe des Kaufpreises gilt. Das Bayerische Staatsministerium geht offenbar von einer restriktiven Sichtweise aus.⁸ Die Literatur nimmt demgegenüber an, dass auch eine über den Kaufpreis hinausgehende Grundschuld genehmigungsfrei ist.⁹ Das ist richtig: Enthält die Grundschuld die bei einer Finanzierungsgrundschuld standardmäßig enthaltenen Einschränkungen

4 BayObLG, Beschluss vom 30.11.1976, BReg. 2 Z 69/75, BayObLGZ 1976, 289, 295 f.

5 BayObLG, Beschluss vom 30.11.1976, BReg. 2 Z 69/75, BayObLGZ 1976, 289, 295.

6 Vgl. Beck'sches Notarhandbuch/Everts, 7. Aufl. 2019, § 1 Rdnr. 270.

7 BayObLG, Beschluss vom 30.11.1976, BReg. 2 Z 69/75, BayObLGZ 1976, 289, 296.

8 Vgl. Grziwotz, BayVBl. 2014, S. 561 Fn. 4.

9 Eckert, KommJur 2005, 454, 456; Grziwotz, BayVBl. 2014, S. 561 Fn. 4. So auch die h. M. zur Erteilung der betreuungsgerichtlichen Genehmigung zu Erteilung einer Finanzierungsgrundschuld, vgl. Weber, DNotZ 2015, 498, 523 m. Fn. 148.

kungen zum Schutze des Eigentümers, ist nicht erkennbar, welches zusätzliche Risiko für die Gemeinde mit einer höheren Grundschuld sicherheit verbunden ist.

6. Fazit

Die Entscheidung des OLG München hat in der Praxis für große Verunsicherung gesorgt. Sie kann weder in der Begründung noch im Ergebnis überzeugen. Zum einen ist nicht erkennbar, warum die Finanzierungsgrundschuld nur genehmigungsfrei sein soll, sofern sie in einer Urkunde mit dem Kaufvertrag beurkundet wird. Bei dem vom OLG München postulierten zeitlichen Zusammenhang von Kaufvertrag und Grundschuld handelt es sich um einen inhaltsleeren Formalismus. § 3 Nr. 4 der Verordnung über kreditähnliche kommunale Rechtsgeschäfte schließt es nicht aus, dass der Käufer als Bevollmächtigter der Gemeinde die Finanzierungsgrundschuld bestellt. Die nach § 4 der Verordnung erforderliche Erklärung über die Genehmigungsfreiheit kann in der Urkunde über die Vollmachtserteilung abgegeben werden, sofern man eine solche Erklärung trotz der Offenkundigkeit der Genehmigungsfreiheit für erforderlich hält. Es bleibt zu hoffen, dass das OLG Nürnberg und das OLG Bamberg eine andere Linie einschlagen und das OLG München zur Änderung seiner Rechtsprechung bewegen werden. Ein Wort zur Beruhigung zum Abschluss: Wurde die Grundschuld im Grundbuch eingetragen und ist die Eigentumsumschreibung auf den Käufer erfolgt, der die Grundschuld zugleich im eigenen Namen bestellt (dies ist der Regelfall), ist die Grundschuldbestellung nach § 185 Abs. 2 Satz 1 Var. 2 BGB wirksam.

•

4. Einstweilige Verfügung gegen einen Bauträger auf Übergabe der Wohnung

KG, Urteil vom 20.8.2019, 21 W 17/19

BGB § 273 Abs. 3, §§ 306a, 307 Abs. 2, § 309 Nr. 2, § 320 Abs. 1 Satz 3, § 640 Abs. 1

BGB a. F. § 632a Abs. 3 und Abs. 4

MaBV § 3 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. **Auch im Beschwerdeverfahren über die Ablehnung eines Antrags auf einstweilige Verfügung kann das Beschwerdegericht gemäß § 922 Abs. 1 Satz 1, § 936 ZPO einen Verhandlungstermin anberaumen und anschließend durch Urteil entscheiden.**
2. **Es besteht ein Grund zum Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen einen Bauträger, die bezugsfertig hergestellte Wohneinheit dem Erwerber zu übergeben, wenn auch unter den eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes zuverlässig erkennbar ist, dass nach dem materiellen Recht ein dahin gehender Anspruch des Erwerbers einredefrei besteht und der Bauträger die Erfüllung unberechtigt verweigert hat (Senat, Urteile**

vom 4.10.2017, 21 U 79/17 und vom 5.12.2017, 21 U 109/17).

3. **Dies gilt auch dann, wenn der Erwerber die Wohneinheit nicht selbst bewohnen, sondern vermieten will. Denn der Verfügungsgrund resultiert nicht aus der beabsichtigten Eigennutzung des Erwerbers, sondern aus der finanziellen Belastung, die ein Bauträgervertrag und eine eventuelle Ersatzbeschaffung für den Erwerber mit sich bringen.**
4. **Die Bestimmung in den von einem Bauträger gestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Bauträgervertrages, wonach die Schlussrate bereits vor vollständiger Fertigstellung des Vertragsgegenstands auf das Anderkonto eines Notars zu zahlen ist, verstößt gegen § 309 Nr. 2 a) BGB und ist unwirksam.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Verfügungskläger (im Folgenden: Kläger) kaufte mit notariellem Vertrag vom 12.9.2014 von der Verfügungsbeklagten (im Folgenden: Beklagte) ein 323/100.000 Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit der Nr. 92 bezeichneten Wohnung (...) in Berlin zum Zwecke der Vermietung. Die Wohnung hat eine Größe von 59,79 m².

2 Der Kaufpreis beträgt 310.000 €. Seine Fälligkeit in Teilbeträgen nach dem jeweiligen Baufortschritt regelt § 4 des Notarvertrages (fortan: Bauträgervertrag).

3 Die Verfügungsbeklagte verpflichtete sich in § 2 Ziffer 8 des Bauträgervertrages zur bezugsfertigen Herstellung des Sondereigentums durch Umbau- und Modernisierungsmaßnahmen bis zum 31.1.2017.

4 Die Parteien vereinbarten außerdem für den Fall der schuldhaften Überschreitung des Fertigstellungstermins der Wohnräume ab dem 1.3.2017 einen Schadensersatz i. H. v. 10 €/m² pro angefangenem Kalendermonat, maximal jedoch in Höhe von 5 % des Kaufpreises, ohne Ausschluss eines darüber hinausgehenden Schadensersatzanspruches.

5 Unter § 7 Ziffer 1 des Bauträgervertrages vereinbarten die Parteien eine getrennte Abnahme von Sonder- und Gemeinschaftseigentum.

6 Die Abnahmetermine am 1.11.2018 und 1.2.2019 endeten jeweils ohne Abnahme des Sondereigentums durch den Kläger, da dieser sich weigerte, das ihm vorgelegte Abnahmeprotokoll zu unterzeichnen. Darin ist eine unwiderrufliche Abnahmeverpflichtung betreffend das Gemeinschaftseigentum nach Feststellung der Abnahmereife durch den TÜV (...) sowie eine endgültige Abgeltungsregelung für Ansprüche wegen verzögerter Fertigstellung enthalten.

7 Mit Schreiben vom 5.3.2019 berief sich die Beklagte auf § 4 Ziffer 6 des Bauträgervertrages und verlangte die Hinterlegung der Fertigstellungsrate Zug um Zug gegen Besitzübergabe des Sondereigentums auf ein Notaranderkonto.

8 Im Hinblick auf die Überschreitung des Fertigstellungstermins rechnete der Kläger mit dem sich aus § 4 Ziffer 2 Abs. 2

des Bauträgervertrages ergebenden pauschalierten Schadensersatzbetrag i. H. v. 15.500 € gegen die restliche Kaufpreisforderung auf. Daneben sind die fälligen Kaufpreisraten bis auf die Fertigstellungsrate (10.850 €) sowie den Sicherheitseinbehalt nach § 3 Ziffer 4 des Bauträgervertrages (15.500 €) gezahlt.

9 Den Antrag des Klägers auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen die Beklagten, gerichtet auf Übergabe der bezugsfertigen Wohnung, hat das LG mit Beschluss vom 22.5.2019 zurückgewiesen. Es fehle an dem im einstweiligen Rechtsschutz erforderlichen Verfügungsgrund. Dem Antragsteller sei es zuzumuten, den Anspruch im Hauptsacheverfahren zu betreiben. Da die Eigentumswohnung zum Zwecke der Vermietung gekauft worden sei, sei er – anders als bei beabsichtigter Eigennutzung – nicht auf die sofortige Übergabe dringend angewiesen.

10 Der Kläger hat gegen den Beschluss vom 22.5.2019 sofortige Beschwerde eingelegt, der das LG mit Beschluss vom 13.6.2019 nicht abgeholfen hat.

11 Der Senat hat in dem Beschwerdeverfahren einen Termin zur mündlichen Verhandlung bestimmt.

12 Im Termin hat der Kläger beantragt, die Beklagte in Abänderung des angefochtenen Beschlusses des LG zur Übergabe der Wohneinheit im Wege der einstweiligen Verfügung zu verpflichten. Die Beklagte hat beantragt, diesen Antrag zurückzuweisen, hilfsweise die einstweilige Verpflichtung zur Übergabe der Wohneinheit nur Zug um Zug gegen Erklärung der Abnahme des Sondereigentums auszusprechen.

(...)

14 II. Die nach § 567 Abs. 1 Nr. 2, § 569 Abs. 1 und 2, § 571 Abs. 1 ZPO zulässige sowie form- und fristgerecht eingelegte sofortige Beschwerde hat auch in der Sache im Wesentlichen Erfolg.

(...)

16 2. Der Kläger kann von der Beklagten im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes die Übergabe der vertragsgegenständlichen Wohnung Zug um Zug gegen Abnahme des Sondereigentums verlangen. Nach der Rechtsprechung des Senats besteht ein Grund zum Erlass einer einstweiligen Verfügung gegen einen Bauträger, die bezugsfertig hergestellte Wohneinheit dem Erwerber zu übergeben, wenn auch unter den eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes zuverlässig erkennbar ist, dass nach dem materiellen Recht ein dahin gehender Anspruch des Erwerbers einredefrei besteht und der Bauträger die Erfüllung unberechtigt verweigert hat (Senat, Urteile vom 4.10.2017, 21 U 79/17, NJW 2018, 311, 312 und vom 5.12.2017, 21 U 109/17, NZBau 2018, 350, 351).

17 Diese Voraussetzungen sind auch hier erfüllt:

18 a) Der Kläger kann seinen Verfügungsanspruch gegen die Beklagte auf Übergabe der Wohnung und Herausgabe der für die Wohnung bestimmten Schlüssel auf § 7 Abs. 1 des Bauträgervertrages stützen. Die Wohnung ist jedenfalls seit 1.2.2019 bezugsfertig, denn die Beklagte bot sie dem Kläger an diesem Tag erneut zur Abnahme an. Die von dem Kläger

gerügten Mängel stellen die Bezugsfertigkeit nicht infrage, denn sie sind nur geringfügig und stehen einer Wohnnutzung nicht entgegen. Der Kläger war auch zur Abnahme des Sondereigentums unter Vorbehalt von Rechten wegen Mängeln und Restleistungen bereit. Dazu kam es am 1.11.2018 und 1.2.2019 nur deshalb nicht, weil der Kläger – worauf die Beklagte auch keinen Anspruch hat – nicht zu einem weitergehenden Verzicht auf Schadensersatz wegen verspäteter Fertigstellung und zu einer unwiderruflichen Verpflichtung zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums nach Feststellung der Abnahmereife durch einen Sachverständigen bereit war.

19 b) Es besteht auch ein Grund, die Beklagte zur Übergabe der Wohnung durch einstweilige Verfügung zu verpflichten. Für den Erwerber einer Wohnung aufgrund eines Bauträgervertrages stellt es eine erhebliche Beeinträchtigung dar, wenn ihm die bezugsfertig hergestellte Wohnung nicht übergeben wird.

20 aa) Der Senat hat in seinen oben zitierten Entscheidungen im einstweiligen Rechtsschutz Bauträger zur Übergabe der bezugsfertig hergestellten Wohneinheiten verpflichtet, die jeweils der eigenen Wohnnutzung durch den Erwerber dienen sollten. In diesen Fällen hat der Erwerber seine Lebensplanung regelmäßig darauf eingerichtet, die Wohnung zum vereinbarten Zeitpunkt nutzen zu können. Natürlich könnte er vorübergehend auch in eine andere Wohnung, eine Pension oder ein Hotel ziehen. Dadurch entstehen aber zusätzliche Kosten, die mit zunehmendem Zeitablauf beträchtlich werden können, die finanziert werden müssen und für die der Erwerber am Ende der Streitigkeit mit dem Bauträger je nach dessen finanzieller Leistungsfähigkeit möglicherweise keinen Ersatz erhält. Auch die bei unberechtigter Verweigerung des Bauträgers vielleicht bestehende Möglichkeit, den Vertrag mit ihm zu kündigen oder von ihm zurückzutreten, ist aufgrund der finanziellen Auswirkungen eines solchen Schritts und des Aufwands, der durch die Beschaffung einer anderen (Eigentums-)Wohnung verursacht wird, kein adäquater Ausgleich für den Erwerber.

21 bb) Es gilt im Ergebnis nichts anderes, wenn der Erwerber die vertragsgegenständliche Wohnung nicht selbst bewohnen, sondern diese vermieten will, die Wohnung also letztlich als Kapitalanlage dienen soll. Auch in diesem Fall fehlt es an der zumutbaren Substituierbarkeit des betroffenen Wirtschaftsguts. Anders als bei vertraglichen Leistungen, für die sich der Gläubiger im Verzugsfall unschwer und ohne großes finanzielles Risiko Ersatz verschaffen kann, bindet der Bauträgervertrag aufgrund der bis zur Bezugsfertigkeit gezahlten Kaufpreisraten erhebliche Mittel des Erwerbers, die er möglicherweise fremdfinanziert hat und die sich aufgrund der unberechtigten Verweigerung der Übergabe durch den Bauträger einstweilen nicht amortisieren. Im Hinblick auf den vom Kläger geltend gemachten erheblichen Mietausfallschaden sind an deren Glaubhaftmachung jedenfalls in Städten mit starker Wohnraumnachfrage wie Berlin nur geringe Anforderungen zu stellen. Es ist dem Erwerber nicht zumutbar, den Übergabeanspruch im Hauptsacheverfahren zu verfolgen. Wegen der Dauer eines solchen Rechtsstreits selbst bei zügiger Verfahrensführung kann für ihn auf diesem Weg leicht eine zusätzliche Belastung in fünfstelliger Höhe entstehen, die zusätzlich finanziert werden muss und deren Einbringlichkeit als Scha-

densersatz umso problematischer wird, je mehr Erwerber den Bauträger am Ende auf Zahlung in Anspruch nehmen. Dies zeigt, dass sich der Verfügungsgrund in der vorliegenden Fallkonstellation nicht aus der beabsichtigten Eigennutzung, sondern aus der besonderen finanziellen Belastung ergibt, die ein Bauträgervertrag für den Erwerber mit sich bringt, und die nicht bei jeder beliebigen Verzugsituation besteht.

22 cc) Auch das „Verbot der Vorwegnahme der Hauptsache“ steht einer Besitzeinräumung durch einstweilige Verfügung nicht entgegen. Die vorrangige Aufgabe der Gerichte ist es nicht, Entscheidungen zurückzustellen, sondern genau umgekehrt, effektiven, also schnellen Rechtsschutz zu gewährleisten. Die einzige Rechtfertigung des Verbots der Vorwegnahme der Hauptsache liegt in der Verhinderung irreversibler Fakten durch die Vollziehung einer unrichtigen Eilentscheidung. Denn noch wichtiger als die Schnelligkeit einer gerichtlichen Entscheidung ist ihre Richtigkeit. Deshalb wird die Hauptsache aber dann nicht in unzulässiger Weise vorweggenommen, sobald auch unter den eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten des einstweiligen Rechtsschutzes zuverlässig feststellbar ist, dass nach dem materiellen Recht der geltend gemachte Anspruch einredfrei besteht und die Erfüllung unberechtigt verweigert wird. Selbst wenn die Vollziehung der einstweiligen Verfügung „irreversible Fakten“ schaffen sollte, entsprechen diese jedenfalls der Rechtslage. Folglich muss unter dieser Bedingung das verfassungsmäßige Gebot effektiven Rechtsschutzes den Vorrang gegenüber dem Interesse eines säumigen Schuldners haben, gerichtliche Prozesse zu entschleunigen, zumal dieses Interesse keineswegs Verfassungsrang genießt.

23 Soweit das LG in dem Nichtabhilfebeschluss vom 13.6.2019 unter Bezugnahme auf die Entscheidung des 12. Zivilsenats des KG vom 7.7.2014, 12 W 79/14 ausführt, auch ein Vermieter von Gewerberäumen könne einen Mietausfallschaden durch einen säumigen Mieter nicht mithilfe des einstweiligen Rechtsschutzes abwenden, ergibt sich aus der dort relevanten gesetzlichen Regelung in § 940a ZPO zunächst, dass erhebliche finanzielle Interessen des Vermieters von Wohnraum die Räumung durch einstweiligen Rechtsschutz rechtfertigen können. Anders als das LG meint, wäre der hiesige Kläger als Erwerber einer Eigentumswohnung zur privaten Vermögensbildung auch eher mit dem vom Gesetz privilegierten (Wohnraum-)Vermieter zu vergleichen. Ein wesentlicher Unterschied besteht vorliegend aber auch darin, dass die auf Besitzeinräumung gerichtete Leistungsverfügung gegen den Bauträger – anders als die Räumungsverfügung gegen den Mieter – nicht zu einem endgültigen Verlust seiner Rechtsposition führt. Der Bauträger bleibt weiterhin Eigentümer und ist zur Übertragung des Eigentums an dem Vertragsgegenstand erst mit vollständiger Zahlung des geschuldeten Kaufpreises verpflichtet.

24 dd) Der Kläger hat jedoch nur Anspruch auf Übergabe der Wohnung Zug um Zug gegen Erklärung der Abnahme des Sondereigentums. Auf weitergehende Leistungsverweigerungsrechte kann sich die Beklagte nicht berufen.

25 (1) Ein Leistungsverweigerungsrecht gemäß § 320 Abs. 1 BGB unter dem Gesichtspunkt der nach dem Bauträgervertrag fälligen Kaufpreistraten steht der Beklagten nicht zu. Unstreitig beträgt der Zahlungsstand gegenwärtig 268.150 €.

Auf den Sicherheitseinbehalt gemäß § 632a Abs. 3 BGB a. F. (vgl. auch § 4 Ziffer 4 des Bauträgervertrages) in Höhe von 5 % des Kaufpreises hat die Beklagte keinen Anspruch, da eine Sicherheitsbürgschaft gemäß § 632a Abs. 4 BGB a. F. bisher nicht bei dem beurkundenden Notar hinterlegt worden ist (§ 4 Ziffer 4 Buchst. a) Bauträgervertrag). Auch die Schlusszahlung gemäß § 4 Ziffer 1 Buchst. m) des Bauträgervertrages in Höhe von 3,5 % des Kaufpreises ist gegenwärtig mangels Gesamtfertigstellung nicht fällig. Es ist ferner zuverlässig feststellbar, dass der Kläger daneben berechtigt ist, gegen die Kaufpreisforderung der Beklagten mit einer Schadensersatzforderung wegen Überschreitung des vereinbarten Fertigstellungstermins in Höhe von 5 % des Kaufpreises, also mit einem Betrag von 15.500 €, aufzurechnen. Der Kläger beschränkt sich auf den in § 2 Ziffer 8 Abs. 2 des Bauträgervertrages geregelten pauschalen Schadensersatz i. H. v. 10 €/m² pro angefangenem Kalendermonat, gedeckelt auf 5 % des Kaufpreises, ab dem 1.3.2017.

26 (2) Die Beklagte darf die Übergabe der Wohnung nicht von der Hinterlegung noch nicht fälliger Kaufpreistraten (zum Beispiel Fertigstellungsrate gemäß § 4 Abs. 1 Buchst. m) des Bauträgervertrages auf ein einzurichtendes Notaranderkonto abhängig machen. Das sieht zwar § 4 Ziffer 6 des Bauträgervertrages vor, wenn der Verkäufer die Abnahme des Sondereigentums vor der Abnahme des Gemeinschaftseigentums verlangt. Diese Klausel ist allerdings unwirksam.

27 (a) Zwar verstößt der vereinbarte Zahlungsplan unter Einschluss der fraglichen Regelung nicht gegen § 3 Abs. 2 MaBV, denn sie führt aufgrund der Einzahlung auf das Notaranderkonto nicht dazu, dass der Bauträger bereits bei Bezugsfertigkeit über die Schlussrate verfügen könnte (vgl. Senat, Urteil vom 7.5.2019, 21 U 139/18, juris).

28 (b) Die Regelung, die im Zweifel eine Allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 14.5.1992, VII ZR 204/90; KG, Urteil vom 27.6.2019, 21 U 144/18, Rdnr. 44), erweist sich aber als Verstoß gegen das Klauselverbot nach § 309 Nr. 2 lit. a) BGB. Die Regelung führt dazu, dass der Erwerber im Streitfall gezwungen ist, zur Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen (insbesondere Minderung und Ersatzvornahme) auf Freigabe der hinterlegten Schlussrate zu klagen, anstatt sich gegenüber dem Vergütungsanspruch des Bauträgers auf Minderungs- und Leistungsverweigerungsrechte berufen zu können. Die Klausel läuft darauf hinaus, das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320 BGB zumindest einzuschränken und das Recht auf Minderung bis zu einer endgültigen Einigung oder Streitentscheidung „auszusetzen“. Nach der überzeugenden Rechtsprechung des BGH liegt darin jedoch eine unzulässige Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechts, die nach § 309 Nr. 2 lit. a) BGB zur Unwirksamkeit der betreffenden Klausel führt (BGH, Urteil vom 11.10.1984, VII ZR 248/83, NJW 1985, 852; LG Duisburg, Urteil vom 18.10.2012, 8 O 227/10, NJW-RR 2013, 595; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl. 2018, Rdnr. 96; *Pause*, Bauträgerkauf, 6. Aufl. 2018, Rdnr. 422). Die Hinterlegung der Schlussrate soll zwar dem verständlichen Sicherheitsbedürfnis des Bauträgers dienen, der sich vor ungerechtfertigter Zahlungsverweigerung schützen möchte. Sie wahrt demgegenüber jedoch die Interessen

des Erwerbers nur unzureichend, weil der Zweck des Leistungsverweigerungsrechts sich nicht in der Sicherung des Gegenanspruchs erschöpft, weshalb es auch nicht gemäß § 320 Abs. 1 Satz 3 i. V. m. § 273 Abs. 3 BGB durch Sicherheitsleistung abgewendet werden kann. Um den Schutzzweck des Klauselverbots nach § 309 Nr. 2 lit. a) BGB zu gewährleisten, kann die Zahlungsabrede gemäß § 306a BGB auch nicht als zulässige Vorleistungspflicht des Erwerbers ausgelegt werden (BGH, a. a. O.; BeckOGK-BGB/Weiler, § 309 Nr. 2 Rdnr. 78). Die von der Beklagten zitierten Entscheidungen des BGH vom 17.2.1994 und 20.11.1997 stehen dem nicht entgegen. Diese Entscheidungen treffen zu einem Verstoß gegen das Klauselverbot nach § 309 Nr. 2 lit. a) BGB keine Aussage. Der vom Senat im vorliegenden Fall angenommenen Verstoß gegen das Klauselverbot gemäß 309 Nr. 2 lit. a) BGB gerät auch nicht in Konflikt mit einer Entscheidung des KG (Urteil vom 11.7.2013, 8 U 243/12, BeckRS 2013, 18788) zur Zulässigkeit einer Hinterlegungsklausel für Minderungsbeiträge in Gewerbemietverträgen. Der wesentliche Unterschied zum hiesigen Verfahren liegt darin, dass es sich im Fall des 8. Zivilsenates um eine gewerbemietvertragliche Klausel handelte. Insoweit kann das Minderungsrecht formularvertraglich eingeschränkt werden, da die Minderung nicht zu den Grundprinzipien des Mietrechts gehört, § 307 Abs. 2 BGB. Hier gelangt jedoch das speziellere Klauselverbot gemäß § 309 Nr. 2 lit. a) BGB zur Anwendung, da es sich bei dem Kläger um einen Verbraucher handelt. Dies rechtfertigt aus der Sicht des Senats die strengeren Anforderungen an eine zulässige Beschränkung des Leistungsverweigerungsrechts des Erwerbers aus den vom BGH in der Entscheidung vom 11.10.1984 (VII ZR 248/83, NJW 1985, 852) erwähnten Gründen. Der Senat stellt hiermit den Leitsatz Ziffer 1 in seinem Urteil vom 7.5.2019 (21 U 139/18) entsprechend richtig.

29 (3) Der Kläger hat jedoch nur Zug um Zug gegen Erklärung der Abnahme des Sondereigentums Anspruch auf Übergabe der Wohnung. Eine Abnahme des Sondereigentums hat unstreitig nicht stattgefunden, da sich der Kläger bislang zu Recht geweigert hat, das nach § 7 Ziffer 1 Buchst. a) des Bauträgervertrages vorgesehene gemeinsame Abnahmeprotokoll aufgrund darin enthaltener Verzichtserklärungen zu unterzeichnen. Allerdings hat die Beklagte gemäß § 7 Ziffer 1 des Bauträgervertrages und nach § 640 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Abnahme des Sondereigentums durch den Kläger, sofern Bezugsfertigkeit besteht. Die Bezugsfertigkeit der Wohnung macht der Kläger jedenfalls im Anschluss an den gescheiterten Abnahmetermin vom 1.2.2019 selbst geltend, was sich auch aus seinem Begehren im einstweiligen Verfügungsverfahren ergibt. Die Beklagte ist nicht verpflichtet, die Wohnung an den Kläger herauszugeben, ohne dass dieser zugleich – ggf. unter Vorbehalt von Mängeln – auch das Sondereigentum abnimmt. Der Senat weist vorsorglich darauf hin, dass die Beklagte in diesem Zusammenhang weder Verzichtserklärungen zu etwaigen weiteren Schadensersatzansprüchen verlangen kann noch Anspruch auf Erklärung der Abnahme des Gemeinschaftseigentums besteht, sofern nicht die vertraglichen Voraussetzungen hierfür erfüllt sind.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Gregor Basty**, München

1. Besitzübergabe durch einstweilige Verfügung

Die (Besitz-)Übergabe ist bei Grundstückskauf- und Bauträgerverträgen wirtschaftlich ein zentrales Anliegen des Erwerbers. In jüngerer Zeit mehren sich Entscheidungen zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Erwerber die Durchsetzung des vertraglichen Übergabeanpruchs mittels einstweiliger Verfügung durchsetzen kann. Die Erfolgsaussichten erscheinen auf den ersten Blick gering, weil mit einer entsprechenden Entscheidung die Hauptsache vorweggenommen würde. In einer Reihe von Urteilen kommt das KG – ähnlich auch das LG München I¹ – jedoch zu einem abweichenden Ergebnis (zu den Voraussetzungen siehe Leitsatz 2).²

Bislang ging es um Fälle, in denen der Erwerber die Wohnung selbst beziehen wollte. Dort konnte in die Bewertung einfließen, dass er ohne Übergabe auf der Straße stehen würde. Er war auf den Bezug angewiesen. Nachteile können adäquat kaum in Geld ersetzt werden. Bei der Entscheidung vom 20.8.2019 ging es hingegen um einen Erwerb zum Zwecke der Vermietung. Auch hier bejaht das KG nun die Voraussetzungen der einstweiligen Verfügung. Dies überzeugt nicht.³ Eine einstweilige Verfügung setzt konkrete und dringende Gründe in der Person des Gläubigers voraus.⁴ Nachteile aus der Vorenthaltung der Übergabe können jedoch ohne Weiteres in Geld ausgeglichen werden. Dem KG genügt demgegenüber, dass der Erwerber bei einem langwierigen Hauptsacheverfahren die finanziellen Belastungen zunächst selbst tragen müsste und den Schaden (bei Obsiegen) im Falle der Insolvenz des Bauträgers nicht ersetzt bekäme.

Das Urteil des LG München I vom 26.6.2019⁵ zeigt die Grenzen des einstweiligen Rechtsschutzes auf. Ist die Höhe der geschuldeten Beträge bzw. der zulässigen Einbehalte wegen Mängeln streitig, kann mit den eingeschränkten Erkenntnismöglichkeiten dieses Verfahrens die materielle Rechtslage nicht hinreichend sicher beurteilt werden. Auch der Erwerber, der die Wohnung selbst beziehen will, kann dann die Übergabe nicht mittels einstweiliger Verfügung erzwingen. In dem entschiedenen Fall kam hinzu, dass der Bauträger während des Verfahrens seinerseits den Rücktritt vom Vertrag wegen Zahlungsverzugs des Erwerbers erklärt hatte.

- 1 LG München I, Urteil vom 23.4.2015, 8 O 6509/15, IBR 2015, 669; Urteil vom 23.6.2016, 11 O 10314/16, MittBayNot 2017, 371 mit Anm. *Blank*.
- 2 Hierzu näher *Pause* in FS Horst Müller, 2019, S. 195 ff.
- 3 Ebenso *Monschau*, ZfIR 2019, 797 f.; *Pause* in FS Horst Müller, 2019, S. 195.
- 4 *Pause* in FS Horst Müller, 2019, S. 195, 205 m. w. N.
- 5 MittBayNot 2020, 244 (in diesem Heft).

2. Hinterlegung der letzten Rate

Ein weiterer Aspekt der Entscheidung des KG betrifft die im Baurägervertrag vorgesehene Hinterlegung der letzten Rate auf Notaranderkonto bei Übergabe. Es sei zwar kein Verstoß gegen die MaBV zu erkennen, jedoch verstoße diese Klausel gegen § 309 Nr. 2a BGB, weil Leistungsverweigerungsrechte des Erwerbers beschnitten werden. Insofern korrigiert das KG dankenswerterweise seine in diesem Punkt zumindest missverständliche Entscheidung vom 7.5.2019.⁶

⁶ KG, Urteil vom 7.5.2019, 21 U 139/18, ZfR 2019, 624 m. Anm. Cramer.

5. Ablehnung einer einstweiligen Verfügung auf Besitzübergabe eines Reihenhauses

LG München I, Urteil vom 26.6.2019, 24 O 6425/19

BGB § 650u
ZPO § 940

LEITSÄTZE:

1. **Eine unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache liegt dann vor, wenn mit der beantragten Besitzübergabe die Verfügungskläger einen Zustand anstreben, welcher der endgültigen Besitzverschaffung gleichkommt. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Es besteht kein Verfügungsgrund im Sinne von § 940 ZPO, wenn es aufgrund von bei Ausspruch der Kündigung der Mietwohnung bereits erkennbaren Bauzeitverzögerungen sowie sich abzeichnenden Mängeln am Objekt den Käufern bewusst sein hätte müssen, dass es erneut zu einer Terminverschiebung kommen kann. Dieser aus dem Risikobereich der Käufer stammende Umstand der Kündigung der bisherigen Mietwohnung ist vor diesem Hintergrund nicht der Baurägerin anzulasten. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

- 1 Die Verfügungskläger begehren mit der einstweiligen Verfügung die Besitzübergabe eines Reihenhauses. Dies hat folgenden Hintergrund:
- 2 Die Verfügungskläger haben mit Baurägerkaufvertrag vom 2.1.2018 des Notars (...) ein Hausgrundstück auf dem Fl.-St. (...) erworben. Das Anwesen sollte zu Wohnzwecken dienen.
- 3 Für die Immobilie war ein Kaufpreis von 970.000 € vereinbart worden. Zudem wurden einige Sonderwünsche bei der Ausführung vereinbart.
- 4 Im Bauräger-Kaufvertrag hatte sich die Verfügungsbeklagte unter Ziffer IV. 4. verpflichtet, das Objekt bis zum 31.12.2018 vollständig fertigzustellen. Dieser Fertigstellungstermin verschob sich sodann auf den 31.3.2019. Dieser Verpflichtung ist die Verfügungsbeklagte nicht nachgekommen.
- 5 Ziffer VII. 2. des Bauräger-Kaufvertrages vom 2.1.2018 enthält folgende Formulierung:

„Der Veräußerer ist zur Übergabe verpflichtet, wenn das Vertragsobjekt vollständig fertiggestellt, die Abnahme durchgeführt und das Abnahmeprotokoll unterzeichnet ist.

Die Übergabe kann jedoch verweigert werden, wenn der Erwerber nicht alle zu diesem Zeitpunkt fälligen, einredefreien Zahlungen inklusive etwaiger Zinsen geleistet hat, oder Zug um Zug gegen Übergabe leistet.“

6 Mit Schreiben vom 25.3.2019 zeigte die Verfügungsbeklagte die vollständige Fertigstellung des Objektes an und stellte die Schlussrechnung über die letzte Rate, konkret 11,9 % des vereinbarten Kaufpreises nach Ziffer VI. 4. des Baurägervertrags. Die Schlussrate belief sich auf 115.430 €. Außerdem wurde ein von der ersten Rate einbehaltener Sicherheitseinbehalt von 48.500 € in Rechnung gestellt.

7 Mit Schreiben vom 13.5.2019 haben die Verfügungskläger die Abnahme unter Vorbehalt von verschiedenen Mängeln erklärt.

8 Die Verfügungskläger leisteten nach Übersendung der Schlussrechnung vom 25.3.2019 eine Teilzahlung von 5.625,86 €.

9 Unter dem 29.4.2019 übersandten die Verfügungskläger eine Stellungnahme ihres Privatgutachtens (...) vom 25.4.2019 und teilten mit, dass ein Einbehalt von 92.000 € am Kaufpreis angemessen sei aufgrund der dort aufgelisteten Mängel.

10 Die Verfügungskläger machen insofern ein Zurückbehaltungsrecht wegen zahlreicher, von ihnen durch Privatgutachten attestierter Mängel an dem Anwesen geltend.

11 Mit Schreiben vom 6.5.2019 übersandte die Verfügungsbeklagte ein Gutachten des Privatsachverständigen (...) in welchem der Sachverständige (...) zu den Ausführungen des Sachverständigen (...) Stellung nimmt und diese als widerlegt betrachtet.

12 Nach den Ausführungen des Sachverständigen (...) in seiner Stellungnahme vom 6.5.2019 sei das Objekt vollständig fertiggestellt und frei von Mängeln.

13 Mit Schriftsatz vom 28.5.2019 erklärte die Verfügungsbeklagte den Rücktritt vom Baurägervertrag.

14 Hinsichtlich des von den Verfügungsklägern außerdem behaupteten Mangels an der Kellerabdichtung hatte die Verfügungsbeklagte zusätzlich den öffentlich bestellten und beeidigten Sachverständigen für Bauwerksabdichtungen (...) hinzugezogen, welcher mit einer Stellungnahme vom 23.5.2019 die Mangelfreiheit der Bauwerksabdichtung bestätigte.

15 Derzeit bestehen noch offene Zahlungsansprüche i. H. v. 221.300,81 €, hinsichtlich derer die Verfügungskläger die Leistung einer Sicherheit Zug um Zug gegen Besitzübergabe anboten. Dieser Vorschlag wurde von der Gegenseite verworfen mit Verweis darauf, dass nur Zug um Zug gegen Zahlung der ausstehenden Forderung eine Besitzübertragung möglich sei.

16 Die Verfügungskläger stellten sich auf den Standpunkt, dass das von ihnen eingeholte Privatgutachten des Sachverständigen (...) zahlreiche Mängel attestiere, die sich nahezu an allen Bauwerksteilen des Objektes befänden. Aufgrund dieser zum Teil auch gravierenden Mängel, insbesondere im Hinblick auf die Abdichtungsproblematik, die sog. weiße Wanne, würden sich Nachbesserungskosten i. H. v. 51.045,05 € ergeben. Basierend auf dieser Kostenschätzung des Sachverständigen (...) vom 5.5.2019 hätten die Verfügungskläger ein Recht zum Einbehalt von mindestens 102.090,10 €.

17 Außerdem sei die mit der Schlussrechnung vom 25.3.2019 verlangte Bezahlung der Rate für die „Fertigstellung Zug um Zug gegen Besitzübergabe“ bereits wegen Verstoßes gegen § 3 Abs. 2 MaBV unwirksam.

18 Der Verfügungsgrund bestünde darin, dass die Verfügungskläger auf die Besitzübergabe angewiesen seien, andernfalls sie sonst mit Ablauf des 31.5.2019 wohnungslos sind. Denn die Verfügungskläger hatten ihre derzeitige Mietwohnung mit Schreiben vom 17.1.2019 zum 30.4.2019 gekündigt.

19 Die Verfügungskläger beantragen daher:

Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das von den Antragstellern mit Bauträger-Kaufvertrag vom 2.1.2018 des Notars (...) erworbene Reihenmittelhaus (...)

zu übergeben

und zwar Zug um Zug gegen Leistung einer Sicherheit i. H. v. 221.300,81 €.

Die Übergabe schließt es ein, dass die Antragsgegnerin den Antragstellern sämtliche Schlüssel zum eben genannten Reihenmittelhaus übergibt und den Besitz an ihm verschafft.

20 Die Verfügungsbeklagte beantragt,

den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung abzuweisen.

21 Die Verfügungsbeklagte ist der Rechtsauffassung, dass die Verfügungskläger mit ihrer Abnahmeerklärung bestätigt hätten, dass das Objekt als im Wesentlichen vertragsgerecht vollständig fertiggestellt worden sei.

22 Unabhängig hiervon, sei die Besitzverschaffung in Annäherung an die vertragliche Vereinbarung lediglich Zug um Zug gegen Bezahlung von 11,9 % des Kaufpreises geschuldet, vgl. Ziffer VI. 4. des Bauträgervertrages. Die Besitzverschaffung durch den Bauträger sei sowohl nach den Vorgaben der MaBV als auch dem vorliegenden Vertrag stets nur Zug um Zug gegen Bezahlung des zu diesem Zeitpunkt fälligen Zahlungsstandes geschuldet. Höchst hilfsweise bestreitet die Verfügungsbeklagte die Richtigkeit der aufgestellten Mängelbehauptungen insbesondere im Hinblick auf die Abdichtung. Denn selbst die Stellungnahme des Sachverständigen (...) vom 9.5.2019 weise stellenweise darauf hin, dass die technischen Ausführungen hoch umstritten bzw. auf der Sachverhaltsebene nicht am streitgegenständlichen Anwesen ermittelt wurden.

23 Die Verfügungsbeklagte ihrerseits gehe aufgrund der Angaben des Sachverständigen (...) zutreffender Weise von einer vollständigen Fertigstellung und im Wesentlichen Mangelfreiheit des Objektes aus mit der Folge, dass ein Besitzverschaffungsanspruch nur Zug um Zug gegen Erfüllung des noch offenen Zahlungsanspruches von 221.300,81 € bestünde.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

26 A) Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung ist bereits unzulässig, da er auf eine unzulässigen Vorwegnahme der Hauptsache hinausläuft (vgl. Zöller, ZPO, 32. Aufl., § 938 Rdnr. 3 m. w. N.). Denn mit der beantragten Besitzübergabe streben die Verfügungskläger einen Zustand an, welcher der endgültigen Besitzverschaffung gleichkommt. Dies ist bei streitigem Sachverhalt nicht durch eine einstweilige Verfügung möglich (ebenso ihr-Onlinekommentar Bauvertragsrecht/*Pause/Vogel*, § 650u BGB D IV 4, Rdnr. 125).

27 Auch nach anderer Auffassung ist dies zumindest nur bei einer hier nicht gegebenen eindeutigen Klärung der strittigen rechtlichen und vor allem tatsächlichen Fragen möglich (vgl. hierzu KG, Urteil vom 4.10.2017, 21 U 79/17).

28 Letztendlich scheidet eine endgültige Klärung dieser strittigen Fragen aus nachfolgend noch dazulegenden Gründen aufgrund der im einstweiligen Rechtsschutz beschränkten Erkenntnismöglichkeiten, mit der Folge, dass die Herbeiführung eines endgültigen Zustandes auch Wege einer Leistungsverfügung i. S. v. § 940 ZPO nicht statthaft ist.

29 I. Den Verfügungsklägern steht gegen die Verfügungsbeklagte kein Anspruch auf Besitzverschaffung aus dem zugrunde liegenden Bauträgervertrag zu.

30 1. Nach Ziffer VII. 2. und VI. 4. des Bauträgervertrages schuldet die Verfügungsbeklagte die Besitzverschaffung nach vollständiger Fertigstellung des Objektes Zug um Zug gegen den zu diesem Zeitpunkt fälligen Zahlungsstand.

31 2. Es kann offenbleiben, inwiefern der vertraglich vereinbarte Zahlungsplan, wonach 11,9 % nach vollständiger Fertigstellung Zug um Zug gegen Besitzübergabe gemäß Ziffer VI. 4. fällig sind, wirksam ist.

32 Denn durch am 28.5.2019 erklärten Rücktritt der Verfügungsbeklagten ist der Anspruch auf eine Besitzverschaffung aufgrund Bauträgervertrages zumindest nicht nachweislich mehr gegeben.

33 a) Ob die Rücktrittserklärung im Hinblick auf das Vorhandensein eines Rücktrittsgrundes gemäß § 323 Abs. 1 BGB wirksam ist, kann im Ergebnis hier nicht geklärt werden.

34 b) Die Verfügungsbeklagte stützt ihren Rücktritt auf die erfolglos abgelaufene Zahlungsfrist bis zum 22.5.2019 im Hinblick auf den noch ausstehenden Restbetrag aus dem Vertrag. Dieser Betrag wurde unstreitig nicht gezahlt. Die Verfügungskläger wären insoweit nach der Darstellung der Beklagten in Verzug geraten mit der unstreitig noch offenstehenden Schlusszahlung von 221.300,81 €.

35 c) Die Verfügungskläger halten gegen den Rücktrittsgrund des Zahlungsverzuges zwar ein Leistungsverweigerungsrecht nach 320 BGB entgegen, welches sie auf behauptete Mängel stützen.

36 Insofern ist jedoch zu berücksichtigen, dass im einstweiligen Rechtsschutz nur eine Glaubhaftmachung nach § 294 ZPO und keine Beweisaufnahme durch gerichtliche Sachverständige zulässig ist. Aufgrund der sich widerstreitenden Privatgutachten beider Parteien ist es den für ihr Leistungsverweigerungsrecht beweiselasteten Verfügungsklägern nicht gelungen, die von ihnen behaupteten Mängel glaubhaft zu machen. Denn in diesem Punkt stehen sich die von den Parteien eingeholten Privatgutachten diametral gegenüber, ohne dass Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass die Ausführungen des Privatgutachters der Verfügungskläger richtiger wären als diejenigen der beiden Privatgutachter der Gegenseite (§ 286 ZPO).

37 II. Selbst wenn man aber zugunsten der Verfügungskläger von einem Fortbestehen des Vertrages wegen einer Unwirksamkeit der ausgesprochenen Kündigung ausginge, so wäre eine Besitzverschaffung nur nach den vertraglichen Regelungen gemäß Ziffer VII. 2. und VI. 4. denkbar. In dem Fall wäre jedoch zu prüfen, ob die unter Ziffer VI. 4. enthaltene Abweichung zu den Regelungen der MaBV wirksam vereinbart worden ist. Dies wird von den Verfügungsklägern bestritten. Jedoch muss auch diese Frage letztendlich im vorliegenden Verfahren nicht geklärt werden, da im Falle der Unwirksamkeit der Klausel eine Besitzübergabe in Übereinstimmung mit den BGB-Regelungen stattzufinden hätte ist.

38 Gemäß § 650u Abs. 1 Satz 3, § 433 Abs. 1 Satz 1, § 631 Abs. 1, § 641 BGB wäre die Besitzverschaffung geknüpft an die vollständige Fertigstellung des Objektes, die aber von den Verfügungsklägern selbst bestritten und im Übrigen auch von den Verfügungsbeklagten nicht hinreichend glaubhaft gemacht

worden ist. Aufgrund der insofern widerstreitenden Privatgutachten gilt das Vorstehende entsprechend. Auch hier kann im einstweiligen Rechtsschutz letztendlich nicht eindeutig geklärt werden, ob die Mangelbehauptungen der Verfügungskläger richtig und falsch sind.

39 III. Auch besteht kein Verfügungsgrund im Sinne von § 940 ZPO.

40 Zwar ist die geltend gemachte Eilbedürftigkeit verbunden mit der Sorge um die Wohnsituation der Familie wegen des bereits gekündigten Mietvertrages der Verfügungskläger nachvollziehbar und auch überaus verständlich. Jedoch muss hier berücksichtigt werden, dass die Verfügungskläger ihre derzeitige Mietwohnung mit Schreiben vom 11.1.2019 zum 30.4.2019 gekündigt haben.

41 Die Kündigung der Mietwohnung erfolgte zu einem Zeitpunkt, als sich die Verfügungsbeklagte bereits mit der vereinbarten Fertigstellung bis zum 31.12.2018 in Verzug befunden hatte. Der Fertigstellungstermin wurde von der Verfügungsbeklagten einseitig mit Schreiben vom 26.9.2018 auf den 31.3.2019 verschoben.

42 In Anbetracht der bei Ausspruch der Kündigung der Mietwohnung bereits erkennbaren Bauzeitverzögerungen sowie der sich aus dem Sachvortrag der Verfügungskläger abzeichnenden Mängel am Objekt hätte den Verfügungsklägern bewusst sein müssen, dass es erneut zu einer Terminverschiebung im Hinblick auf den angedachten, und nicht explizit garantierten Übergabetermin kommen kann.

43 Ebenfalls hätte klar sein müssen, dass die am 17.1.2019 im Hinblick auf den angedachten Fertigstellungstermin ausgesprochene Kündigung durchaus zur Folge haben kann, dass eine kritische Wohnsituation entsteht.

44 Dieser aus dem Risikobereich der Kläger stammende Umstand der Kündigung der bisherigen Mietwohnung ist vor diesem Hintergrund hier nicht der Bauträgerin anzulasten, da es den Verfügungsklägern oblag, sich hier für den Fall einer sich abzeichnenden nicht rechtzeitigen Bezugsfertigkeit abzusichern.

45 IV. Bei dieser Sachlage hatte die vom Klägervertreter in der mündlichen Verhandlung beantragte Einvernahme des Zeugen (...) zu den benannten Beweisthemen zu unterbleiben, da sie hier nicht entscheidungsrelevant sind.

(...)

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

6. Löschung einer Grundschuld bei Gesamtberechtigung

OLG München, Beschluss vom 2.10.2019, 34 Wx 316/19, mitgeteilt von **Edith Paintner**, Richterin am OLG München

BGB §§ 428, 875 Abs. 1, § 891

GBO § 18 Abs. 1 Satz 1, § 19

LEITSATZ:

Im Falle der Gesamtberechtigung an einer Grundschuld ist jeder Gläubiger nur zusammen mit den anderen Verfügungsbefugte nach § 875 Abs. 1 BGB und damit auch bewilligungsbefugte nach § 19 GBO.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2020, 205

7. Zustimmung des Vorerben zu einer Verfügung sich selbst gegenüber

OLG München, Beschluss vom 14.6.2019, 34 Wx 237/18, siehe hierzu Anmerkung **Suttmann**, MittBayNot 2020, 250 (in diesem Heft)

BGB §§ 2112, 2113

GBO § 22

LEITSATZ:

Der Vorerbe kann die Zustimmung zu einer Verfügung sich selbst gegenüber nicht unter Berufung auf eine vom Erblasser erteilte Generalvollmacht namens des Nacherben erklären, wenn nicht der Nacherbe ihm gegenüber zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind in Erbengemeinschaft als Eigentümer von Grundbesitz eingetragen.

2 In Abteilung II lfd. Nr. 5 ist unter Bezugnahme auf den Erbschein vom 10.5.2017 folgender Nacherbenvermerk eingetragen:

3 Nacherbfolge ist angeordnet. Nacherben des (...) sind die Enkelkinder des Erblassers: M (...) und O (...). Frau (...) (Beteiligte zu 2) hat keine Kinder. Der Nacherbfolge tritt ein beim Tode des jeweiligen Vorerben (§ 2106 I BGB). Die Vorerben sind von den Beschränkungen und Verpflichtungen nach § 2136 BGB nicht befreit. Gemäß Erbschein des (...) vom 10.5.2017 (...).

Der Erbschein vom 10.5.2017 lautet hinsichtlich der Nacherbfolge:

„Nacherbfolge ist angeordnet. Der Nacherbfall tritt ein beim Tode des jeweiligen Vorerben (§ 2106 Abs. 1 BGB). Die Vorerben sind von den Beschränkungen und Verpflichtungen nach § 2136 BGB nicht befreit.

Nacherben sind die Enkelkinder der Erblasser: Das sind derzeit die Kinder von Herrn (...) (Beteiligter zu 1):

– M (...)

– O (...)

Frau (...) (Beteiligte zu 2) hat keine Kinder.“

4 Der Erblasser hatte am 16.8.2006 eine General- und Betreuungsvollmacht errichtet, in der er seiner Ehefrau sowie seinen Kindern, den Beteiligten zu 1 und 2, Vollmacht erteilte, ihn in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten in jeder Weise und in jedem Umfang gegenüber jedermann zu vertreten. Die Kinder sollten gemeinsam vertretungsberechtigt, jedoch nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein. Die Vollmacht berechtigte ausdrücklich auch zur Veräußerung und Belastung von Grundbesitz und sollte über den Tod hinaus gültig sein, bis sie von seinen Erben widerrufen wird.

5 Mit Kaufvertrag vom 11.8.2017 veräußerten die Beteiligten zu 1 und 2 handelnd für sich selbst im eigenen Namen das Grundstück an die Beteiligten zu 3 und 4. Sie ließen das Grundstück auf und erteilten dem Notar einseitig unwiderruflich Vollmacht, die Eintragung der Erwerber als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen und diese Bewilligung entgegenzunehmen. Zur Vertragsurkunde erklärten die Nacherben O und M, letzterer vertreten durch die Beteiligten zu 1 und 2, die Löschung des noch zur Eintragung gelangenden Nacherbenvermerks Zug um Zug mit der Eigentumsumschreibung zu bewilligen und zu beantragen. Der Enkel des Erblassers O und die Beteiligten zu 1 und 2 aufgrund behaupteter Vollmacht für den Enkel des Erblassers M stimmten dem Verkauf zu. Der Urkunde liegt die notariell beglaubigte Vollmachtsbestätigung des M bei.

6 Am 20.3.2018 beantragte der Notar unter Vorlage einer Bewilligung, die er unter Bezugnahme auf im Kaufvertrag gegebener Vollmacht abgegeben hat, sowie einer von den Beteiligten zu 1 und 2 namens des Erblassers aufgrund der Generalvollmacht erteilten Genehmigung der Urkunde den Vollzug der Auflassung und der weiteren in der Urkunde enthaltenen Eintragungsanträge, insbesondere die Löschung des Nacherbenvermerks.

7 Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 6.4.2018 hat das Grundbuchamt darauf hingewiesen, dass neben der Bewilligung der bekannten Nacherben auch die durch das Betreuungsgericht genehmigte Bewilligung eines Pflegers für noch unbekannte Nacherben nach § 1913 BGB erforderlich sei. Die Löschung des Nacherbenvermerks könne allein aufgrund hierauf gerichteter Bewilligung der Nacherben erfolgen.

8 Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 7.5.2018. Da die Beteiligten zu 1 und 2 in Vollmacht des Erblassers tätig geworden seien, habe der Erblasser die Löschung des Nacherbenvermerks bewilligt. Die Bevollmächtigten blieben nämlich weiterhin zur Vornahme der Rechtsgeschäfte befugt. Die transmortale Vollmacht berechtige auch dazu, über Nach-

lassgrundstücke zu verfügen, ohne dass die Zustimmung der Erben vorzulegen sei. Die Vollmacht berechtige zur Vertretung der Nacherben, auch soweit sie nicht bekannt seien. Zudem unterliege der Bevollmächtigte auch keinerlei Genehmigungspflichten.

9 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

10 Auf Hinweis des Senats legte der Notar am 14.8.2018 eine Genehmigung der Urkunde vom 11.8.2017 der Beteiligten zu 1 und 2, handelnd aufgrund der Generalvollmacht für die derzeit noch unbekannt Nacherben, vor.

11 II. Die nach § 11 Abs. 1 RPfIG, § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO) Beschwerde gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung hat in der Sache keinen Erfolg.

12 1. Die Löschung eines die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben nach § 2113 BGB zum Ausdruck bringenden Nacherbenvermerks vor Eintritt des Nacherbfalls (§ 2139 BGB) setzt entweder die Bewilligung aller Nacherben und etwaiger Ersatznacherben gemäß § 19 GBO oder den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit gemäß § 22 Abs. 1, § 29 Abs. 1 GBO voraus (BayObLG, NJW-RR 2000, 1391, 1392; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 51 Rdnr. 37; *KEHE/Munzig*, GBO, 8. Aufl., § 51 Rdnr. 41). Nachträglich unrichtig wird das Grundbuch (u. a.), wenn das zum Nachlass gehörende Grundstück durch wirksame Verfügung des Vorerben aus dem Nachlass ausscheidet, weil der Vorerbe mit Zustimmung aller Nacherben über das Grundstück verfügt hat (BayObLG, NJW-RR 2005, 956; *Demharter*, GBO, § 51 Rdnr. 42.1).

13 2. Eine Löschung aufgrund Bewilligung kommt vorliegend nicht in Betracht, weil Bewilligungen eines für die noch unbekannt Nacherben nach § 1913 BGB bestellten Pflegers fehlen (vgl. OLG Hamm, FGPrax 2015, 13, 14; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3512). In dieser Situation könnte lediglich der von den Enkeln O und M erklärte Verzicht auf die Eintragung ihres Nacherbenrechts beim Nacherbenvermerk aufgrund Bewilligung vermerkt werden (*KEHE/Munzig*, GBO, § 51 Rdnr. 43).

14 3. Auch ist der Nacherbenvermerk nicht wegen nachgewiesener Grundbuchunrichtigkeit nach § 22 Abs. 1 GBO zu löschen. Der Berichtigung steht das mit der Zwischenverfügung beanstandete Hindernis entgegen.

15 a) An den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit, der den Antragstellern obliegt, sind strenge Anforderungen zu stellen. Ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Vielmehr sind alle Möglichkeiten auszuräumen, die der Richtigkeit der begehrten Eintragung (hier durch Löschung, § 46 Abs. 1 GBO) entgegenstehen würden. Lediglich ganz entfernt liegende Möglichkeiten brauchen nicht widerlegt zu werden (*Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 37; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 369).

16 b) Das Grundbuch gibt allerdings mit dem Vollzug der notariellen Überlassungsurkunde in Bezug auf den Nacherbenvermerk die materielle Rechtslage nicht unrichtig wieder (§ 894 BGB). Das Grundstück scheidet auch nach einer Eigentumsübertragung weder aufgrund der Zustimmung der Nacherben O und M noch der Genehmigung des Verkaufs durch die Be-

teiligten zu 1 und 2 unter Berufung auf die Generalvollmacht des Erblassers aus der Nacherbenbindung aus §§ 2112, 2113 Abs. 1 BGB.

17 aa) Zur vollen Wirksamkeit der Übertragung muss die Zustimmung aller möglicher Nacherben vorliegen. Sind nicht alle möglichen Nacherben bekannt, so ist zusätzlich die Zustimmung eines für noch unbekannte Nacherben gemäß § 1913 Satz 2 BGB zu bestellenden Ergänzungspflegers sowie die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts gemäß § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB, deren Vorlage grundsätzlich mit der rangwahrenden Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) aufgegeben werden kann, erforderlich.

18 Hier kommen neben den im Grundbuch namentlich Bezeichneten O und M weitere Nacherben in Betracht. Die im Grundbuch vermerkte Aufzählung von O und M als Nacherben ist ausweislich des in Bezug genommenen Erbscheins, der die beiden Enkel als „derzeitige“ Nacherben bezeichnet, nicht abschließend. Dies bestätigt sich auch aus dem maßgeblichen Testament, das das Grundbuchamt und in der Beschwerdeinstanz das Beschwerdegericht zur Feststellung der Nacherben in eigener Zuständigkeit auszulegen hat.

19 Da die Nacherbeinsetzung nicht auf leibliche Abkömmlinge der Kinder beschränkt ist und da zudem bei männlichen Abkömmlingen von einer Zeugungsfähigkeit bis ins hohe Alter auszugehen ist, ist nicht ausgeschlossen, dass es beim Nacherbfall weitere mögliche Nacherben gibt (Senat vom 26.2.2019, 34 Wx 168/18, juris).

20 bb) Auch die Genehmigung der Urkunde vom 11.8.2017 durch die Beteiligten zu 1 und 2 für die unbekanntes Nacherben aufgrund der General- und Betreuungsvollmacht führt nicht dazu, dass das Grundstück mit dem Vollzug der Eigentumsübertragung aus der Nacherbenbindung ausscheiden würde.

21 Der Senat kann es dahinstehen lassen, ob eine transmortale Vollmacht zugunsten von Vorerben mit dem Erbfall bzw. dem Erbschein zugunsten der Vorerben durch Konfusion oder Konsolidation erlischt (vgl. *AnwaltKommentar-BGB/Gierl*, 5. Aufl., § 2112 Rdnr. 20; *Sörgel/Harder/Wegmann*, BGB, 13. Aufl., § 2112 Rdnr. 10; *Staudinger/Avenarius*, Neub. 2013, § 2112 Rdnr. 33; *KEHE/Munzig*, GBO, § 51 Rdnr. 12; verneinend *Reimann* ZEV 2016, 661; *Palandt/Weidlich*, 78. Aufl., Vor § 2197 Rdnr. 12). Der Senat hat dies bisher nur in einem Fall verneint, in dem der Alleinerbe durch die Testamentsvollstreckung beschränkt war, da dann die transmortale Vollmacht so verstanden werden kann, dass der Bevollmächtigte unabhängig von den aus der Testamentsvollstreckung folgenden Beschränkungen über den Nachlass verfügen können soll (Senat vom 26.7.2012, 34 Wx 248/12, *MittBayNot* 2013, 230).

22 Selbst wenn man davon ausgehen sollte, dass die transmortale Vollmacht zugunsten der beiden Vorerben nicht durch Konfusion erlischt, wenn ein Erbschein sie als Vorerben ausweist, ermöglicht die transmortale Vollmacht hier ein Handeln nicht auch namens der Nacherben.

23 Zwar wird vertreten, dass der vom Erblasser Bevollmächtigte für sämtliche Erben, somit auch für Nacherben handeln

könne (KG, KGJ 36, 166; *Weidlich*, ZEV 2016, 57, 64; *Keim*, DNotZ 2008, 175, 179; *Amann*, *MittBayNot* 2013, 367). Der Bevollmächtigte leite seine Befugnisse nämlich vom Erblasser ab, die daher in dem Umfang bestünden, in dem der Erblasser selbst hätte handeln können. Die Rechte der Nacherben würden damit nicht ausgehöhlt, der Nacherbenschutz verlagere sich insofern auf das Innenverhältnis (*Weidlich*, ZEV 2016, 57, 64). Zudem könne der Erblasser dem Nacherben mittels eines Nacherbenvollstreckers gemäß § 2222 BGB während der Vorerbschaft seine Befugnisse völlig entziehen (*Keim*, DNotZ 2008, 175, 179). Allerdings ist die gleichzeitige Vertretung von Vor- und Nacherben unzulässig, wenn es sich um die Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen dem Vor- und dem Nacherben handelt. So könne der Bevollmächtigte die Zustimmung zu einer Verfügung namens des Nacherben nicht selbst gegenüber als Vertreter des Vorerben erklären, wenn nicht der Nacherbe dem Vorerben gegenüber zur Erteilung der Zustimmung verpflichtet ist (KG, KGJ 36, 166/170).

24 So liegt der Fall jedoch hier. Denn die Beteiligten zu 1 und 2 erklären die Zustimmung/Genehmigung namens der (noch unbekanntes) Nacherben zur Verfügung sich selbst gegenüber. Für die Entscheidung kommt es deshalb nicht mehr darauf an, dass eine andere Ansicht die transmortale Vollmacht bis zum Nacherbfall ohnehin als beschränkt auf die Vertretung der Vorerben ansieht (*MünchKomm-BGB/Grunsky*, 7. Aufl., § 2112 Rdnr. 10; *Staudinger/Avenarius*, § 2112 Rdnr. 33; *Soergel/Harder/Wegmann*, BGB, § 2112 Rdnr. 10; *AnwaltKommentar-BGB/Gierl*, § 2112 Rdnr. 20; *KEHE/Munzig*, GBO, § 51 Rdnr. 12), weil es unbillig erscheine, dass der Nacherbe, der zwischen dem Erb- und dem Nacherbfall an dem Rechtsverhältnis, auf dem die Vollmacht beruht, nicht beteiligt ist, die Vollmacht daher nicht widerrufen könne, selbst wenn er gute Gründe gegen eine beabsichtigte Eigentumsübertragung vorbringen könnte.

(...)

8. Wirksame Vertretung des Nacherben durch den trans- oder postmortal bevollmächtigten Vorerben

OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.5.2019, 8 W 160/19

BGB §§ 2112, 2113, 2136, 2222

GBO §§ 29, 51

LEITSATZ:

Der von dem Erblasser trans- oder postmortal bevollmächtigte Vorerbe kann auch den Nacherben wirksam vertreten, ohne den Verfügungsbeschränkungen der §§ 2112, 2113 BGB unterworfen zu sein.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die (...) 2017 verstorbene, im Grundbuch als Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes eingetragene (...) hatte ihren Kindern, den Beteiligten, am 14.6.2005, je ein-

zeln – eine notariell beurkundete General- und Vorsorgevollmacht erteilt, welche ausdrücklich über den Tod hinaus fortwirken sollte.

2 Nach dem vorgelegten Erbschein des AG Aalen – Nachlassgericht – vom 19.6.2018 sind die Beteiligten nicht befreite Vorerben ihrer Mutter zu je 1/4, Nacherben sind nach dem Ableben eines Vorerben die leiblichen Kinder des jeweiligen Vorerben; sämtliche Nachlassgegenstände mit Ausnahme des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes stehen den Vorerben als Vorausvermächtnis zu.

3 Am 8.2.2019 hat die Beteiligte zu 4 vor Notar (...) auch im Namen der übrigen Beteiligten Grundbuchberichtigung dahin gehend beantragt, dass die Beteiligten als Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes eingetragen werden. Gleichzeitig hat sie namens der Nacherben den Grundbesitz aus der Nacherbschaft frei gegeben und die Löschung des Nacherbenvermerks im Wege der Grundbuchberichtigung bewilligt und beantragt. Der Notar hat den Antrag mit Schreiben vom 14.2.2019 bei dem Grundbuchamt eingereicht.

4 Mit Beschluss vom 2.4.2019 hat das Grundbuchamt im Wege der Zwischenverfügung beanstandet, dass dem Vollzug des Antrags vom 8.2.2019 Eintragungshindernisse entgegenstehen. Da die transmortale erteilte Vollmacht bis zum Eintritt des Nacherbfalls nur zur Vertretung der Vorerben und nicht zur Vertretung der Nacherben berechtigt, bedürfe es der Freigabe durch die Nacherben in der Form des § 29 GBO. Für die noch unbekanntem Nacherben sei ein Pfleger zu bestellen, die Freigabe auch von diesem zu erklären und von dem Nachlassgericht zu genehmigen. Bezüglich der bekannten Nacherben sei die Stellung als leibliches Kind durch Vorlage einer Geburtsurkunde nachzuweisen, außerdem sei eine eidesstattliche Versicherung des jeweiligen Vorerben vorzulegen, aus welcher sich ergebe, dass derzeit keine weiteren leiblichen Kinder bekannt seien. Zur Erledigung hat das Grundbuchamt Frist gesetzt bis zum 6.5.2019.

5 Gegen diese Entscheidung hat der vertretungsbefugte Notar mit Schriftsatz vom 6.5.2019 Beschwerde eingelegt, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 15.5.2019 nicht abgeholfen hat.

6 II. Die nach §§ 71 ff. GBO zulässige Beschwerde der Beteiligten hat auch in der Sache Erfolg.

7 Die von dem Grundbuchamt in der angegriffenen Entscheidung aufgezeigten Eintragungshindernisse liegen nicht vor. Aufgrund der von der Beteiligten zu 4 in Vollmacht auch für die Nacherben erklärten Freigabe des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes aus der Nacherbschaft und Bewilligung der Löschung des Nacherbenvermerks sind die Voraussetzungen für die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Beteiligten als Eigentümer ohne Nacherbenvermerk gegeben.

8 In Rechtsprechung und Literatur ist umstritten, ob eine über den Tod hinauswirkende Vollmacht des Erblassers nach dessen Ableben bis zum Eintritt des Nacherbfalls den Bevollmächtigten auch zur Vertretung des Nacherben legitimiert.

9 Hierzu wird einerseits die Auffassung vertreten, eine vom Erblasser dem Vorerben oder einem Dritten erteilte Vollmacht

berechtigt bis zum Nacherbfall nur zur Vertretung des Vorerben, sodass auch ein Bevollmächtigter dessen Verfügungsbeschränkungen unterliege (MünchKomm-BGB/*Grunsky*, 7. Aufl. 2017, § 2112 Rdnr. 10; Schulze/*Hoeren*, BGB, 10. Aufl. 2019, § 2112 Rdnr. 12; Kroiß/*Ann/Mayer/Gierl*, BGB Erbrecht, 5. Aufl. 2018, § 2112 Rdnr. 20; Erman/*Schmidt*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 2112 Rdnr. 5; jurisPK-BGB/*Hamdan*, 8. Aufl. 2017, § 2112 Rdnr. 17; Staudinger/*Avenarius*, Neub. 2013, § 2112 Rdnr. 33 f.; § 2100 Rdnr. 47; Palandt/*Edenhofer*, 67. Aufl., § 2112 Rdnr. 7; *Böttcher*, NotBZ 2011, 269, 276). Das Rechtsverhältnis, auf dem die Fortdauer der Vollmacht gemäß § 168 BGB beruhe, bestehe nach Ableben des Vollmachtgebers nur zwischen dem Vollmachtnehmer und dem Vorerben, der Nacherbe sei vor Eintritt des Nacherbfalls an diesem Rechtsverhältnis nicht beteiligt. Ein Widerruf der Vollmacht durch den Nacherben sei daher nicht möglich (MünchKomm-BGB/*Grunsky*, § 2112 Rdnr. 10). Überdies könne es zu einem Widerruf häufig allein aus tatsächlichen Gründen nicht kommen, weil der Nacherbe von der Vollmacht nichts erfahre oder noch nicht lebe und kein Pfleger bestellt wurde (Staudinger/*Avenarius*, § 2112 Rdnr. 33 f.; § 2100 Rdnr. 47). Eine Vertretung des Nacherben würde dessen Schutzrechte gegenüber dem Vorerben aushöhlen, weil dadurch die aus § 2136 BGB folgende Grenze der Befreiungskompetenz des Erblassers überschritten wäre. Der Bevollmächtigte könnte ansonsten über den Kopf des Nacherben ohne dessen Eingriffsmöglichkeit auch unentgeltliche Verfügungen vornehmen.

10 Teilweise wird vertreten, dass die dem Vorerben erteilte Vollmacht mit dem Ableben des Erblassers durch Konsolidation erlösche, niemand könne sich selbst vertreten (BeckOGK-BGB/*Müller-Christmann*, Stand: 1.3.2019, § 2112 Rdnr. 67; jurisPK-BGB/*Hamdan*, § 2112 Rdnr. 17; Staudinger/*Avenarius*, § 2112 Rdnr. 33; Kroiß/*Ann/Mayer/Gierl*, BGB Erbrecht, § 2112 Rdnr. 20; KEHE/*Munzig*, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 51 GBO Rdnr. 12; *Keim*, DNotZ 2008, 175, 181 zu II. 1.; Meikel/*Böhringer*, GBO, 11. Aufl., § 51 Rdnr. 64).

11 Der Senat schließt sich indes der Gegenauffassung an, wonach der von dem Erblasser trans- oder postmortal Bevollmächtigte auch den Nacherben wirksam vertreten kann und in seiner vom Erblasser abgeleiteten Verfügungsmacht nur den Beschränkungen unterliegt, die ihm vom Erblasser selbst direkt auferlegt wurden (so auch KG, Beschluss vom 30.3.1908, OLGE 18, 338; OLG Stuttgart/Senat, Beschluss vom 30.1.1973, 8 W 211/72 [obiter dictum]; Palandt/*Weidlich*, 78. Aufl., § 2112 Rdnr. 4; *Weidlich*, ZEV 2016, 57, 64; MünchKomm-BGB/*Schubert*, 7. Aufl. 2015, § 168 Rdnr. 52; Staudinger/*Schilken*, Neub. 2014, § 168 Rdnr. 33; Schöner/*Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 3488). Seine Rechtsmacht, die Erben zu binden, entspricht der Rechtsmacht des prämortale Bevollmächtigten. Durch nach dem Tod des Vollmachtgebers seitens des Bevollmächtigten vorgenommene Rechtsgeschäfte werden sämtliche Erben einschließlich etwaiger Nacherben berechtigt und verpflichtet (*Amann*, MittBayNot 2013, 367). An die für den Vorerben geltenden Verfügungsbeschränkungen der §§ 2113, 2114 BGB ist der Bevollmächtigte auch dann nicht gebunden, wenn er gleichzeitig Vorerbe ist (Palandt/*Weidlich*, § 2112 Rdnr. 4; differenziert: *Keim*, DNotZ 2008, 175, 181 zu III. 1. und Meikel/*Böhringer*, GBO, § 51 Rdnr. 64, wonach die Verfügungsbe-

schränkungen für den bevollmächtigten Vorerben, nicht aber für einen bevollmächtigten Dritten gelten).

12 Zwar tritt in das der Vollmacht zugrunde liegende Rechtsverhältnis nur der Vorerbe und nicht auch der Nacherbe ein. Der Nacherbe kann jedoch als Erbanwärter kraft seines künftigen Erbrechts über Nachlassgegenstände, für welche der Vorerbe allein den Beschränkungen der §§ 2113, 2114 BGB unterliegt, in Gemeinschaft mit dem Vorerben wirksam verfügen. Insoweit er Verfügungen des Vorerben durch seine Zustimmung wirksam werden lassen kann, ist auch seine Vertretung durch einen Bevollmächtigten zulässig. Die von dem Erblasser für sich und seine Erben erteilte Vollmacht berechtigt den Bevollmächtigten mithin auch, vor Eintritt der Nacherbfolge insoweit im Namen des Nacherben zu handeln, als der Nacherbe selbst vor Eintritt der Nacherbfolge in seiner Eigenschaft als Nacherbe handeln kann. Der Bevollmächtigte kann somit gleichzeitig im Namen des Vorerben und des Nacherben handeln. Erweist sich die Verfügung des Bevollmächtigten für den Nacherben als nachteilig, so kann daraus möglicherweise ein Anspruch des Nacherben gegen den Bevollmächtigten erwachsen, ohne dass deswegen die Gültigkeit der Verfügung des Bevollmächtigten in Frage gestellt wird (KG, a. a. O.). Sind Vollmachtnehmer und Vorerbe identisch, mag mit dem Tod des Erblassers die Vollmacht, für den Vorerben zu handeln, durch Konsolidation erloschen sein, die Vertretungsmacht, für den Nacherben zu handeln, bleibt jedoch bestehen.

13 Dass der Nacherbe noch nicht in das der Vollmacht zugrundeliegende Rechtsverhältnis für den Erblasser eingetreten ist, hindert die Wirksamkeit der Vollmacht, auch für den Nacherben zu handeln, nicht, weil das Abstraktionsprinzip eine wirksame Vollmacht auch ohne Grundverhältnis ermöglicht (Keim, DNotZ 2008, 179). Der Nacherbe kann eine solche isolierte Vollmacht auch frei widerrufen. Der Einwand, das Widerspruchsrecht des Nacherben sei aus tatsächlichen Gründen kaum zu realisieren, mag zutreffen, spricht aber nicht gegen die vom Erblasser abgeleitete und von den Erben hinzunehmende Befugnis des Bevollmächtigten, auch den Nacherben zu vertreten. Der Erblasser könnte dem Nacherben ebenso mittels eines Nacherbenvollstreckers gemäß § 2222 BGB während der Vorerbschaft seine Befugnisse völlig entziehen, ohne dass der Nacherbe die Möglichkeit hätte, sich dem zu widersetzen (Keim, DNotZ 2008, 179).

14 Hielte man eine Stellvertretung für den Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls prinzipiell für unzulässig, könnte eine Vertretungsmacht auch nicht über den Rechtsschein des § 172 BGB fingiert werden (Keim, DNotZ 2008, 180). Das Grundbuchamt wäre in allen Fällen, in denen ein trans- oder postmortal Bevollmächtigter Verfügungen für den Nachlass vornimmt, gezwungen, sich in der Form des § 29 GBO nachweisen zu lassen, dass der Erblasser keine Nacherben eingesetzt hat oder dass die eingesetzten Nacherben der Verfügung zugestimmt haben. Die trans- oder postmortale Vollmacht wäre damit für den Grundbuchverkehr erheblich entwertet.

15 Da die Freigabe des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes aus der Nacherbschaft und die Bewilligung der Löschung des Nacherbenvermerks durch die Beteiligten zu 4 den Nacherben gegenüber wirksam ist, ist das Grundbuch dahin zu berichtigen, dass die Beteiligten entsprechend ihrem An-

trag ohne Nacherbenvermerk als Eigentümer in das Grundbuch einzutragen sind (Demharter, GBO, 31. Aufl., § 51 Rdnr. 15; Haegeler, Rpfleger 1971, 121, 129), soweit keine anderen Eintragungshindernisse entgegenstehen.

16 Im Hinblick auf den Erfolg der Beschwerde ist weder eine Entscheidung bezüglich der Gerichtskosten und der Wertfestsetzung noch zur Zulassung einer Rechtsbeschwerde veranlasst.

ANMERKUNG:¹

Von Notar Dr. **Christoph Suttman**, Wertingen

1. Vorbemerkung

Zwei ähnlich gelagerte Sachverhalte, die die gleichen rechtlichen Fragen aufwerfen, führen nahezu zeitgleich zu zwei gegensätzlichen obergerichtlichen Entscheidungen. Dieser Schluss drängt sich auf den ersten Blick bei Lektüre der beiden Beschlüsse auf und lässt den Praktiker ratlos zurück mit der Frage, inwieweit transmortale Vollmachten bei Grundstücksgeschäften künftig noch Verwendung finden können.

2. Sachverhalte

a) OLG München

Das OLG München hatte (vereinfacht) über folgenden Sachverhalt zu entscheiden: Der Erblasser hatte zu Lebzeiten seiner Ehefrau sowie seinen beiden Kindern eine General- und Vorsorgevollmacht (vom Gericht als „General- und Betreuungsvollmacht“ bezeichnet) erteilt, die über den Tod hinaus wirksam bleiben sollte (sog. transmortale Vollmacht). Später verstarb der Erblasser. Die beiden bevollmächtigten Kinder hatte der Erblasser zu seinen Erben eingesetzt und zugleich Nacherbfolge angeordnet. Nacherben waren die Enkel des Erblassers. Von den gesetzlichen Beschränkungen waren die Vorerben nicht befreit. Gleichwohl verkauften sie ein zum Nachlass gehörendes Grundstück. Zum Zeitpunkt des Verkaufs lebten zwei Enkel des Erblassers, von denen einer dem Verkauf selbst zustimmte; die Vorerben stimmten namens des anderen Nacherben gestützt auf die ihnen erteilte transmortale Vollmacht dem Verkauf zu und bewilligten die Löschung des im Grundbuch eingetragenen Nacherbenvermerks. Das Grundbuchamt weigerte sich, die Löschung des Nacherbenvermerks zu vollziehen. Es ging davon aus, dass die Zustimmung nicht von der Vollmacht gedeckt sei, dass vielmehr zusätzlich ein Pfleger für noch unbekanntes Nacherben zu bestellen sei, dessen Zustimmung ebenfalls erforderlich sei.

b) OLG Stuttgart

In dem durch das OLG Stuttgart entschiedenen Sachverhalt lag kein Verkauf der Entscheidung zugrunde. Auch in diesem Fall hatte der Erblasser Nacherbfolge angeordnet und zu Lebzeiten seinen Kindern eine transmortale General- und

¹ Zugleich Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 14.6.2019, 34 Wx 237/18, MittBayNot 2020, 246 (in diesem Heft).

Vorsorgevollmacht erteilt. Nach dem Tod des Erblassers bewilligte und beantragte ein Kind gestützt auf die Vollmacht, die Vorerben als Eigentümer des Grundbesitzes im Grundbuch einzutragen und zugleich unter Erklärung der Freigabe des Grundbesitzes von der Nacherbenbindung namens der Nacherben den Nacherbenvermerk zu löschen. Auch in diesem Fall weigerte sich das Grundbuchamt, die Löschung zu vollziehen, da die Vollmacht bis zum Eintritt des Nacherbfalles nur zur Vertretung der Vorerben ermächtigte.

3. Entscheidungen

a) OLG München

Das OLG München gibt dem Grundbuchamt Recht: Die Löschung des Nacherbenvermerks aufgrund Bewilligung setze die Bewilligung durch sämtliche Nacherben und etwaige Ersatznacherben voraus. Hierfür sei die Bewilligung durch einen Pfleger für noch unbekannte Nacherben erforderlich, die vorliegend fehle. Eine Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises komme ebenfalls nicht in Betracht. Vorliegend sei nicht auszuschließen, dass zu den bekannten zwei Nacherben künftig weitere Nacherben hinzutreten könnten. Die transmortale Vollmacht sei vorliegend nicht ausreichend, um namens etwa noch unbekannter Nacherben die Zustimmung zu erklären. Denn die Vollmacht ermächtigte jedenfalls nicht zur gleichzeitigen Vertretung von Vor- und Nacherben, insbesondere nicht zur Vornahme eines Rechtsgeschäfts zwischen Vor- und Nacherben. So liege aber der vorliegende Fall: Die Vorerben erklärten die Zustimmung namens der Nacherben sich selbst gegenüber. Dies sei keinesfalls von einer transmortalen Vollmacht gedeckt.

b) OLG Stuttgart

In seiner stattgebenden Beschwerdeentscheidung schließt sich das OLG Stuttgart ausdrücklich der Gegenauffassung an und stellt fest, dass eine transmortale Generalvollmacht auch vor Eintritt des Nacherbfalles zur Vertretung der Nacherben ermächtigte. Der transmortal Bevollmächtigte unterliege nicht den erbrechtlichen Bindungen der Vor- und Nacherbfolge, sondern nur denjenigen Bindungen, die der Erblasser als Vollmachtgeber selbst festgelegt habe.²

4. Einschätzung der Entscheidungen

Beide Entscheidungen behandeln interessante Fragen aus dem Bereich der Vor- und Nacherbfolge und der transmortalen Vollmacht. Ausgangspunkt in beiden Entscheidungen ist die Frage, unter welchen Umständen ein Nacherbenvermerk im Grundbuch gelöscht werden kann. Beide Gerichte gehen zu Recht davon aus, dass für die Löschung eines Nacherbenvermerks entweder die Bewilligung sämtlicher (auch unbekannter) Nach- und Ersatznacherben erforderlich ist oder der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs.³ Das Grundbuch ist wiederum dann nachweislich unrichtig,

wenn eine Verfügung über das Grundstück getroffen wurde (in der Regel durch den Vorerben), die auch gegenüber dem Nacherben wirksam ist.

In dem vom OLG München entschiedenen Sachverhalt setzte dies, da die Vorerben von den Beschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB nicht befreit waren, die Zustimmung der Nacherben voraus. Das OLG München legt ferner überzeugend dar, dass in Fällen, in denen die Nacherben nicht namentlich benannt sind, sondern sich ihr Kreis (jedenfalls theoretisch) noch erweitern kann, zusätzlich die Bestellung eines Pflegers für unbekannte Nacherben und dessen Zustimmung erforderlich sind. Im Fall des OLG Stuttgart ging es hingegen um die „Freigabe“ des Grundstücks und Bewilligung der Löschung des Nacherbenvermerks aufgrund transmortaler Vollmacht mit Wirkung auch für die Nacherben.

In beiden Fällen war demnach zentrale Frage, ob die Zustimmung zur Verfügung oder Bewilligung der Löschung des Nacherbenvermerks auch aufgrund transmortaler Vollmacht des Erblassers erteilt werden konnte. In diesem Punkt gelangen die beiden Gerichte zu unterschiedlichen Auffassungen: Das OLG München verneint die Frage mit dem Hinweis auf den Ausschluss der Vornahme von Geschäften zwischen Vor- und Nacherben aufgrund transmortaler Vollmacht.

Überzeugend ist dies (jedenfalls mit dieser knappen Begründung) schon deswegen nicht, weil die Zustimmung gemäß § 182 Abs. 1 BGB auch gegenüber dem anderen Vertragspartner (Käufer) erklärt werden konnte.⁴ Für die Verfügung eines nicht befreiten Vorerben gilt § 185 BGB (analog).⁵ Für die Abgabe der Einwilligung oder Genehmigung des Berechtigten gelten wiederum §§ 182 bis 184 BGB.⁶ Ein Problem des § 181 BGB wäre allenfalls gegeben, wenn in der Vollmacht keine Befreiung erteilt worden wäre;⁷ eine solche ist in der Praxis bei General- und Vorsorgevollmachten regelmäßig vorgesehen.⁸ Das (eher formale) Argument des OLG München überzeugt daher ohne weitere Auseinandersetzung mit der Reichweite der §§ 182 ff. BGB nicht. Darüber hinaus wäre die Frage zu klären gewesen, ob die Zustimmung aus anderen Gründen nicht auf die transmortale Vollmacht gestützt werden konnte. Mit dieser Fragestellung setzt sich das OLG Stuttgart auseinander und gelangt erfreulicherweise zu dem eindeutigen Ergebnis, dass dies nicht der Fall sei.

² Rdnr. 11 der besprochenen Entscheidung.

³ Vgl. etwa OLG Hamm, Beschluss vom 13.5.2016, I-15 W 594/15, MittBayNot 2017, 166; Schönner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3510.

⁴ Vor allem im Anwendungsbereich des § 181 BGB ist dies unstritten: BGH, Beschluss vom 27.2.1980, V ZB 15/79, BGHZ 77, 7 = MittBayNot 1980, 119 hält § 181 BGB seines Schutzzwecks wegen für anwendbar, wenn eine Erklärung auch gegenüber dem Grundbuchamt abgegeben werden könnte. Ebenso Schönner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3484 m. w. N. (Fn. 37).

⁵ Schönner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3484; Palandt/Ellenberger, 79. Aufl. 2020, § 185 Rdnr. 5a m. w. N.; Erman/Maier-Reimer, BGB, 15. Aufl. 2017, § 185 Rdnr. 8; jurisPK-BGB/B. Hamdan/M. Hamdan, 8. Aufl. 2017, § 2113 Rdnr. 38; Kollmeyer, FamRZ 2019, 535.

⁶ Palandt/Ellenberger, § 185 Rdnr. 8, 10; Erman/Maier-Reimer, BGB, § 185 Rdnr. 12, 20.

⁷ Kollmeyer, FamRZ 2019, 535.

⁸ Ebenso Muscheler, FamRZ 2019, 532.

Dem vom OLG Stuttgart gefundenen Ergebnis ist zuzustimmen: Entscheidend ist die Frage, ob eine transmortale Vollmacht auch im Falle der Anordnung einer Nacherbfolge zur Verfügung über Nachlassgegenstände (namentlich Grundbesitz) ermächtigt und ob eine solche Vollmacht auch einem (Mit-)Vorerben erteilt werden kann. Ausgangspunkt ist dabei, dass eine Vollmacht dergestalt erteilt werden kann, dass diese über den Tod des Vollmachtgebers hinaus wirksam bleibt.⁹ Nach dem Tod des Erblassers ermächtigt eine solche Vollmacht zur Verfügung über das zum Nachlass gehörende Vermögen.¹⁰ Auf die Person des Erben kommt es, von Ausnahmefällen (etwa „Konfusion“)¹¹ abgesehen, nicht an. Allerdings ist in Literatur und Rechtsprechung umstritten, ob dies auch gilt, wenn der Erblasser Nacherbfolge angeordnet hat. Nach einer vor allem in der Literatur vertretenen Auffassung ermächtigt eine post- oder transmortale Vollmacht in diesem Fall nur zur Vertretung des Vor- und nicht zur Vertretung des Nacherben.¹² Ist dieser von den gesetzlichen Beschränkungen nicht befreit, so soll dies auch für den Bevollmächtigten gelten. Begründet wird dies vorwiegend mit Erwägungen zum Schutz des Nacherben, namentlich wegen möglicher Schwierigkeiten beim Widerruf der Vollmacht durch den Nacherben,¹³ ferner mit dem Argument, der Nacherbe sei vor Eintritt des Nacherbfalles eben nicht Erbe, sodass auch noch keine Gesamtrechtsnachfolge vorliege.¹⁴ Nach der Gegenauffassung, der sich das OLG Stuttgart anschließt, ist ein post- oder transmortal Bevollmächtigter auch bei Anordnung einer Nacherbfolge in der Lage, Verfügungen über zum Nachlass gehörenden Grundbesitz zu treffen, die gegenüber dem Nacherben wirksam sind;¹⁵ die Beschränkungen, denen ein Vorerbe unterliegt, gelten nach dieser Auffassung für den Bevollmächtigten nicht.¹⁶

Diese Auffassung ist überzeugend: Der Bevollmächtigte stützt seine Vertretungsmacht auf die Anordnungen des Erblassers als Vollmachtgeber.¹⁷ Auch der Nacherbe leitet seine Rechtsposition (Anwartschaft) vom Erblasser ab, denn ohne die Anordnung des Erblassers wäre er nicht Nacherbe. Defizite in der Person des oder der Erben haben darüber hinaus grundsätzlich keinen Einfluss auf die Vertretungsmacht.¹⁸ Schließlich wäre unter Zugrundelegung der Gegenauffassung der Nacherbe besser geschützt als der Vollerbe, obwohl er nach dem Gesetz eine deutlich schwä-

chere Stellung innehat und bis zum Eintritt des Nacherbfalles eben nicht verfügungsbefugter Erbe, sondern lediglich Inhaber eines Anwartschaftsrechts ist.

Für den Fall der Anordnung von Testamentsvollstreckung geht schließlich die herrschende Meinung davon aus, dass diese auf den Bestand einer post- oder transmortalen Vollmacht ohne Einfluss ist.¹⁹ Im Falle der Anordnung von Testamentsvollstreckung sind Verfügungen des Erben bereits mit dem Erbfall unwirksam,²⁰ im Falle der Anordnung einer Nacherbfolge jedoch erst mit Eintritt des Nacherbfalles.²¹ Dass eine Vollmacht sich gegenüber dem schwächer ausgestalteten Schutz des Nacherben in geringerem Maße durchsetzen soll als gegenüber den stärkeren Befugnissen des Testamentsvollstreckers, ist wenig überzeugend. Im Ergebnis sind Verfügungen eines post- oder transmortal Bevollmächtigten auch bei Anordnung einer Nacherbfolge grundsätzlich wirksam, selbst wenn der Vorerbe von den gesetzlichen Beschränkungen nicht befreit ist und eine Zustimmung des oder der Nacherben nicht vorliegt.

Anschließend stellt sich allerdings die Frage, ob eine post- oder transmortale Vollmacht auch dem alleinigen Vorerben oder einem Mitvorerben erteilt werden kann. Dies wird teilweise mit dem Argument abgelehnt, dass hierdurch die Kontrollrechte des Nacherben entgegen der Wertung des § 2136 BGB ausgehöhlt würden.²² Das OLG Stuttgart hingegen hält es jedenfalls bei mehreren Vorerben für unschädlich, wenn der Bevollmächtigte zugleich Mitvorerbe ist.²³

Kann aber der transmortal Bevollmächtigte ein zum Nachlass gehörendes Grundstück wirksam veräußern, so muss er erst recht befugt sein, namens der (Nach-)Erben die Zustimmung zu einer vorherigen Veräußerung zu erklären, und zwar unabhängig davon, durch wen diese Veräußerung vorgenommen wurde. Auch die Erklärung der Freigabe aus der Nacherbenbindung und die Bewilligung der Löschung des Nacherbenvermerks im Grundbuch müssen dann aufgrund Vollmacht mit Wirkung für den Nacherben möglich sein.

5. Missbrauch der Vertretungsmacht als (auch vom Grundbuchamt zu beachtende) Grenze der Vollmachtausübung?

Nicht diskutiert wurde von beiden Gerichten die Frage, ob die Vollmachtausübung wegen der Grundsätze des Missbrauchs der Vertretungsmacht zur Unwirksamkeit der durch den Bevollmächtigten abgegebenen Erklärung geführt haben könnten (dazu a)) und dies auch vom Grundbuchamt zu beachten sein könnte (dazu b)).

a) Missbrauch der Vertretungsmacht

Anerkannt ist, dass eine Überschreitung seiner Befugnisse im Innenverhältnis nur ausnahmsweise zur Nichtigkeit der

9 Palandt/Weidlich, Vor § 2197 Rdnr. 9; Erman/Maier-Reimer, BGB, § 167 Rdnr. 66 f.

10 Palandt/Weidlich, Vor § 2197 Rdnr. 10.

11 Vgl. etwa OLG München, Beschluss vom 4.8.2016, 34 Wx 110/16, MittBayNot 2017, 138; OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2013, I-15 W 79/1, MittBayNot 2013, 395.

12 Erman/M. Schmidt, BGB, § 2113 Rdnr. 5; Kollmeyer, FamRZ 2019, 535; vgl. ferner die Nachweise bei Keim, DNotZ 2008, 175, 178 (Fn. 16).

13 Vgl. Keim, DNotZ 2008, 175, 178.

14 Kollmeyer, FamRZ 2019, 535.

15 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3488; Keim, DNotZ 2008, 175, 178 f.; Muscheler, FamRZ 2019, 532.

16 Muscheler, FamRZ 2019, 532.

17 Keim, DNotZ 2008, 175, 178 m. w. N.; Amann, MittBayNot 2013, 367.

18 Keim, DNotZ 2008, 175, 178.

19 Etwa Amann, MittBayNot 2013, 367; jurisPK-BGB/Weinland, § 168 Rdnr. 11.

20 Erman/M. Schmidt, BGB, § 2211 Rdnr. 2.

21 Erman/M. Schmidt, BGB, § 2113 Rdnr. 6.

22 Keim, DNotZ 2008, 175, 181 f.

23 Rdnr. 12 der besprochenen Entscheidung.

von dem Bevollmächtigten abgegebenen Erklärungen führt.²⁴ Hier wird zu differenzieren sein zwischen einseitigen Erklärungen bzw. Erklärungen, die der Bevollmächtigte sich selbst gegenüber abgibt, und solchen Erklärungen, die gegenüber einem Dritten abgegeben werden. Im ersten Fall genügt nach herrschender Meinung das objektive Überschreiten der im Innenverhältnis bestehenden Bindung für die Unwirksamkeit.²⁵ Dies lässt sich einerseits damit begründen, dass schutzwürdige Interessen des Rechtsverkehrs insoweit nicht entgegenstehen; andererseits ist einem etwaigen Geschäftsgegner in diesem Fall die Überschreitung bekannt.²⁶ Im zweiten Fall muss der Missbrauch für den Geschäftsgegner offensichtlich oder doch zumindest erkennbar sein.²⁷

In dem vom OLG München entschiedenen Fall lag die zweite Fallkonstellation vor: Der Käufer, der auch Adressat der Zustimmung namens der Nacherben sein kann (siehe oben), ist als (grundsätzlich schutzwürdiger) Dritter anzusehen. Dass ein für diesen offensichtliches Überschreiten der Befugnisse durch den Bevollmächtigten vorlag, wird sich nicht ohne weitere Umstände (zum Beispiel kollusives Zusammenwirken) begründen lassen.

In dem vom OLG Stuttgart entschiedenen Fall waren schutzwürdige Interessen Dritter nicht berührt, hier war nur das Verhältnis von Vor- und Nacherben betroffen. Daher ist zumindest in Betracht zu ziehen, dass insoweit ein Überschreiten der Vertretungsmacht im Innenverhältnis vorlag. Ob dies tatsächlich der Fall war, hängt allerdings auch davon ab, welchem Interesse der Gebrauch der Vollmacht nach Ableben des Vollmachtgebers zu folgen hat. Ob insoweit auf den (mutmaßlichen) Willen oder das Interesse des Erblassers abzustellen ist oder auf die Person des Erben, ist umstritten.²⁸ Wird angenommen, dass insoweit die Person des Erben maßgeblich ist, so hätte der Bevollmächtigte im Falle des OLG Stuttgart (auch) das Interesse des Nacherben zu berücksichtigen gehabt. Die Erklärung der Freigabe ohne seine Zustimmung und die Löschung des Nacherbenvermerks wird im Regelfall dem Interesse des Nacherben zuwiderlaufen, sodass ein Missbrauch der Vollmacht vor diesem Hintergrund durchaus hätte in Betracht gezogen werden können.

b) Beachtlichkeit des Missbrauchs im Grundbuchverfahren

Ungeachtet der Frage, ob nach Vorstehendem ein zur Unwirksamkeit der jeweiligen Erklärungen führender Missbrauch der Vertretungsmacht vorlag, stellt sich die weitere Frage, ob diese Tatsache im Grundbuchverfahren zu beachten ist. Dies kann nur dann der Fall sein, wenn der Miss-

brauch für das Grundbuchamt evident ist.²⁹ Denn das Grundbuchamt soll durch die Eintragungstätigkeit nicht bewusst zu einer Grundbuchunrichtigkeit beitragen.³⁰ Die Evidenz des Missbrauchs lässt sich vorliegend allerdings noch weniger eindeutig bejahen als das Vorliegen des Missbrauchs selbst. Denn besteht die (nicht nur völlig fern liegende) Möglichkeit, dass die Verwendung der Vollmacht dem Willen und Interesse des Vollmachtgebers entspricht, kann von einem evidenten Missbrauch gerade nicht ausgegangen werden.

6. Konsequenzen für die Vertragsgestaltung

Für die Vertragsgestaltung mahnen die Entscheidungen gleichwohl zur Vorsicht: Es ist zu befürchten, dass Grundbuchämter künftig in vergleichbaren Konstellationen einen Nacherbenvermerk nicht löschen werden. Für die Beteiligten und den Notar ist dies ggf. bei Beurkundung des Vertrages nicht ersichtlich, etwa wenn die Erbfolge noch nicht geklärt ist und ein Verkauf dennoch aufgrund trans- oder postmortaler Vollmacht beurkundet werden soll. Wäre die Entscheidung des OLG München richtig, so wäre ein Verkauf aufgrund trans- oder postmortaler Vollmacht bei Einhaltung des Gebots des sichersten Weges in der Praxis ausgeschlossen, da sich niemals sicher ausschließen lässt, dass der Erblasser eine Nacherbfolge angeordnet hat. Ferner müssten die Grundbuchämter künftig in diesem Fall womöglich einen Nachweis der Tatsache (in Form des § 29 GBO) verlangen, dass Nacherbfolge nicht angeordnet ist.³¹ Dies dürfte nur durch einen Erbschein möglich sein.

Ist die Nacherbfolge hingegen bereits dadurch bekannt, dass sie im Grundbuch verlautbart ist (wie vorliegend), kommt neben einer Abwicklung über Notaranderkonto und Auszahlung des Kaufpreises erst nach Eigentumsumschreibung und Löschung des Nacherbenvermerks die Beantragung der Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks³² bei der Vormerkung als Fälligkeitsvoraussetzung in Betracht, um die Rechtsauffassung des Grundbuchamtes bereits vor Fälligkeit und Zahlung des Kaufpreises zu erfahren.³³

24 BGH, Urteil vom 25.2.2002, II ZR 74/00, MittBayNot 2003, 382.

25 Weidlich, MittBayNot 2013, 196, 198.

26 Palandt/Ellenberger, § 164 Rdnr. 14.

27 Palandt/Ellenberger, § 164 Rdnr. 14; Weidlich, MittBayNot 2013, 196, 198.

28 Vgl. etwa OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 9.3.2015, 20 W 49/15, MittBayNot 2016, 401 m. krit. Anm. Sagmeister.

29 BGH, Urteil vom 25.2.2002, II ZR 374/00, MittBayNot 2003, 382; OLG München, Beschluss vom 13.6.2006, 32 Wx 079/06, RNotZ 2006, 426, 428; Beschluss vom 20.2.2013, 34 Wx 439/12, MittBayNot 2013, 382, 383.

30 OLG München, Beschluss vom 20.2.2013, 34 Wx 439/12, MittBayNot 2013, 382, 383.

31 Vgl. Becker/Lazarets, FamRZ 2019, 1956, 1957 f.

32 Hierzu etwa OLG München, Beschluss vom 2.3.2016, 34 Wx 408/15, MittBayNot 2017, 61; jurisPK-BGB/Schneider, § 2100 Rdnr. 36.

33 Vgl. Hartmann, DNotZ 2017, 28, 37 ff.; Kollmeyer, FamRZ 2019, 535 f.

9. Bildung von Wohneigentum aus zwei Grundstücken

OLG Köln, Beschluss vom 11.4.2019, 2 Wx 69/19

BGB § 873 Abs. 1, §§ 889, 890 Abs. 1, §§ 1131, 1192 Abs. 1

GBO § 5 Abs. 1 Satz 2, § 6 Abs. 2, § 71 Abs. 1, § 73 WEG §§ 2, 3

LEITSÄTZE:

- 1. Eine Bestandteilschreibung setzt voraus, dass die Grundstücke spätestens im Zeitpunkt der Neueintragung demselben Eigentümer gehören. Bei gemeinschaftlichem Eigentum müssen spätestens zu diesem Zeitpunkt die Art der rechtlichen Verbundenheit und die Beteiligungsquoten dieselben sein. Bei uneinheitlichen Eigentumsverhältnissen müssen Auflassungserklärungen der Beteiligten abgegeben werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Eine Ausnahme von dem Erfordernis der einheitlichen Eigentumsverhältnisse besteht auch dann nicht, wenn auf den Grundstücken gemeinsames Wohnungseigentum gebildet werden soll. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 3. Ist in einem beurkundeten Rechtsgeschäft eine Vereinigung nach § 890 Abs. 1 BGB geregelt, kann der Notar nicht aufgrund der ihm erteilten Vollzugsvollmacht eine Bestandteilschreibung nach § 890 Abs. 2 BGB erklären. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Eingetragene Miteigentümer des im Grundbuch des AG Siegburg von B Blatt 1 (...) eingetragenen Grundbesitzes sind die Beteiligte zu 2 zu 278/1.000-Anteil, die Beteiligte zu 3 zu 271/1.000-Anteil und die Beteiligte zu 4 zu 451/1.000-Anteil. Eingetragene Miteigentümer des im Grundbuch des AG Siegburg von B Blatt 1 (...) 6 (...) eingetragenen Grundbesitzes sind der Beteiligte zu 1 zu 75/559-Anteil, die Beteiligte zu 2 zu 75/559-Anteil und die Beteiligte zu 4 zu 409/559-Anteil.

2 Mit notarieller Urkunde vom 7.7.2017, UR. Nr. 7 (...)/2017 des Notars C in B – teilweise berichtigt durch notarielle Urkunde vom 19.1.2018, UR. Nr. 7 x/2018 des Notars C in B – haben die Beteiligten zu 1 bis 4 u. a. eine Teilungserklärung gemäß § 3 WEG bezüglich des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes abgegeben sowie die Eintragung der Teilung gemäß § 2 WEG und der Vereinigung der beiden im Rubrum bezeichneten Grundstücke bewilligt und beantragt (...).

3 Mit Schriftsatz vom 19.10.2018 haben die Beteiligten zu 1 bis 4 beantragt, die Aufteilung in Wohnungs- und Teileigentum sowie die Bestimmungen der Teilungserklärung als Inhalt des Sondereigentums gemäß der Bewilligung in der Urkunde vom 7.7.2017 im Grundbuch einzutragen (...).

4 Mit Schreiben vom 21.11.2018 hat das Grundbuchamt den Beteiligten mitgeteilt, dass dem Antrag noch nicht entsprochen werden könne. Eine Vereinigung der Grundstücke gemäß § 890 BGB sei nicht möglich, weil die Eigentumsverhält-

nisse an den beiden Grundstücken unterschiedlich sei und weil die Grundstücke unterschiedlich mit Reallasten und Grundpfandrechten – auch in unterschiedlicher Rangfolge – belastet seien (...).

5 Mit Schriftsatz vom 26.11.2018 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten unter Berufung auf die ihm in der notariellen Urkunde vom 7.7.2017 (UR. Nr. 7 [...]/2017) erteilte Vollmacht und Ermächtigung beantragt, das Flurstück 4 (...) dem Flurstück 4 (...) gemäß § 890 Abs. 2 BGB als Bestandteil zuzuschreiben (...).

6 Mit weiterem Schriftsatz vom 17.12.2018 sind die Beteiligten den vom Grundbuchamt mit Schreiben vom 21.11.2018 geäußerten Bedenken entgegengetreten (...). Die Eigentumsverhältnisse an den beiden Grundstücken seien zwar unterschiedlich. Es reiche aber aus, wenn identische Eigentumsverhältnisse gleichzeitig mit der Verbindung der Grundstücke hergestellt würden. Dies werde hier durch die Teilungserklärung gemäß § 3 WEG, an der alle Eigentümer beider Grundstücke beteiligt seien, erreicht. Die Reallasten seien inhaltlich identisch und hätten denselben Rang.

7 Durch am 9.1.2019 erlassenen Beschluss hat das Grundbuchamt die Anträge der Beteiligten vom 19.11.2018 und 26.11.2018 zurückgewiesen (...). Zur Begründung hat es ausgeführt, dass einer Bestandteilschreibung gemäß § 890 Abs. 2 BGB die unterschiedlichen Eigentumsverhältnisse an den Grundstücken entgegenstünden. Erst wenn einheitliche Eigentumsverhältnisse durch Auflassung geschaffen würden, könnte Wohnungseigentum an einem Grundstück im Rechtsinne gebildet werden. Bezüglich der Belastung der Grundstücke mit Reallasten und Grundschulden sei Verwirrung zu besorgen (§ 6 Abs. 2, § 5 Abs. 1 Satz 2 GBO). (...)

8 Gegen diesen den Beteiligten zu 1 bis 4 am 14.1.2019 zugestellten Beschluss haben diese (...) Beschwerde eingelegt (...). Zur Begründung haben sie vorgetragen, es sei ausreichend, dass die identischen Eigentumsverhältnisse gleichzeitig mit der Verbindung der Grundstücke hergestellt würden. Hier würden die einheitlichen Eigentumsverhältnisse durch die Aufteilung gemäß § 3 WEG unter Mitwirkung aller Eigentümer hergestellt. Die beiden Reallasten hätten keinen unterschiedlichen Rang und seien inhaltlich identisch. Zwar würden die Berechtigten bezüglich der Flurstücke 4 (...) und 4 (...) auseinanderfallen. Durch die Verbindung der beiden Grundstücke würden das herrschende und das dienende Grundstück aber verbunden und die Reallast insoweit erlöschen. Die gleiche Belastung der beiden Grundstücke durch Grundpfandrechte sei durch eine Nachverpfändung zu erreichen. (...)

9 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde durch am 11.2.2019 erlassenen Beschluss nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Köln zur Entscheidung vorgelegt (...)

10 II. Die Beschwerde der Beteiligten ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen in zulässiger Weise gemäß § 73 GBO eingelegt worden.

11 In der Sache hat die Beschwerde indes keinen Erfolg.

12 Das Grundbuchamt hat die Anträge der Beteiligten vom 19.10.2018 und 26.11.2018 zu Recht zurückgewiesen.

13 Der beantragten Eintragung der Aufteilung in Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG steht zunächst entgegen, dass sich das Wohnungseigentum auf zwei Grundstücke erstreckt. Soll Wohnungseigentum – so wie hier – an mehreren Grundstücken gebildet werden, sind diese Grundstücke vor der Aufteilung in Wohnungseigentum im Wege der Vereinigung gemäß § 890 Abs. 1 BGB, § 5 GBO miteinander zu vereinigen oder einem Grundstück gemäß § 890 Abs. 2 BGB, § 6 GBO als Bestandteil zuzuschreiben (MünchKomm-BGB/Com-michau, 7. Aufl. 2017, § 1 WEG Rdnr. 17, 18). Hier ist zwar eine Bestandteilschreibung gemäß § 890 Abs. 2 BGB, § 6 GBO erklärt und deren Eintragung beantragt worden. Die Bestandteilschreibung ist indes nicht wirksam.

14 1. Eine Bestandteilschreibung setzt voraus, dass die Grundstücke spätestens im Zeitpunkt der Neueintragung demselben Eigentümer gehören. Bei gemeinschaftlichem Eigentum müssen spätestens zu diesem Zeitpunkt die Art der rechtlichen Verbundenheit und die Beteiligungsquoten dieselben sein (Staudinger/Gursky, Neub. 2013, § 890 Rdnr. 11, 12 m. w. N.). Hier sind aber weder die Beteiligten noch deren Quoten an den beiden Grundstücken identisch. Eigentümer des im Grundbuch des AG Siegburg von B in Blatt 1 (...) 6 (...) eingetragenen Grundstücks sind die Beteiligten zu 1, 2 und 4, Eigentümer des im Grundbuch des AG Siegburg von B in Blatt 1 (...) 0 eingetragenen Grundstücks sind die Beteiligten zu 2, 3 und 4, jeweils mit unterschiedlichen Quoten. Um identische Beteiligungen an beiden Grundstücken herbeizuführen, hätten daher Auflassungserklärungen der Beteiligten gemäß § 20 GBO, § 873 BGB abgegeben werden müssen. Denn jeder Wechsel des Rechtsträgers setzt gemäß § 873 Abs. 1 BGB eine Auflassung voraus (Palandt/Herrler, 78. Aufl. 2019, § 873 Rdnr. 5 m. w. N.). Hier fehlt es indes an den erforderlichen Auflassungserklärungen. Sie sind der notariellen Urkunde vom 7.7.2017 (UR. Nr. 7 [...]2017) auch nicht im Wege der Auslegung zu entnehmen. Denn die Urkunde beinhaltet lediglich die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum (Teil I), die Wohnungseigentumsordnung und Verwaltung (Teil II) und unter „Auflassung, Grundbucheklärungen, Vollmacht“ (Teil III) eben keine Auflassung, sondern nur die Einigung der Beteiligten bezüglich der Einigung gemäß § 3 WEG. Raum für eine Auslegung im Sinne von Auflassungserklärungen bezüglich der jeweiligen Miteigentumsanteile an den beiden Grundstücken verbleibt insoweit nicht.

15 Es kommt – entgegen der Auffassung der Beteiligten – auch keine Ausnahme in Betracht. Soweit die Beteiligten auf eine Fundstelle bei Staudinger Bezug nehmen (Staudinger/Gursky, Neub. 2013, § 890 Rdnr. 11), dringen sie damit nicht durch, weil dort Auflassungserklärungen gerade nicht für entbehrlich gehalten werden. Dies gilt ebenso für den genannten Beschluss des BayObLG vom 26.7.1990 (2 Z 77/90). Auch der Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Zweibrücken (NJW-RR 1990, 782, 783) greift nicht durch, weil sie einen anderen Fall betrifft. Denn dort bestand bereits Wohnungseigentum an einem Grundstück. Dieses Grundstück sollte mit einem anderen Grundstück vereinigt werden, das im Miteigentum sämtlicher Wohnungseigentümer stand. In diesem Fall soll es nach Auffassung des OLG Zweibrücken ausreichen, wenn eine Teilungserklärung auch bezüglich des hinzukommenden Grundstücks abgegeben wird, weil dann die Eigen-

tumsverhältnisse identisch seien. Ob dies zutrifft kann indes offenbleiben, weil dieser Fall mit dem vorliegenden Fall nicht vergleichbar ist. Denn im vorliegenden Fall ist noch gar kein Wohnungseigentum wirksam begründet worden ist. Zudem betrifft die Teilungserklärung hier nicht die beiden einzelnen Grundstücke, sondern beide Grundstücke gemeinsam, was sich aus der einheitlichen Zuordnung der Wohnungen beider Grundstücke ergibt.

16 Der Einwand, das Grundbuchamt hätte die Anträge nicht endgültig zurückweisen, sondern nur eine Zwischenverfügung erlassen dürfen, greift im Hinblick auf die fehlenden Auflassungserklärungen nicht durch. Eine Zwischenverfügung dient dazu, der Eintragung den sich nach dem Eingang des Antrags bestimmenden Rang zu sichern, der bei Zurückweisung des Antrags nicht gewahrt bliebe. Die Regelung bezieht sich nur auf die Beseitigung eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses und ist nicht anwendbar, wenn wie hier der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zulässig, mit einer Zwischenverfügung auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinzuwirken, das Grundlage der einzutragenden Rechtsänderung werden soll, weil sonst die beantragte Eintragung einen ihr nicht gebührenden Rang erhalte (BGH, FGPrax 2014, 192).

17 2. Der beantragten Bestandteilschreibung gemäß § 890 Abs. 2 BGB stehen im Übrigen aber auch § 6 Abs. 2, § 5 Abs. 1 Satz 2 GBO entgegen.

18 Im Falle der Zuschreibung des im Grundbuch des AG Siegburg von B in Blatt 1 (...) 0 eingetragenen Grundstücks zu dem im Grundbuch des AG Siegburg von B in Blatt 1 (...) 6 (...) eingetragenen Grundstücks gemäß § 890 Abs. 2 BGB wären beide Grundstücke mit unterschiedlichen Grundpfandrechten belastet. Denn während sich an der derzeitigen Belastung des in Blatt 1 (...) 6 (...) eingetragenen Grundstücks mit zwei Grundschulden im Nennbetrag von 180.000 € (Abt. III lfd. Nr. 1) und 565.000 € (Abt. III lfd. Nr. 2) nichts ändern würde, wäre das in Blatt 1 (...) 0 eingetragene Grundstück weiter mit einer Grundschuld im Nennbetrag von 500.000 € (Abt. III lfd. Nr. 2) belastet und würde zusätzlich gemäß § 1192 Abs. 1, § 1131 BGB mit den beiden in Blatt 1 (...) 6 (...) eingetragenen Grundschulden nachrangig belastet. Dies könnte zwar unter Umständen durch eine Nachverpfändung des in Blatt 1 (...) 6 (...) eingetragenen Grundstücks geändert werden. Bislang ist eine solche Nachverpfändung aber nicht erfolgt.

19 Zudem wären beide Grundstücke im Falle der Zuschreibung gemäß § 890 Abs. 2 BGB auch mit unterschiedlichen Reallasten belastet. Denn die in Blatt 1 (...) 6 (...) in Abt. II lfd. Nr. 5 eingetragene Reallast besteht auch gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des in Blatt 1 (...) 0 eingetragenen Grundstücks und umgekehrt die in Blatt 1 (...) 0 in Abt. II lfd. Nr. 4 eingetragene Reallast auch gegenüber dem jeweiligen Eigentümer des in Blatt 1 (...) 6 (...) eingetragenen Grundstücks. Die Reallasten würden entgegen der Auffassung der Beteiligten gemäß § 889 BGB auch nicht erlöschen, wenn die Eigentümer beider Grundstücke identisch wären (vgl. MünchKomm-BGB/Mohr, § 1105 Rdnr. 61).

20 3. Unabhängig davon, dass die Voraussetzungen einer Zuschreibung gemäß § 890 Abs. 2 BGB nicht vorliegen bzw. der Zuschreibung § 6 GBO entgegensteht, konnte der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten die Zuschreibung mit Wirkung für die Beteiligten aufgrund der in der Urkunde vom 7.7.2017 (UR. Nr. 7 [...] /2017) erteilten Vollzugsvollmacht auch nicht wirksam erklären. Grundbuchvollmachten sind nach den für Grundbucheklärungen maßgeblichen Grundsätzen auszulegen. Es ist also auf Wortlaut und Sinn der in grundbuchmäßiger Form (§ 29 GBO) nachzuweisenden Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände hingegen können wegen der Beweismittelbeschränkung im Grundbuchverfahren für die Auslegung des Umfangs einer Vollmacht nicht herangezogen werden, es sei denn, sie seien offenkundig. Führt die Auslegung zu keinem eindeutigen Ergebnis, gilt der Grundsatz, dass der geringere Umfang der Vollmacht anzunehmen ist, wenn sich der größere nicht nachweisen lässt (OLG München, Beschluss vom 4.12.2017, 34 Wx 95/17, juris). Zwar muss bei der Auslegung berücksichtigt werden, dass die rechtsgeschäftliche Bevollmächtigung des beurkundenden Notars oder einer seiner Angestellten nur dann einen Sinn hat, wenn sie über die Regelung des § 15 GBO hinausgeht, denn sonst bedürfte es einer besonderen Vollmacht nicht. Die Vollmacht, im Namen der Vertragsparteien alle Erklärungen abzugeben und Rechtshandlungen vorzunehmen, die sich noch als erforderlich oder zweckmäßig erweisen sollten, um den Vollzug dieser Urkunde zu gewährleisten, deckt ihrem Wortlaut und Sinn nach allerdings nur diejenigen Erklärungen ab, die zur Abwicklung und grundbuchmäßigen Umsetzung des beurkundeten Rechtsgeschäfts (typischerweise) notwendig oder förderlich sind (OLG Köln, NJW-RR 1995, 590; *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 15 Rdnr. 3.3 m. w. N.). Dazu können auch Erklärungen zählen, die von den Beteiligten oder vom Notar bei der Vertragsunterzeichnung übersehen worden sind (OLG München, Beschluss vom 4.12.2017, 34 Wx 95/17, juris). Den für die Bestimmung des Umfangs der Vollmacht maßgeblichen Rahmen definiert jedoch der Inhalt des beurkundeten Rechtsgeschäfts, zu dessen Vollziehung die Vollmacht erteilt ist. Dagegen ergibt sich aus einer bloßen Vollzugsvollmacht keine Vollmacht zur inhaltlichen Änderung der Eintragungsgrundlage (BGH, NJW 2002, 2863, 2864; OLG München, Beschluss vom 4.12.2017, 34 Wx 95/17, juris; *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 15 Rdnr. 3.3 m. w. N.). So liegt der Fall aber hier. Durch die Erklärung vom 26.11.2018 sollte die Urkunde vom 7.7.2017 inhaltlich abgeändert werden. Der Gegenstand des Rechtsgeschäfts sollte ausgewechselt werden. Statt einer Vereinigung der beiden Grundstücke gemäß § 890 Abs. 1 BGB sollte eine Bestandteilzuweisung gemäß § 890 Abs. 2 BGB erfolgen. Hierbei handelt es sich um unterschiedliche Rechtsgeschäfte mit unterschiedlichen Rechtsfolgen, was sich schon aus § 1192 Abs. 1, § 1131 BGB ergibt (siehe oben). Eine solche Abweichung vom ursprünglich Erklärten ist von der Vollzugsvollmacht nicht gedeckt.

(...)

22 Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen nicht vorliegen (§ 78 Abs. 2 GBO).

(...)

10. Zur Kraftloserklärung eines Hypothekenbriefes

KG, Beschluss vom 12.6.2018, 13 W 6/18, mitgeteilt von Dr. **Martin Menne**, Richter am KG

BGB §§ 1117, 1154 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. **Zur Kraftloserklärung eines Hypothekenbriefes.**
2. **Ein Aufgebotsverfahren für einen Hypothekenbrief kommt nur in Betracht, wenn der Grundpfandgläubiger bekannt ist und lediglich der Brief abhandengekommen ist, aber nicht, wenn darüber hinaus unklar ist, wer Grundpfandgläubiger ist bzw. nicht glaubhaft gemacht ist, dass sich der Brief zuletzt in den Händen des das Aufgebotsverfahren betreibenden Beteiligten befunden hat.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragsteller wenden sich dagegen, dass das AG nicht ihrem Antrag vom 17.11.2017 nachgekommen ist, den Brief zu der in Abteilung III Nr. 1 des Grundbuchs von R(...), Bl. (...) eingetragenen Hypothek der A(...) Lebensversicherungs AG, M(...), über 8.800 DM (= 4.499,37 €) aufzubieten und für kraftlos zu erklären.

2 Die Antragsteller – in Erbengemeinschaft – sind die eingetragenen Eigentümer des Grundstücks W(...) (Grundbuch von R[...] des AG Neuköllns, Blatt [...]); sie beantragen die Aufbietung eines Hypothekenbriefes. In Abteilung III/1 des Grundbuchs ist eine Briefhypothek über 8.800 DM (= 4.499,37 €) zugunsten der A(...) Lebensversicherungs AG, M(...), eingetragen. Die Gläubigerin hat die Löschung des Rechts bewilligt, jedoch können die Antragsteller dem Grundbuchamt nicht den Hypothekenbrief vorlegen. Sie versichern an Eides statt, dass sie den Hypothekenbrief nicht mehr auffinden könnten. Ihnen läge lediglich ein Schreiben der Gläubigerin an ihren Vater R(...) U(...) – den früheren Eigentümer des Grundstücks – vom 27.7.1972 vor, in dem bestätigt wird, dass die der Hypothek zugrunde liegende Forderung gezahlt worden sei und mit dem die Gläubigerin bei ihrem Vater die Kosten für die Erteilung der Löschungsbewilligung sowie die Rücksendung des Hypothekenbriefes anfordert. Aufgrund mehrerer handschriftlicher Notizen ihres Vaters auf diesem Schreiben vermuten sie, dass der Vater seinerzeit den angeforderten Betrag gezahlt und die Gläubigerin daraufhin die Löschungsbewilligung erteilt und den Brief übersandt habe. Da sie die Dokumente nicht haben auffinden können, haben sie die Gläubigerin um eine Ersatzlöschungsbewilligung gebeten, die am 5.10.2017 erteilt wurde. Mit Schreiben vom 18.1.2017 wies die Gläubigerin daraufhin, dass die ursprüngliche Darlehensforderung verjährt sei, und sie deshalb dazu über keinerlei Unterlagen mehr verfüge. Die Antragsteller versichern an Eides statt weiter, dass Rechte aus dem Hypothekenbrief ihnen gegenüber nicht geltend gemacht worden seien, sie trotz Nachforschungen nicht wüssten, wo sich der Brief befindet und dass über das eingetragene Recht nicht außerhalb des Grundbuchs verfügt worden sei.

3 Sie wenden sich gegen die Verfügung des AG vom 17.1.2018 (...), wonach von ihnen eine eidesstattliche Versicherung der Gläubigerin dahin gehend beizubringen sei, dass die Gläubigerin nicht im Besitz des Briefes sei, nicht wisse, wo sich der Brief befindet und sie – die Gläubigerin – nicht außergrundbuchlich über das Recht verfügt habe. Sie räumen ein, es sei richtig, dass die Gläubigerin am 27.7.1972, als sie ihrem Vater die Tilgung des Darlehens bestätigt habe, noch im Besitz des Hypothekenbriefes gewesen sei. Allerdings habe die Gläubigerin nach erfolgter Darlehenstilgung den Brief dem Schuldner aushändigen wollen. Damit müsse die Annahme ausscheiden, dass die Gläubigerin die Hypothek nach dem 27.7.1972 unter Übergabe des Briefes an einen Dritten abgetreten haben könnte. Dass der Brief heute nicht mehr im Besitz der Gläubigerin sei, ergebe sich aus deren Schreiben vom 18.1.2017 und der Erklärung, Unterlagen über das Darlehen seien nicht mehr vorhanden. Da bei der Gläubigerin keinerlei Unterlagen zu dem Darlehen mehr vorhanden seien, könne aus deren Mitarbeiterkreis niemand aus eigenem Wissen an Eides statt erklären, die Gläubigerin habe nach 1972 – nach Rückführung des Darlehens – nicht außerhalb des Grundbuchs über die Hypothek durch schriftliche Abtretung und Übergabe des Hypothekenbriefes verfügt: Die Abgabe der vom AG geforderten eidesstattlichen Versicherung sei daher objektiv unmöglich. Im Übrigen verkenne das AG die Reichweite der Vermutung nach § 891 Abs. 1 BGB: Da nach dieser Bestimmung vermutet werde, dass das im Grundbuch verlautbarte Recht – die Hypothek – der eingetragenen Person auch zusteht und die eingetragene Gläubigerin die Löschung des Rechts bewilligt hat, bestünde nicht der geringste Anlass für die Vermutung, die Gläubigerin könne außerhalb des Grundbuchs über ihr Recht verfügt haben. Die theoretisch gegebene Möglichkeit, dass die Gläubigerin nach erfolgter Darlehenstilgung außerhalb des Grundbuchs über das eingetragene Recht verfügt habe, sei eine bloße lebensfremde Spekulation. Mit Beschluss vom 19.2.2018 hat das AG den Antrag, den Brief aufzubieten, zurückgewiesen. Zur Begründung führte das AG aus, von den Antragstellern sei nicht nachgewiesen worden, dass deren Vater – der verstorbene Herr R(...) U(...) – der letzte Besitzer des Hypothekenbriefes gewesen sei. Zwar habe die Gläubigerin erklärt, ihm den Brief nach Darlehenstilgung zurücksenden zu wollen, aber ob das tatsächlich erfolgt sei, sei nicht dargetan. Das ergebe sich jedenfalls weder aus der Erteilung der (Ersatz-)Löschungsbewilligung noch aus der Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB, weil diese nur dann greife, wenn der eingetragene Gläubiger auch Besitzer des Hypothekenbriefes sei. Die eingetragene Gläubigerin, die A(...) Lebensversicherungs AG, habe aber gerade verneint, den Brief noch zu besitzen; Unterlagen von damals seien bei ihr nicht mehr vorhanden. Damit sei unbekannt, ob der Brief heute noch existiere und wenn ja, wer ihn besitze. Eine Kraftloserklärung der Urkunde komme daher nicht in Betracht.

4 Gegen diesen Beschluss wenden sich die Antragsteller mit ihrer Beschwerde, mit der sie ihren ursprünglichen Antrag weiterverfolgen. Sie meinen, der Verlust des Hypothekenbriefes sei von ihnen in ausreichender Weise glaubhaft gemacht worden. Das Verlangen, an Eides statt zu versichern, dass auch die Gläubigerin nicht mehr im Besitz des Briefes sei, nicht wisse, wo sich dieser befinde und dass diese nicht außer-

grundbuchlich hierüber verfügt habe, überspanne nicht nur den § 468 Nr. 2 FamFG, sondern sei auch objektiv unmöglich. Konkrete Anhaltspunkte dafür, dass die Gläubigerin die Hypothek außerhalb des Grundbuchs an einen Dritten abgetreten haben könnte, seien nicht ersichtlich. (...)

5 Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Beschwerdegericht vorgelegt.

6 II. 1. Die Beschwerde ist, nachdem die Antragsteller sich gegen eine Endentscheidung des AG in einer Angelegenheit der freiwilligen Gerichtsbarkeit wenden, statthaft (§ 58 Abs. 1 FamFG). Sie ist auch im Übrigen zulässig, weil sie innerhalb der Beschwerdefrist ordnungsgemäß beim AG angebracht (§ 63 Abs. 1, 3 FamFG, § 64 FamFG) und begründet wurde (§ 65 Abs. 1 FamFG). Für die Zulässigkeit der Beschwerde kommt es auf den Wert der zu löschenden Hypothek – insoweit möglicherweise entgegen der Auffassung der Antragsteller (Beschwerdeschrift vom 16.3.2018, dort S. 1; I/41) – nicht weiter an, weil § 61 Abs. 1 FamFG, die Regelung zum Beschwerdewert, in Aufgebotsachen nicht anwendbar ist (§ 439 Abs. 3 FamFG).

7 2. In der Sache selbst bleibt das Rechtsmittel indessen ohne Erfolg.

8 a) Das Aufgebot ist zu erlassen und der Hypothekenbrief für kraftlos zu erklären, wenn der Antragsteller u. a. den Verlust der Urkunde glaubhaft macht (§ 468 Nr. 2, § 469 Satz 2 FamFG, § 1162 BGB). Durch den Vergleich mit § 467 Abs. 1 FamFG ergibt sich, dass unter „Verlust“ im Sinne von § 468 Nr. 2 FamFG entweder die Vernichtung der Urkunde oder deren Abhandenkommen zu verstehen ist. Beide Begriffe sind klar definiert; unter Vernichtung wird der Verlust der Urkundensubstanz in einem solchen Ausmaß verstanden, dass der wesentliche Inhalt der Urkunde nicht mehr feststellbar ist. Eine Urkunde ist dagegen abhandengekommen, wenn ihr Inhaber nicht mehr auf sie zugreifen und sie auch nicht im Wege der Zwangsvollstreckung erlangen kann (vgl. Keidel/Giers, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 466 Rdnr. 11; Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 11. Aufl. 2015, Vor § 466 Rdnr. 3 ff.). Dem Vortrag der Beteiligten zufolge soll die Urkunde unauffindbar sein; ihnen ist es nicht möglich, diese vorzulegen. Das genügt für einen Verlust im Sinne der gesetzlichen Bestimmungen jedoch noch nicht:

9 b) Die Antragsteller haben durch eidesstattliche Erklärung vom 8., 9. bzw. 10.1.2018 (...) jeweils glaubhaft gemacht, dass sie den (richtig:) Hypothekenbrief nicht mehr auffinden können und dass weder sie noch der Notar im Besitz des Briefes seien. Ihre Nachforschungen seien ohne Erfolg geblieben. Weiter haben sie an Eides statt versichert, dass sie nicht außergrundbuchlich über das Recht verfügt haben. Dass ein Dritter über das Recht nicht außergrundbuchlich verfügt hat, ergibt sich aus ihrer eidesstattlichen Versicherung nicht: Denn der Erklärende kann nur sein eigenes Wissen glaubhaft machen, aber nicht Tatsachen, die er nicht selbst hat wahrnehmen können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.7.2010, 3 Wx 121/10, RNotZ 2012, 34, juris LS und Rdnr. 21 sowie Keidel/Sternal, FamFG, § 31 Rdnr. 12). Glaubhaft gemacht ist damit lediglich dasjenige, was die Antragsteller haben wahrnehmen können; dass die Gläubigerin nicht über die Hypothek

außerhalb des Grundbuchs verfügt hat (§ 1154 Abs. 1, § 1117 BGB) konnten sie mangels eigener Wahrnehmung daher nicht eidesstattlich versichern.

10 c) Dass die Gläubigerin außerhalb des Grundbuchs nicht über die Hypothek verfügt hat, wurde ebenfalls nicht glaubhaft gemacht. Vielmehr hat die Gläubigerin ausdrücklich erklärt, sich hierzu aufgrund des Zeitablaufs – das zugrunde liegende Darlehen wurde unstreitig vor etwa 45 Jahren getilgt – und weil sämtliche Unterlagen vernichtet seien nicht mehr äußern zu können.

11 d) Die Antragsteller vermochten – worauf das AG zu Recht hingewiesen hat – schließlich auch nicht glaubhaft zu machen, dass der Hypothekenbrief ihnen bzw. ihrem Rechtsvorgänger abhandengekommen ist: Aus dem von ihnen vorgelegten Schreiben der Gläubigerin vom 27.7.1972 (...) ergibt sich lediglich, dass diese den Brief nach Tilgung des Darlehens dem früheren Schuldner bzw. Grundeigentümer aushändigen wollte. Dass der Brief tatsächlich ausgehändigt wurde, geht aus dem Schreiben nicht hervor; das behaupten auch die Antragsteller nicht. Im Gegenteil; sie tragen unter Hinweis auf gewisse Indizien ausdrücklich vor, dass das zwar wahrscheinlich sei, aber keineswegs, dass dieser Vortrag überwiegend wahrscheinlich ist. Demgemäß wurde von ihnen auch nicht glaubhaft gemacht, dass ihr Vater im Besitz des Briefes war. Damit bleibt offen,

– wem der Hypothekenbrief abhandengekommen sein soll; ob das der Rechtsvorgänger der Antragsteller war, die Antragsteller, die Gläubigerin oder womöglich eine dritte Person, der die Hypothek außerhalb des Grundbuchs übertragen wurde; sowie

– ob die Hypothek nicht möglicherweise außerhalb des Grundbuchs durch schriftliche Abtretung und Briefübergabe abgetreten wurde (§ 1154 BGB).

12 e) Den Antragstellern ist einzuräumen, dass die genannten Möglichkeiten insgesamt zwar eher fern liegend erscheinen mögen. Aber ihre Darstellung hat, gesamthaft betrachtet, gerade nicht die überwiegende Wahrscheinlichkeit für sich (vgl. Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 294 Rdnr. 6), dass der Brief ihnen bzw. ihrem Rechtsvorgänger abhandengekommen ist (§ 467 Abs. 1, § 468 Nr. 1 FamFG) und damit die Voraussetzungen für den Erlass des Aufgebots vorliegen. Ein Aufgebotsverfahren kommt nämlich nur in Betracht, wenn der Grundpfandgläubiger bekannt ist und lediglich der Brief abhandengekommen ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.8.2016, 3 Wx 153/15, RNotZ 2018, 127 = BeckRS 2016, 126158; KG, Beschluss vom 15.12.2014, 12 W 65/14, MDR 2015, 362, juris Rdnr. 12; Beschluss vom 25.10.2010, 12 W 30/10, NotBZ 2011, 99 = BeckRS 2010, 27965), aber nicht, wenn darüber hinaus – wie hier – unklar ist, wer Grundpfandgläubiger ist bzw. nicht glaubhaft gemacht ist, dass sich der Brief zuletzt in den Händen des das Aufgebotsverfahren betreibenden Beteiligten befunden hat.

13 f) Die Antragsteller können sich mit ihrem Vortrag auch nicht auf die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB stützen. Denn insoweit ist anerkannt, dass aufgrund der Möglichkeit, Briefrechte außerhalb des Grundbuchs zu übertragen, § 891 BGB nur dann für den eingetragenen Briefberechtigten strei-

tet, wenn dieser nicht nur auf die Eintragung seines Rechts verweisen kann, sondern mindestens mittelbarer Besitzer des Briefes ist (vgl. Palandt/Herrler, 77. Aufl. 2018, § 891 Rdnr. 5). Das ist, wie der Gläubiger indessen schriftlich versichert hat, nicht der Fall; der Gläubiger erklärt ausdrücklich, sich hierzu mangels Unterlagen nicht erklären zu können.

14 Damit kann die Beschwerde keinen Erfolg haben, sondern ist zurückzuweisen.

15 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG; nachdem sich die Beschwerde als erfolglos erweist, sind die Kosten hierfür von den Antragstellern zu tragen. Die gesetzliche Grundlage für die Festsetzung des Beschwerdewerts ergibt sich aus § 1 Abs. 1, § 36 Abs. 3 GNotKG; es hat beim Anfangswert von 5.000 € sein Bewenden (vgl. Schneider/Herget/Thiel, Streitwertkommentar, 14. Aufl. 2016, Rdnr. 6890, 6895). Die Zulassung der Rechtsbeschwerde ist nicht veranlasst, da die Voraussetzungen hierfür nicht vorliegen (§ 70 Abs. 2 FamFG).

BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

11. Erforderlichkeit einer familiengerichtlichen Genehmigung bei fehlendem unmittelbaren Zusammenhang zwischen Erwerb und Belastung des Eigentums (hier: Nießbrauch)

KG, Beschluss vom 5.9.2019, 1 W 227/19, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

BGB § 1629 Abs. 1 Satz 1, § 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1

GBO § 13 Abs. 1, § 19

LEITSATZ:

Hat sich der Veräußerer bei der Übertragung eines Wohnungseigentums auf einen Minderjährigen die Einräumung eines Nießbrauchs vorbehalten, ist zu dessen Eintragung die familiengerichtliche Genehmigung der Bewilligung erforderlich, wenn die Eintragung des Nießbrauchs (versehentlich) nicht zugleich mit der Eigentumsumschreibung auf den Minderjährigen beantragt und letztere bereits im Grundbuch vollzogen worden ist (entgegen OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 9.9.1980, 20 W 168/80, OLGZ 1981, 32).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 2 war als Eigentümerin in Abt. I des im Beschlusseingang bezeichneten Wohnungsgrundbuchs eingetragen. Mit „Übertragungsvertrag“ vom 6.7.2018, UR-Nr. 8(...) /2(...) des Notars S(...) in B(...) – ließ sie das Wohnungseigentum an den damals fünfjährigen Beteiligten zu 1 auf und behielt sich ein Nießbrauchsrecht sowie das Recht, unter bestimmten Voraussetzungen die Rückübertragung ver-

langen zu können, vor. Sie bewilligte für sich und als vollmachtlose Vertreterin des Beteiligten zu 1 die Eintragung eines Nießbrauchs und eine Rückauffassungsvormerkung im Grundbuch. Die Beteiligten beauftragten den Urkundsnotar mit dem grundbuchlichen Vollzug der Urkunde, wobei er berechtigt wurde, Eintragungsanträge auch getrennt zu stellen. Die Eltern des Beteiligten zu 1 genehmigten die in seinem und ihrem von der Beteiligten zu 2 abgegebenen Erklärungen am 26.7.2018, UR-Nr. 1(...) (...) /2(...) des Notars Dr. K(...) in M(...).

2 Mit Schriftsatz vom 11.9.2018 beantragte Notar S(...) unter Vorlage seiner UR-Nr. 8(...) /2(...) „die Eintragung des Eigentumswechsels gemäß § 6 des vorgenannten Vertrages“. Dem entsprach das Grundbuchamt mit Verfügung vom 11.12.2018.

3 Mit Schriftsatz vom 24.5.2019 hat Notar S(...) „die Eintragung des Nießbrauchsrechts zugunsten (der Beteiligten zu 2) gemäß § 4 der UR-Nr. 8(...) /2(...)“ beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Verfügung vom 29.5.2019 unter Fristsetzung die Vorlage einer familiengerichtlichen Genehmigung aufgegeben und auf den Hinweis des Notars, es sei lediglich versehentlich bei der Eigentumsumschreibung die Eintragung des vorbehaltenen Nießbrauchs nicht beantragt worden, an der Zwischenverfügung festgehalten. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 5.8.2019 mit der der Notar zugleich auch die Eintragung einer Rückauffassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 2 beantragt hat. Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 12.8.2019 der Beschwerde nicht abgeholfen.

4 II. 1. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist lediglich das in der angefochtenen Zwischenverfügung aufgeführte Eintragungshindernis, nicht hingegen der Eintragungsantrag als solcher (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 77 Rdnr. 12 und 15). Allerdings bezieht sich die angefochtene Zwischenverfügung auch nur auf die mit Schriftsatz vom 24.5.2019 beantragte Eintragung eines Nießbrauchs zugunsten der Beteiligten zu 2, was die Nachprüfung durch den Senat hierauf begrenzt. Die mit der Beschwerde erstmals beantragte Eintragung einer Rückauffassungsvormerkung ist deshalb nicht Gegenstand des Beschwerdeverfahrens (*Demharter*, § 74 Rdnr. 6).

5 2. Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das von dem Grundbuchamt aufgezeigte Eintragungshindernis besteht, sodass Anlass für den Erlass der angefochtenen Zwischenverfügung bestand, § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO.

6 Die Eintragung eines Nießbrauchs erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, wenn sie derjenige, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO bewilligt, § 19 GBO. Die Bewilligung kann auch durch einen Vertreter erfolgen. In diesem Fall ist dem Grundbuchamt auch dessen Vertretungsmacht nachzuweisen. Soweit die Wirksamkeit materiellrechtlicher Erklärungen eines Vertreters von der Zustimmung eines Dritten abhängt, wird dadurch auch die Vertretungsmacht zur Abgabe der verfahrensrechtlichen Eintragungsbewilligung beschränkt. Dem Grundbuchamt ist dann auch die Zustimmung des Dritten nachzuweisen (*Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 63). Das ist hier der Fall.

7 Zur Verfügung über ein Grundstück oder ein Recht an einem Grundstück ihres minderjährigen Kindes bedürfen die sorgeberechtigten Eltern der Genehmigung des Familiengerichts,

§ 1821 Abs. 1 Nr. 1, § 1643 Abs. 1, § 1629 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Belastung des Grundstücks des Kindes mit einem Nießbrauch ist eine solche Verfügung und danach genehmigungsbedürftig (Palandt/*Götz*, 78. Aufl., § 1821 Rdnr. 8). Dem Grundstück gleichgestellt ist insoweit das Wohnungseigentum (BeckOGK-BGB/*Fuchs*, 2019, § 1821 Rdnr. 19).

8 Etwas anderes folgt nicht daraus, dass sich die Beteiligte zu 2 einen Nießbrauch an dem Wohnungseigentum in der UR-Nr. 8(...) /2(...) vorbehalten und im eigenen sowie im Namen des Beteiligten zu 1 die Eintragung im Wohnungsgrundbuch bewilligt hatte. Allerdings ist eine familiengerichtliche Genehmigung dann nicht erforderlich, wenn die Belastung des Grundstücks im Zusammenhang mit dessen Erwerb durch den Minderjährigen erfolgt. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB schützt nur das dem Minderjährigen bereits gehörende Grundvermögen (BGH, FamRZ 1998, 24, 25; BGHZ 24, 372, 375). Wird das Grundstück mit der Eigentumsumschreibung mit einem dinglichen Recht belastet, erwirbt der Minderjährige nicht anders, als wenn er von vornherein belastetes Eigentum erhalten hätte (*Krüger*, ZNotP 2006, 202, 205).

9 Darum geht es vorliegend aber nicht; der zur Entscheidung stehende Sachverhalt stellt sich anders dar. Durch seine Eintragung in Abt. I des Wohnungsgrundbuchs hat der Beteiligte zu 1 unbelastetes Wohnungseigentum erhalten, denn in Abt. II und III sind keine Rechte gebucht. Mit der nunmehr beantragten Eintragung des Nießbrauchs soll das bestehende Wohnungseigentum des Beteiligten zu 1 erstmals belastet werden. Damit ist aber der Schutzbereich des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB eröffnet. Es fehlt der unmittelbare Zusammenhang zwischen Erwerb des Eigentums und seiner Belastung.

10 Dabei ist es unerheblich, ob die gleichzeitige Beantragung von Eigentumsumschreibung und Eintragung des Nießbrauchs versehentlich unterblieben ist. Immerhin war der Notar von den Beteiligten ermächtigt worden, die Anträge auch getrennt voneinander zu stellen, § 8 der UR-Nr. 8(...) /2(...). Ebenfalls kommt es nicht darauf an, ob der Beteiligte zu 1 aufgrund der mit der Beteiligten zu 2 getroffenen schuldrechtlichen Vereinbarungen zur Belastung des Wohnungseigentums mit dem Nießbrauch verpflichtet ist und die Belastung insoweit in Erfüllung einer solchen Pflicht erfolgen soll (Staudinger/*Veit*, Neub. 2014, § 1821 Rdnr. 18; MünchKommBGB/*Kroll-Ludwigs*, 7. Aufl., § 1821 Rdnr. 23; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl., Rdnr. 634; *Jürgens/von Crailsheim*, Betreuungsrecht, 6. Aufl., § 1821 Rdnr. 19; *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., Einleitung E Rdnr. 154; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 3611).

11 Der gegenteiligen Auffassung des OLG Frankfurt a. M. (OLGZ 1981, 32) vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Zwar war der dortige Sachverhalt dem Grunde nach mit dem hiesigen vergleichbar. Auch dort hatte sich der Veräußerer die – nachträgliche – Belastung des Grundstücks (mit Grundpfandrechten) vorbehalten. Das ändert aber nichts daran, dass die dortigen Erwerber – wie hier – zunächst unbelastetes Eigentum erworben hatten. Das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft ist – wie stets – von dem dinglichen Verfügungsgeschäft zu trennen (vgl. BGH, NJW 2005, 2005, 415, 416). Dem entsprechen im Übrigen auch die von dem OLG Frankfurt a. M. zitierten Entscheidungen BayObLG vom

14.6.1967 (BayObLGZ 1967, 245) und vom 15.2.1979 (BayObLGZ 1979, 49). Dort sollte jeweils der Vollzug der Eigentumsumschreibung auf den Minderjährigen gleichzeitig (hierzu vgl. *Krüger*, ZNotP 2006, 202, 205) mit der Belastung des Grundstücks erfolgen.

12 3. Vorsorglich und ohne Bindungswirkung für das Grundbuchamt weist der Senat darauf hin, dass auch die Bewilligung einer (Rück-)Auflassungsvormerkung an dem Grundstück eines Minderjährigen durch den gesetzlichen Vertreter der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf (Senat, Beschluss vom 9.8.2016, 1 W 169/16, Rpfleger 2017, 266, 267).

13 4. Im Hinblick auf die von dem Senat abweichende Auffassung des OLG Frankfurt a. M. (a. a. O.) ist die Rechtsbeschwerde zuzulassen, § 78 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GBO.

(...)

12. Abänderung des Kinderunterhalts bei hohem Einkommen

KG, Beschluss vom 26.6.2019, 13 UF 89/17, mitgeteilt von Dr. **Martin Menne**, Richter am KG

BGB §§ 313, 1629 Abs. 2 Satz 2
FamFG § 235

LEITSÄTZE:

1. Das minderjährige Kind, vertreten durch den obhutgewährenden Elternteil, ist berechtigt, eine Abänderung der in der notariell beurkundeten Scheidungsfolgenvereinbarung seiner Eltern enthaltenen Regelung zum Kindesunterhalt zu verlangen, wenn ihm in der Urkunde ein eigenes Forderungsrecht eingeräumt wurde. Die Einräumung eines eigenen Forderungsrechts kann angenommen werden, wenn der barunterhaltspflichtige Elternteil sich ausdrücklich auch gegenüber dem Kind der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein Vermögen unterworfen hat und vereinbart wurde, dass dem Kind jederzeit eine eigene vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilt werden kann.

(...)

3. Im Rahmen der „Begründetheit“ hat der Antragsteller die neuen, veränderten Parameter in das durch den Unterhaltstitel vorgegebene „Raster“ einzustellen und im Sinne einer Differenzbetrachtung aufzuzeigen, dass bzw. inwieweit eine Veränderung der Verhältnisse eingetreten ist und dass es ihm deshalb unzumutbar ist, an dem unveränderten Titel festgehalten zu werden. Dieser Vortrag setzt zwingend eine ziffernmäßig unterlegte Differenzbetrachtung voraus, weil es für § 313 BGB nicht ausreicht, dass sich lediglich einzelne Parameter geändert haben, wenn daraus nicht auch eine Änderung „per Saldo“ resultiert.

4. Bei diesen Grundsätzen bleibt es auch dann, wenn der Antragsteller von einer in der Urkunde vereinbarten Unterhaltsbemessung anhand der „Düsseldorfer Tabelle“ auf eine Unterhaltsbemessung nach dem konkreten Bedarf übergehen will; auch dann ist von ihm darzulegen, dass eine wesentliche Veränderung in den der Unterhaltsberechnung ursprünglich zugrunde gelegten Verhältnissen eingetreten ist.

5. Die Erklärung des Antragsgegners, unbegrenzt leistungsfähig zu sein, führt nicht dazu, dass die Darlegung, inwieweit sich die aktuellen Verhältnisse gegenüber den Verhältnissen bei Errichtung der Unterhaltsurkunde verändert haben, entbehrlich wäre. Auch führt eine solche Erklärung nicht dazu, dass der Unterhaltsbedarf des Kindes ohne Rücksicht auf die Höhe des Einkommens oder des Vermögens des unterhaltspflichtigen Elternteils ermittelt werden könnte.

(...)

7. Der Unterhaltsanspruch des Kindes umfasst ausschließlich dessen eigenen Bedarf und nicht – wie beispielsweise im schweizerischen Recht nach Art. 285 Abs. 2 ZGB – den Lebensbedarf der primären Betreuungsperson des Kindes.

8. Für das Unterhaltsrecht gilt das Prinzip der Zeitidentität: Da die Bedürftigkeit des Berechtigten und die Leistungsfähigkeit des Unterhaltsberechtigten jeweils zeitgleich in dem Zeitraum vorhanden sein müssen, für den Unterhalt verlangt wird, ist es dem Unterhaltsberechtigten verwehrt, den von ihm behaupteten konkreten Unterhaltsbedarf anhand von Belegen darzustellen, die aus anderen Zeitabschnitten herrühren, für die Unterhalt begehrt wird.

9. Da die Unterhaltsgewährung für ein minderjähriges Kind (lediglich) die Befriedigung seines – ggf. auch gehobenen – Lebensbedarfs bedeutet, aber nicht Teilhabe am Luxus und weil der Grundbedarf eines Kindes u. a. für Nahrung, Kleidung, Wohn- und Schulbedarf etc. regelmäßig bereits durch die Ansätze der „Düsseldorfer Tabelle“ abgedeckt wird, sind vom Kind, das Kindesunterhalt auf der Grundlage einer konkreten Bedarfsberechnung begehrt, etwaige besonders kostenintensive Bedürfnisse aufzuzeigen und von ihm ist darzulegen, welche Mittel zu deren Deckung notwendig sind.

13. Adoption durch genetische Mutter nach Leihmutterschaft

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 28.2.2019, 1 UF 71/18

BGB §§ 1591, 1741 Abs. 1 Satz 1
GG Art. 6 Abs. 1

LEITSATZ:

Die genetische Mutter kann ihr fremdausgetragenes Kind bereits dann adoptieren, wenn die Adoption dem Kindeswohl dient. Die Inanspruchnahme einer Leihmutterschaft stellt keine gesetzes- oder sittenwidrige Vermittlung oder Verbringung dar, sodass spätere Adoptionen nicht dem strengeren Maßstab der Erforderlichkeit nach § 1741 Abs. 1 Satz 2 BGB unterliegen.

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

14. Sittenwidrigkeit eines Behinderten-testaments

BGH, Beschluss vom 24.7.2019, XII ZB 560/18 (Vorinstanz: LG Verden, Beschluss vom 22.10.2018, 1 T 121/18)

BGB § 138 Abs. 1, §§ 1836c, 1908i Abs. 1 Satz 1, §§ 2205, 2209, 2216 Abs. 1
SGB XII § 90 Abs. 1, 2

LEITSATZ:

Ein Behindertentestament ist nicht allein deshalb sittenwidrig, weil in der letztwilligen Verfügung konkrete Verwaltungsanweisungen an den Testamentsvollstrecker fehlen, aus denen sich ergibt, in welchem Umfang und zu welchen Zwecken der Betroffene Vorteile aus dem Nachlass erhalten soll.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Betroffene wendet sich mit seiner Rechtsbeschwerde gegen die ihm auferlegte Verpflichtung zur Erstattung einer bereits aus der Landeskasse bezahlten Betreuervergütung.

2 Für den Betroffenen ist wegen einer psychischen Erkrankung seit 1998 ein Berufsbetreuer mit dem Aufgabenkreis Vermögenssorge, Gesundheitsvorsorge sowie Geltendmachung von gesetzlichen Ansprüchen bestellt. Der am 30.10.2014 verstorbene Vater des Betroffenen setzte in einem notariellen Testament vom 23.6.2010 den Betroffenen und dessen Schwester, die zu 100 % behindert ist, mit einem Anteil von jeweils 18 % am Nachlass als Vorerben ein. Ein weiterer Sohn des Erblassers wurde zum Vollerben mit einem Anteil von 64 % bestimmt und im Übrigen auch als Nacherbe nach dem Betroffenen und dessen Schwester eingesetzt. Weiter ordnete der Erblasser hinsichtlich der beiden Vorerben Dauertestamentsvollstreckung nach § 2209 BGB bis zu deren jeweiligen Tod an. Als Aufgabe des Testamentsvollstreckers bestimmte der Erblasser die Ausübung der den Vorerben zustehenden Verwaltungsrechte. Verfügungen über die Erbteile selbst sind dem Testamentsvollstrecker nicht gestattet. Der Wert des Erbteils des Betroffenen beträgt nach Auskunft des Testamentsvollstreckers ca. 32.456 €. Der Nacherbe erklärte sich bereit, auf eine mündelsichere Anlage des Erbteils zu verzichten, und gestattete es dem Testamentsvollstrecker, für den Betroffenen aus der Vermögenssubstanz jährlich „bis zu 2.500 €“ zur Steigerung von dessen Lebensqualität zu entnehmen.

3 Nachdem die Betreuervergütung zunächst im vereinfachten Verwaltungsverfahren aus der Landeskasse gezahlt wurde, hat das AG mit dem angegriffenen Beschluss entschieden, dass der Betroffene für den unverjährten Zeitraum vom 1.1.2015 bis 31.3.2018 einen Betrag i. H. v. 3.432 € an die Landeskasse zu erstatten hat. Die Beschwerde des Betroffenen hat das LG zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich dieser mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

4 II. Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angegriffenen Beschlusses. Zudem ist die Festsetzung der Erstattung ersatzlos aufzuheben.

5 1. Das LG hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

6 Wegen der in den letzten drei Jahren aus der Staatskasse erfolgten Vergütung des Betreuers sei Rückgriff in das Vermögen des Betroffenen zu nehmen. Dieser sei nicht mittellos, weil sein Erbe, das nach den Angaben des Testamentsvollstreckers einen Wert von 32.520,41 € habe, Bestandteil des Vermögens des Betroffenen geworden und vom Testamentsvollstrecker zur Entrichtung der Betreuervergütung freizugeben sei. Zwar führe die durch ein sog. Behindertentestament angeordnete (Vor-)Erbschaft bei gleichzeitiger Anordnung einer Dauertestamentsvollstreckung grundsätzlich zu einer Einschränkung der Verfügungsbefugnis des Erben gemäß § 2211 BGB. Daher könnten sich Gläubiger, die nicht zu den Nachlassgläubigern gehören, nicht an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstände halten. Dies schließe auch eine Verwertung des Nachlasses für die Betreuervergütung grundsätzlich aus. Im vorliegenden Fall verstoße das Testament jedoch gegen § 138 Abs. 1 BGB, weil der Erblasser seine beiden behinderten Kinder sittenwidrig benachteiligt habe, indem er öffentlichen Leistungsträgern, die in der Vergangenheit für ihre Versorgung aufgekommen seien oder in Zukunft aufkommen würden, keinen Anteil am Nachlass eröffne. In dem Testament fehle es an konkreten Verwaltungsanweisungen an den Testamentsvollstrecker, aus denen sich ergebe, in welchem Umfang und für welche Zwecke der Betroffene Vorteile aus dem Nachlass erhalten solle. Das Testament sei auch unter Berücksichtigung seines weiteren Inhalts nicht dahin gehend auszulegen, dass der Betroffene irgendwelche Vorteile aus dem Nachlassvermögen erhalten solle. Folglich sei das Testament nicht Ausdruck einer sittlich anzuerkennenden Sorge für das Wohl des Kindes über den Tod des Erblassers hinaus, sondern diene ausschließlich der einseitigen Bevorzugung und Sicherung des gesamten Nachlasses zugunsten des nicht behinderten Sohns und damit der Verhinderung eines Zugriffs der Sozial-

hilfe- und übrigen Leistungsträger auf die Erbteile der beiden behinderten Familienangehörigen. Dafür spreche auch, dass die den beiden behinderten Kindern zugewandten Erbteile nur geringfügig über dem Wert des Pflichtteilsanspruchs lägen und der ebenfalls behinderten Ehefrau des Erblassers lediglich ein Vermächtnis ausgesetzt worden sei.

7 Die Sittenwidrigkeit des Testaments entfalle auch nicht dadurch, dass sich der Nacherbe bereit erklärt habe, auf eine mündelsichere Anlage des Erbteils zu verzichten und es dem Testamentsvollstrecker zu gestatten, für den Betroffenen aus der Vermögenssubstanz jährlich „bis zu 2.500 €“ zur Steigerung von dessen Lebensqualität zu entnehmen. Eine solche Anordnung habe der Erblasser treffen müssen, um dem Betroffenen auch einen entsprechenden Anspruch auf die Leistung zu verschaffen.

8 Da der Erbteil des Betroffenen das Schonvermögen von 5.000 € übersteige, sei der gegen das Vermögen des Betroffenen festgesetzte Betrag an die Landeskasse zu leisten.

9 2. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

10 a) Vergütungsschuldner des Berufsbetreuers ist bei Mittellosigkeit des Betreuten die Staatskasse (§ 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1836 Abs. 1 Satz 3 BGB i. V. m. § 1 Abs. 2 Satz 2 VBVG) und bei vorhandenem verwertbaren Vermögen der Betreute (§ 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1836 Abs. 1 BGB i. V. m. § 1 Abs. 2 Satz 1 VBVG). Soweit die Staatskasse Leistungen zur Vergütung eines Betreuers erbracht hat, geht gemäß § 1908i Abs. 1 BGB i. V. m. § 1836e Abs. 1 Satz 1 BGB der Anspruch des Betreuers gegen den Betreuten auf die Staatskasse über. Ob bzw. inwieweit die Staatskasse den Betreuten aus der übergebenen Forderung tatsächlich in Anspruch nehmen kann, bestimmt sich nach dessen Leistungsfähigkeit. Maßstab hierfür ist das nach § 1836c BGB einzusetzende Einkommen und Vermögen des Betreuten, auf das seine Inanspruchnahme begrenzt ist (Senatsbeschluss vom 26.11.2014, XII ZB 542/13, FamRZ 2015, 488 Rdnr. 8). Das vom Betreuten einzusetzende Vermögen bestimmt sich gemäß § 1836c Nr. 2 BGB nach § 90 SGB XII. Dabei geht § 90 Abs. 1 SGB XII von dem Grundsatz aus, dass das gesamte verwertbare Vermögen für die Betreuervergütung einzusetzen ist, soweit es nicht zu dem in § 90 Abs. 2 SGB XII abschließend aufgezählten Schonvermögen gehört. Im Übrigen bleibt gemäß § 90 Abs. 3 SGB XII Vermögen unberücksichtigt, dessen Einsatz oder Verwertung für den Betroffenen eine Härte bedeuten würde (Senatsbeschluss vom 26.11.2014, XII ZB 542/13, FamRZ 2015, 488 Rdnr. 8 f. m. w. N.).

11 b) Danach verfügt der Betroffene über kein verwertbares Vermögen. Der Betroffene muss weder seinen Erbteil noch die daraus erzielten Erträge für die Betreuervergütung einsetzen. Die angeordnete Testamentsvollstreckung schränkt die Verfügungsbefugnis des Betroffenen gemäß § 2211 BGB ein; dementsprechend können sich die Gläubiger des Erben, die nicht zu den Nachlassgläubigern gehören, nicht an die der Verwaltung des Testamentsvollstreckers unterliegenden Nachlassgegenstände halten, § 2214 BGB (Senatsbeschluss vom 27.3.2013, XII ZB 679/11, FamRZ 2013, 874 Rdnr. 21). Dies schließt eine Verwertung des Nachlasses für die Betreuervergütung grundsätzlich aus. Entgegen der Auffassung des LG

ist das Testament vom 23.6.2010 auch nicht nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig.

12 aa) Nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH zum sog. Behindertentestament sind Verfügungen von Todes wegen, in denen Eltern eines behinderten Kindes die Nachlassverteilung durch eine kombinierte Anordnung von Vor- und Nacherbschaft sowie einer – mit konkreten Verwaltungsanweisungen versehenen – Dauertestamentsvollstreckung so gestalten, dass das Kind zwar Vorteile aus dem Nachlassvermögen erhält, der Sozialhilfeträger auf dieses jedoch nicht zugreifen kann, grundsätzlich nicht sittenwidrig, sondern vielmehr Ausdruck der sittlich anzuerkennenden Sorge für das Wohl des Kindes über den Tod der Eltern hinaus (Senatsbeschlüsse vom 10.5.2017, XII ZB 614/16, FamRZ 2017, 1259 Rdnr. 12; vom 1.2.2017, XII ZB 299/15, FamRZ 2017, 758 Rdnr. 15 und vom 27.3.2013, XII ZB 679/11, FamRZ 2013, 874 Rdnr. 20; BGHZ 188, 96 = FamRZ 2011, 472 Rdnr. 12 m. w. N.).

13 bb) Den Grund für die Annahme, das vorliegende Testament sei sittenwidrig, hat das LG insbesondere darin gesehen, dass in der letztwilligen Verfügung keine konkreten Verwaltungsanweisungen an den Testamentsvollstrecker enthalten sind, aus denen sich ergibt, in welchem Umfang und zu welchen Zwecken der Betroffene Vorteile aus dem Nachlass erhalten soll. Aus diesem Unterschied zwischen dem „klassischen“ und damit nicht sittenwidrigen Behindertentestament zu dem vorliegenden Testament hat das LG geschlossen, dass die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft im vorliegenden Fall allein dazu diene, den Zugriff des Sozialhilfeträgers auf die Erbteile der behinderten Kinder zu verhindern und dies zur Sittenwidrigkeit des Testaments führe. Dem kann nicht gefolgt werden.

14 Aufgrund der grundrechtlich durch Art. 14 Abs. 1 GG geschützten Testierfreiheit kann einer letztwilligen Verfügung nur in eng begrenzten Ausnahmefällen die Wirksamkeit versagt werden, wenn dies aufgrund übergeordneter Wertungen, etwa infolge objektiver Wertentscheidungen der Grundrechte, die über Generalklauseln wie § 138 Abs. 1 BGB in das Zivilrecht hineinwirken, erforderlich ist. In solchen Fällen muss jedoch stets die Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts, nicht etwa dessen Rechtfertigung, konkret begründet werden. Grundsätzlich können demzufolge alle im Erbrecht vom Gesetz bereitgestellten Gestaltungsinstrumente einschließlich ihrer Kombinationsmöglichkeiten zunächst ausgeschöpft werden (vgl. BGHZ 188, 96 = FamRZ 2011, 472 Rdnr. 18 und BGHZ 123, 368 = FamRZ 1994, 162, 164 f.).

15 Im Lichte dieses Verständnisses kommt eine Einschränkung der Testierfreiheit durch Anwendung des § 138 Abs. 1 BGB nur in Betracht, wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit auf eine klare, deutlich umrissene Wertung des Gesetzgebers oder allgemeine Rechtsauffassung stützen könnte (BGHZ 123, 368 = FamRZ 1994, 162, 164 f.). Weder das eine noch das andere hat das LG hier festgestellt. Allein die vom LG dem Erblasser unterstellte Absicht, durch die Gestaltung des Testaments den gesamten Nachlass nur zugunsten des nicht behinderten Sohns sichern und einen Zugriff der Sozialhilfe- und übrigen Leistungsträger auf die Erbteile der beiden behinderten Familienangehörigen verhindern zu wollen, würde hierfür

nicht genügen (vgl. BGHZ 188, 96 = FamRZ 2011, 471 Rdnr. 23; BGHZ 123, 368 = FamRZ 1994, 162, 164 f. und BGHZ 111, 36 = FamRZ 1990, 730, 732, jeweils hinsichtlich des Trägers der Sozialhilfe). Hinzu kommt, dass die Annahme des LG, dem Betroffenen würden aus der (Vor-)Erbchaft keinerlei Vorteile zufließen, nicht zutrifft.

16 Auch der Vorerbe ist grundsätzlich wahrer Erbe und damit Inhaber der zum Nachlass gehörenden Vermögenswerte (MünchKomm-BGB/*Grunsky*, 7. Aufl., § 2100 Rdnr. 20). Allerdings kann er, soweit er nicht gemäß § 2136 BGB von den Beschränkungen und Verpflichtungen des § 2113 Abs. 1 BGB und der §§ 2114, 2116 bis 2119, 2123, 2127 bis 2131, 2133, 2134 BGB befreit wurde, nicht über die Nachlassgegenstände verfügen. Ihm stehen jedoch im Verhältnis zum Nacherben die vollen Nutzungen (§ 100 BGB) seiner Vorerbschaft zu, während für den Nacherben lediglich die Substanz des Nachlasses erhalten bleiben muss (BGH, Urteil vom 4.11.1987, IVa ZR 118/86, FamRZ 1988, 279, 280 m. w. N.). Ist eine Dauertestamentsvollstreckung angeordnet, erfasst diese allerdings auch die aus der Vorerbschaft erwirtschafteten Erträge (vgl. Staudinger/*Avenarius*, Neub. 2013, § 2214 Rdnr. 3; Staudinger/*Reimann*, Neub. 2016, § 2205 Rdnr. 44). Ob und in welchem Umfang der Testamentsvollstrecker die Erträge an den Vorerben auszahlen muss, bestimmt sich vorrangig nach den Verwaltungsanordnungen, die der Erblasser in der letztwilligen Verfügung festgelegt hat. Finden sich dort – wie im vorliegenden Fall – keine entsprechenden Regelungen, bestimmt sich dies nach § 2216 Abs. 1 BGB (Staudinger/*Reimann*, § 2209 Rdnr. 24). Der Testamentsvollstrecker ist demnach – außerhalb des Anwendungsbereichs des § 2338 Abs. 1 Satz 2 BGB – grundsätzlich befugt, Erträge zu thesaurieren. Nutzungen sind jedoch an den Erben herauszugeben, soweit dies zur Bestreitung des angemessenen Unterhalts des Erben sowie zur Begleichung fälliger Steuerschulden erforderlich ist (OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2016, 1496, 1497; Staudinger/*Reimann*, § 2216 Rdnr. 17; Palandt/*Weidlich*, 78. Aufl., § 2209 Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, § 2209 Rdnr. 12; BeckOGK-BGB/*Suttman*, Stand: 1.5.2018, § 2209 Rdnr. 37.1).

17 Da der Erblasser im vorliegenden Fall keine anderweitigen Verwaltungsanordnungen für den Testamentsvollstrecker getroffen hat, insbesondere keine ausschließliche Thesaurierung der durch die Erbschaftsgegenstände erzielten Erträge angeordnet hat, kann nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der Betroffene im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) vom Testamentsvollstrecker die Auszahlung von erzielten Erträgen zur Bestreitung seines Unterhalts verlangen kann und ihm deshalb bis zum Eintritt des Nacherbfalls Vorteile aus der Vorerbschaft zufließen. Eine Sittenwidrigkeit des Testaments im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB liegt somit nicht vor.

18 3. Die angefochtene Entscheidung ist daher gemäß § 74 Abs. 5 FamFG aufzuheben. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden, weil diese zur Endentscheidung reif ist (§ 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG). Deshalb ist auf die Beschwerde des Betroffenen auch der Beschluss des AG vom 12.6.2018 aufzuheben.

19 4. Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen (§ 74 Abs. 7 FamFG).

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Dietmar Weidlich**, Roth b. Nürnberg

Mit der vorliegenden Entscheidung erteilt der BGH einmal mehr den Versuchen eine Absage, Regelungen in einem Behindertentestament unter Hinweis auf das Sittenwidrigkeitsverdikt zu kippen.

1. Herausgabepflicht in Bezug auf die Erträge

Die Entscheidung beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit der Frage der Verwendung der Erträge. Anders als die Vermögenssubstanz stehen diese gemäß § 2111 Abs. 1 BGB dem Vorerben und nicht dem Nacherben zu. Ist, wie bei Behindertentestamenten üblich, hinsichtlich der Verwaltung des Nachlasses Testamentsvollstreckung angeordnet, so stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang der Testamentsvollstrecker die Erträge an den Vorerben auszahlen muss.¹ Nach der neuerdings von *Mylich* geäußerten Auffassung hat der Testamentsvollstrecker eine weitreichende Herausgabepflicht für erzielte Erträge und kann diese nur in begrenztem Umfang thesaurieren. Der Anspruch des Erben auf Herausgabe der jährlichen Erträge richtet sich nach der gemäß § 2220 BGB zwingenden Regelung des § 2218 Abs. 1 i. V. m. § 667 Alt. 2 BGB. Erträge könnten daher nur einbehalten werden, soweit sie zur Sicherung der Nachlasssubstanz nötig sind. Dem steht nach *Mylich* auch nicht entgegen, dass der Herausgabeanspruch nach § 667 BGB, auf den § 2218 BGB verweist, grundsätzlich erst mit der Beendigung der Testamentsvollstreckung entsteht. Denn bei einem Dauerauftrag sei eine periodische, d. h. jährliche Auskehrung anzunehmen.² Würde man dem folgen, wären die üblichen Verwaltungsanordnungen des Erblassers, wonach der Testamentsvollstrecker dem Behinderten aus den Nutzungen nur bestimmte, gegenüber dem Sozialhilfeträger rückgriffsfeste Leistungen zukommen lassen soll, nicht umsetzbar. Letztendlich lässt aber das Auftragsrecht, was *Mylich* übersieht, abweichende Vereinbarungen zu,³ sodass meines Erachtens damit auch nicht für die Testamentsvollstreckung über § 2218 Abs. 1 i. V. m. § 667 Alt. 2, § 2220 BGB hinsichtlich der Notwendigkeit periodischer Ausschüttungen ein zwingendes Prinzip abgeleitet werden kann. *Schmidl* weist ferner darauf hin,⁴ dass nach der gesetzlichen Systematik die Pflicht des Testamentsvollstreckers zur ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung nach § 2216 Abs. 1 BGB im Vordergrund steht. Mit Blick auf die § 2218 Abs. 1, § 667 Fall 2 BGB wäre es zu eng, dem Testamentsvollstre-

1 Zu den Konstruktionsmöglichkeiten siehe Mayer/Bonefeld/*J. Mayer*, Testamentsvollstreckung, 4. Aufl. 2015, § 22 Rdnr. 45 ff.

2 ZEV 2019, 246.

3 Siehe Palandt/*Sprau*, 79. Aufl. 2020, § 667 Rdnr. 8; BeckOGK-BGB/*Riesenhuber*, Stand: 1.2.2020, § 667 Rdnr. 38 ff.

4 ZEV 2019, 387, 390.

cker nur den Rückhalt für „notwendige Aufwendungen“ gestatten zu wollen. Dies widerspräche nicht nur der Position des Testamentsvollstreckers als eigenverantwortlichem Nachlassstreuhand, sondern auch der ständigen Rechtsprechung zum hierfür unabdingbaren subjektiv-wirtschaftlichen Entscheidungs- und Ermessensspielraum.

2. Auswirkungen fehlender Verwaltungsanweisungen

Auch der BGH bestätigt im vorliegenden Fall in Übereinstimmung mit früheren Entscheidungen, dass sich die Herausgabepflicht des Testamentsvollstreckers in Bezug auf die Erträge während einer laufenden Dauervollstreckung nach § 2216 BGB richtet.⁵ Das LG Verden als Vorinstanz hatte die Sittenwidrigkeit (§ 138 Abs. 1 BGB) des Testaments damit begründet, dass das Testament keine konkreten Verwaltungsanweisungen enthalte, aus denen sich ergibt, in welchem Umfang und für welche Zwecke der Betroffene Vorteile aus dem Nachlass erhalten solle. Grundsätzlich sei ein Behindertentestament nicht sittenwidrig, sondern vielmehr Ausdruck der sittlich anzuerkennenden Sorge für das Wohl des Kindes über den Tod der Eltern hinaus. Die fehlenden Anordnungen in Bezug auf die Nutzungsverwendung würden allerdings ausschließlich der einseitigen Bevorzugung und Sicherung des gesamten Nachlasses zugunsten des nicht behinderten Sohnes als weiteren Miterben und damit auch einer Verhinderung des Zugriffs der Sozialhilfe- und übrigen Leistungsträger auf die Erbteile der behinderten Familienangehörigen dienen. Da damit auch die behinderten Kinder keine Vorteile aus dem Nachlassvermögen erhalten sollten, könne die Regelung nicht mehr als Ausdruck der sittlich anzuerkennenden Sorge für das Wohl des Kindes über den Tod hinaus anerkannt werden.

Dieser verfehlte Begründungsansatz erstaunt und beruht letztendlich auf der Nachlässigkeit des LG Verden, sich mit der Rechtslage bezüglich der Herausgabepflicht der Nutzungen bei Fehlen einer Erblasserordnung näher auseinanderzusetzen. Der BGH korrigiert dieses Versäumnis und weist mit der herrschenden Meinung⁶ darauf hin, dass in solchen Fällen der Testamentsvollstrecker nach § 2216 Abs. 1 BGB – außerhalb des Anwendungsbereichs des § 2338 Abs. 1 Satz 2 BGB – grundsätzlich befugt ist, Erträge zu thesaurieren. Nutzungen sind jedoch an den Erben herauszugeben, soweit dies zur Bestreitung des angemessenen Unterhalts des Erben sowie zur Begleichung fälliger Steuerschulden erforderlich ist. Da das Testament diesbezüglich keine Einschränkungen enthielt, kann nach dem BGH nicht von vornherein ausgeschlossen werden, dass der Betroffene im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) vom Testamentsvollstrecker die Auszahlung von erzielten Erträgen zur Bestreitung seines Unterhalts verlangen kann und ihm deshalb bis zum Eintritt des

Nacherbfalls Vorteile aus der Vorerbschaft zufließen. Eine Sittenwidrigkeit des Testaments kam daher nicht in Betracht.

3. Vorrang der Erblasserordnungen

Für die gestaltende Rechtspraxis ist ferner der Hinweis des BGH von Bedeutung, dass hinsichtlich der Verwendung der Erträge vorrangig die vom Erblasser festgelegten Verwaltungsanordnungen maßgeblich sind. Dies spricht entgegen zweifelnden Stimmen in der Literatur⁷ dafür, dass entsprechend den üblichen Verwaltungsanordnungen in einem Behindertentestament eine vollständige Thesaurierung der Erträge bzw. Verwendung für vom Erblasser angeordnete und gegenüber dem Sozialhilfeträger rückgriffsfeste Zwecke auch dann zulässig ist, wenn der Unterhaltsbedarf des behinderten Erben aus seinem eigenen Einkommen und Vermögen nicht abgedeckt werden kann und er hierfür staatliche Leistungen in Anspruch nehmen muss.⁸

4. Rücklagenbildung

Hält man die Verwaltungsanordnungen in Bezug auf die Erträge grundsätzlich für zulässig, stellt sich die weitere Frage, ob zumindest die jährlichen Nutzungen, die nicht vollständig aufgebraucht wurden, als Überschuss an den Vorerben herauszugeben sind. Dieser Problematik versucht man dadurch gerecht zu werden, dass der Überschuss als Rücklage für spätere Maßnahmen zur Verbesserung der Lebensqualität des Behinderten zurückgelegt werden darf.⁹ Eine beim Tod des behinderten Vorerben noch vorhandene Rücklage führt allerdings dazu, dass sie nicht mit der Nacherbschaftssubstanz auf die Nacherben übergeht, sondern in den Nachlass des Vorerben, dem die Nutzungen gebühren, fällt, wo sie dann dem Zugriff des Sozialhilfeträgers ausgesetzt ist.¹⁰ Will man auch dies vermeiden, müsste an entsprechende Vermächtniskonstruktionen gedacht werden, was nach *Braun* allerdings kritisch erscheint, da ein solches Vermächtnis sich auf Vermögenswerte bezieht, die nicht vom Erblasser stammen.¹¹ Dies spricht unter Umständen dafür, zu Lebzeiten des Behinderten keine zu großen Rücklagen zu bilden und den möglichen Rücklagenverlust bei Versterben des behinderten Vorerben in Kauf zu nehmen, um nicht zusätzliche Argumente zugunsten einer Sittenwidrigkeit verbunden mit der Gefährdung der Wirksamkeit der sonstigen Testamentsanordnungen zu schaffen.

5 So bereits BGH, Urteil vom 14.5.1986, IVa ZR 100/84, NJW-RR 1986, 1069; Urteil vom 4.11.1987, IVa ZR 118/86, NJW-RR 1988, 386.

6 Siehe BeckOK-BGB/Lange, Stand: 1.2.2020, § 2216 Rdnr. 15 m. w. N.

7 Siehe *Krampe*, AcP 191, 527, 533; *Otte*, JZ 1990, 1027, 1028.

8 Ebenso *Litzenburger*, FD-ErbR 2019, 422415; *Milzer*, NZFam 2019, 1046, 1047. Siehe auch BGH, Beschluss vom 25.9.2019, XII ZB 251/19, FamRZ 20, 47, 48 sowie Beschluss vom 10.5.2017, XII ZB 614/16, NJW-RR 2017, 974, 976, wo der BGH es bejaht hat, dass bei einer entsprechenden Erblasserordnung die Erträge nicht für eine Betreuervergütung herangezogen werden können.

9 Siehe *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 5. Aufl. 2015, § 21 Rdnr. 107.

10 Siehe *Litzenburger*, FD-ErbR 2019, 414370.

11 *Braun*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 107. Zum weiteren Problem fehlender Erträge aufgrund der derzeitigen Niedrigzinsphase siehe *Spall*, ZEV 2017, 26 ff.

15. Testamentsauslegung „für den Fall gleichzeitigen Ablebens“

BGH, Beschluss vom 19.6.2019, IV ZB 30/18 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 23.10.2018, 21 W 38/18)

BGB §§ 2247, 2267

LEITSÄTZE:

1. Zur Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments, in dem Schlusserben „für den Fall eines gleichzeitigen Ablebens“ eingesetzt wurden.
2. Bei der Ermittlung des wahren Willens des Erblassers darf sich der Richter nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränken, sondern hat den Wortsinn der benutzten Ausdrücke zu hinterfragen. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Der Erblasserwille geht jedoch nur dann jeder anderen Interpretation, die der Wortlaut zulassen würde, vor, falls er formgerecht erklärt ist. Wenn der (mögliche) Wille in dem Testament auch nicht andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck gekommen ist, ist er unbeachtlich. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Sind in einem gemeinschaftlichen Testament Neffen und Nichten als Erben „für den Fall eines gleichzeitigen Ablebens“ der Testierenden eingesetzt, so kann dem keine generelle Schlusserbeneinsetzung entnommen werden. Ein besonderes Näheverhältnis deutet nichts dazu an, unter welchen Bedingungen der nahestehenden Person etwas zugewendet werden soll. (Leitsatz der Schriftleitung)

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 944.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

16. Zulässigkeit des Eintritts der Komplementärin nach Wirksamwerden des Formwechsels einer GmbH in eine GmbH & Co. KG

OLG Oldenburg, Beschluss vom 19.12.2019, 12 W 133/19

UmwG § 194 Abs. 1 Nr. 3, § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1, §§ 226, 228 Abs. 1

LEITSATZ:

Beim Formwechsel einer GmbH in eine KG ist der Eintritt des persönlich haftenden Gesellschafters mit Wirksamwerden des Formwechsels möglich.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 ist als Gesellschaft mit beschränkter Haftung seit dem 13.10.2011 im Handelsregister des AG Oldenburg eingetragen. Alleinige Gesellschafterin der Beteiligten zu 1 ist die Beteiligte zu 2. Die Beteiligte zu 2 ist ferner alleinige Gesellschafterin der Beteiligten zu 3. Mit Urkunde vom 31.7.2019 (...) des Notars (...) vereinbarten die Beteiligte zu 2 und die Beteiligte zu 3, die Beteiligte zu 1 unter Beteiligung der Beteiligten zu 3 als Komplementärin formwechselnd in eine Kommanditgesellschaft umzuwandeln. Hierzu trat die Beteiligte zu 2 in eine Gesellschafterversammlung ein und beschloss mit Zustimmung der Beteiligten zu 3 die formwechselnde Umwandlung der Beteiligten zu 1 in eine Kommanditgesellschaft mit der Firma (...) UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG. Als Komplementärin soll die Beteiligte zu 3 ohne Kapitaleinlage mit Eintragung des Formwechsels im Handelsregister der Beteiligten zu 1 beitreten. Die Beteiligte zu 2 soll mit einer Kommanditeinlage (zugleich Haftungssumme) von 1.000 € als Kommanditistin an der Gesellschaft beteiligt bleiben.

2 Mit Erklärung vom 31.7.2019 hat der bisherige Geschäftsführer der Beteiligten zu 1, zugleich in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der gesetzlichen Vertreterin der Beteiligten zu 2 sowie als Geschäftsführer der Beteiligten zu 3, die Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister beantragt.

3 Mit Beschluss vom 10.9.2019 hat das Registergericht diesen Eintragungsantrag zurückgewiesen. Der beschlossene Formwechsel widerspreche dem in § 202 Abs. 1 Nr. 2 UmwG zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Kontinuität der Gesellschafter. Hiernach müssten die Gesellschafter des durch den Formwechsel entstehenden Rechtsträgers bereits vor dem Formwechsel Gesellschafter der formwechselnden GmbH geworden sein. Dies sei hier hinsichtlich der beitretenden Beteiligten zu 3 noch nicht einmal für den Zeitraum einer logischen Sekunde der Fall, da diese als persönlich haftende Gesellschafterin erst mit Eintragung des Formwechsels Gesellschafterin werden solle. Eine Analogie zu den für die KGaA geltenden Vorschriften des UmwG, nach denen der Beitritt eines neuen Gesellschafters als Komplementär der entstehen-

den KGaA möglich sei, müsse mangels planwidriger Regelungslücke ausscheiden. Es sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber auch vor dem Hintergrund steuerlicher Aspekte bewusst die Kontinuität der Mitgliedschaft geregelt habe, da nur durch diese Regelung der in der Finanzgerichtsbarkeit anerkannte Entfall der Grunderwerbsteuerverpflichtung im Falle des Formwechsels einer mit Grundbesitz ausgestatteten Gesellschaft gerechtfertigt sei.

4 Gegen diesen Beschluss wenden sich die Antragsteller mit ihrer Beschwerde.

5 II. Die nach § 58 Abs. 1 FamFG statthafte Beschwerde ist zulässig und begründet. Die vom Registergericht in der angefochtenen Entscheidung dargelegten Bedenken gegen die Wirksamkeit des zur Eintragung angemeldeten Formwechsels der Beteiligten zu 1 in eine Kommanditgesellschaft, gebildet aus der Beteiligten zu 3 als Komplementärin ohne eigene Kapitalbeteiligung und der Beteiligten zu 2 als Kommanditistin, bestehen nicht. Namentlich steht der in § 194 Abs. 1 Nr. 3, § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG niedergelegte Grundsatz der „Kontinuität der Mitgliedschaft“ einem wirksamen Beitritt der Beteiligten zu 3 zum Zeitpunkt der Eintragung des Formwechsels nicht entgegen.

6 Richtig ist allerdings, dass der Gesetzgeber mit den genannten Vorschriften ein grundlegendes Prinzip des Formwechsels zum Ausdruck bringen wollte, wonach diese Form der Umwandlung keine Auswirkung auf den Mitgliederbestand des Rechtsträgers haben soll, der an dem Rechtsträger beteiligte Personenkreis vielmehr vor und nach dem Formwechsel identisch bleiben soll (vgl. *Bassler*, GmbHR, 2007, 1252, 1252). Hintergrund dieses Prinzips ist eine Abkehr von der bis dahin geltenden Rechtslage, wonach bei einem nur auf Mehrheitsentscheidung beruhenden Formwechsel nur die zustimmenden Gesellschafter an dem neuen Rechtsträger beteiligt bleiben, die dissentierenden Gesellschafter hingegen aus der Gesellschaft ausschieden. Diese Rechtsfolge, bei der mittels Umwandlungsbeschluss Minderheitsgesellschafter aus einer Gesellschaft ausgeschlossen werden konnten, sollte im neuen Umwandlungsrecht grundsätzlich nicht mehr eröffnet sein und nur noch in bestimmten, gesetzlich festgelegten Fallkonstellationen möglich bleiben (vgl. Gesetzesbegründung zu § 202 Nr. 2 UmwG, BT-Drucks. 12/6699, S. 144). Insoweit ist anerkannt, dass das in § 194 Abs. 1 Nr. 3, § 202 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG zum Ausdruck kommende Prinzip der „Kontinuität der Mitgliedschaft“ einen Schutz der Gesellschafter bezweckt, mit dem sichergestellt werden soll, dass diejenigen Beteiligten, die zum Zeitpunkt der Eintragung des Formwechsels Anteilhaber sind, auch Mitglieder des neuen Rechtsträgers werden (vgl. BGH, ZIP 2005, 1318, juris Rdnr. 13).

7 Dieser Schutzzweck wird hingegen nicht tangiert, wenn sich sämtliche Beteiligten einig sind und ein Wechsel im Gesellschafterbestand damit bereits auf Grundlage der nach allgemeinem Gesellschaftsrecht zu Gebote stehenden Änderungsmöglichkeiten, wie Anteilsübertragung, Eintritt und Austritt, bewirkt werden kann. In diesem Falle wird der Wechsel im Gesellschafterbestand nicht durch das Instrumentarium des Formwechsels herbeigeführt. Dieser verhält sich in Bezug auf die beteiligten Anteilseigner neutral und bewirkt im Sinne der „Kontinuität der Mitgliedschaft“ insoweit keine Veränderung.

Soll neben dem Formwechsel – mithin einer Veränderung der Verfassung der Gesellschaft bei fortwährender Identität des Rechtsträgers – auch eine Änderung des Gesellschafterbestandes herbeigeführt werden, bedarf es vielmehr zusätzlicher Vereinbarungen, die den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen genügen müssen. Für dieses „Mehr“ an Umstrukturierung versagt das Umwandlungsrecht seine Hilfe, was indes nicht bedeutet, dass es dieses „Mehr“ an Umstrukturierung untersagt. Entsprechende Verbote sind in dem Gesetz weder positiv noch negativ geregelt und sind auch nicht mit der im Gesetz vorausgesetzten Kontinuität unvereinbar (grundlegend: *Schmidt*, GmbHR 1995, 693, 695).

8 Vorliegend haben sich mit der Beteiligten zu 2 und der Beteiligten zu 3 sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Gesellschafter der Beteiligten zu 1 auf den Beitritt der Beteiligten zu 3 geeinigt, wobei diese Einigung notariell beurkundet worden ist. Unter diesen Voraussetzungen ist sowohl nach dem gegenwärtig für die Beteiligte zu 1 geltenden Recht der GmbH als auch nach dem zukünftig einschlägigen Recht der Kommanditgesellschaft der jederzeitige Beitritt eines neuen Gesellschafters möglich. Es gibt daher keinen Grund, weshalb sich die Beteiligten nicht auch auf einen Beitrittszeitpunkt genau im Moment des Wirksamwerdens des Formwechsels verständigen können. Vielmehr besteht ein praktisches Bedürfnis hierfür. In der typischen GmbH & Co. KG verfolgt die Komplementär-GmbH keine eigenwirtschaftlichen Ziele. Ihre Existenzberechtigung steht und fällt mit der KG (*Bassler*, GmbHR 2007, 1252, 1252). Eine Kapitalbeteiligung ist typischerweise nicht vorgesehen. Diese wäre aber Voraussetzung, damit die GmbH bereits vor Wirksamwerden des Formwechsels der bisherigen Rechtsträgerin beitreten könnte. Umgekehrt kann mit diesem Beitritt bei einer eingliedrigen GmbH auch nicht bis zu einem Zeitpunkt nach Wirksamwerden des Formwechsels zugewartet werden. Nach § 228 Abs. 1 UmwG muss die Gesellschaft spätestens zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels den Vorschriften über die Gründung einer Personenhandelsgesellschaft genügen. Damit müssen zu diesem Zeitpunkt an dem Rechtsträger mindestens zwei Gesellschafter beteiligt sein, da andernfalls im Zeitpunkt des Formwechsels das Gesellschaftsvermögen dem einzigen Gesellschafter der Personenhandelsgesellschaft unter Auflösung der Gesellschaft anwachsen würde.

9 Als Alternative zu einem Beitritt im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels bliebe damit nur, die spätere Komplementär-GmbH mit einer zumindest geringfügigen Kapitalbeteiligung auszustatten und diese bereits vor Wirksamwerden der Umwandlung dem formwechselnden Rechtsträger beitreten zu lassen. Eine derartige Konstruktion stünde zwar mit dem Erfordernis einer „Kontinuität der Mitgliedschaft“ im Einklang, widerspräche aber der Zielsetzung, die der Gesetzgeber mit diesem Prinzip verbunden hat. Geschützt werden soll die Mitgliedschaft, die durch den Formwechsel grundsätzlich nicht beeinträchtigt werden soll. Dem widerspräche die vorstehende Konstruktion, bei der durch eine kapitalmäßige Beteiligung der späteren Komplementär-GmbH der Kapitalanteil des bisherigen alleinigen Gesellschafters „verwässert“ würde. Bei einem Beitritt zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels kann dagegen auf eine Kapitalbeteiligung der Komplementär-GmbH verzichtet werden mit der Folge,

dass der ursprüngliche GmbH-Gesellschafter mit identischer Kapitalbeteiligung nunmehr als Kommanditist an der neuen Personenhandelsgesellschaft beteiligt bleibt. Tatsächlich wird die vom Umwandlungsgesetzgeber vorausgesetzte „Kontinuität der Mitgliedschaft“ in dieser Variante nicht durchbrochen, sondern gewahrt (*Schmidt*, GmbHR 1995, 693, 696).

10 Vorstehende Erwägungen stehen im Einklang mit bisherigen ober- und höchstrichterlicher Entscheidungen, die in diesem Zusammenhang ergangen und veröffentlicht worden sind. So hat es das BayObLG für zulässig erachtet, dass der Beitritt des zukünftigen Komplementärs eines von einer GmbH in eine KG formwechselnden Rechtsträgers erst nach Fassung des Umwandlungsbeschlusses der Gesellschaft erfolgt, wobei es die Frage, ob der Beitritt auch erst im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels erfolgen könne, mangels Entscheidungserheblichkeit ausdrücklich offengelassen hat (vgl. BayObLGZ 1999, 345, juris Rdnr. 11 ff., 17). Das KG hatte jüngst den umgekehrten Fall des Austrittes der Komplementär-GmbH im Zuge des Formwechsels einer KG zur GmbH zu entscheiden und auch hierfür die Möglichkeit eines Austrittes zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels bejaht (KG Berlin, ZIP 2019, 176, juris Rdnr. 12). Schließlich hat auch der BGH, der vorliegende Fragestellung weder in jener (Austritt) noch in dieser (Beitritt) Konstellation bislang zu entscheiden hatte, bereits in der Vergangenheit im Rahmen zweier anders gelagerter Fallkonstellationen deutlich zum Ausdruck gebracht, dass Bedenken im Hinblick auf die Wirksamkeit eines Beitritts eines Gesellschafters „im Zuge“ eines Formwechsels nicht bestünden (vgl. BGHZ 142, 1 Rdnr. 12; BGH, ZIP 2005, 1318 Rdnr. 13). Dies entspricht auch der inzwischen ganz herrschenden Auffassung in der Literatur (vgl. statt aller: Kallmeyer/*Blasche*, UmwG, 6. Aufl., § 228 Rdnr. 7; Semler/Stengel/*Ihrig*, UmwG, 4. Aufl., § 228 Rdnr. 14 und 23; Schmitt u. a./*Westerburg*, UmwG, 8. Aufl., § 226 Rdnr. 3; jeweils m. w. N.).

11 Schließlich hindern auch die vom AG angeführten steuerlichen Aspekte die Wirksamkeit des Beitritts zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels nicht. Der in der angefochtenen Entscheidung zitierte Beschluss des BFH vom 4.12.1996 (II B 116/96) setzt eine Identität des Mitgliederbestandes unmittelbar vor und nach dem Formwechsel nicht voraus. Vielmehr hat dieser für den Formwechsel festgestellt, dass es für eine Grunderwerbsteuerbarkeit dieses Vorganges bereits an den Voraussetzungen des in § 1 Abs. 1 GrEStG normierten Steueratbestandes fehle, der entweder ein den Anspruch auf Übereignung begründendes Rechtsgeschäft oder eine Auflassung voraussetze (vgl. BFHE 181, 349 Rdnr. 8). Beides läge im Falle eines Formwechsels, bei dem die Identität des Rechtsträgers gewahrt bliebe, nicht vor (a. a. O. Rdnr. 9). Die Vorschriften der §§ 5, 6 und 7 Abs. 2 und 3 GrEStG, die u. a. voraussetzen, dass an den beteiligten Gesamthandsgemeinschaften dieselben Personen beteiligt seien, könnten zur Begründung einer Steuerpflicht nicht herangezogen werden, da es sich nicht um steuerbegründende Tatbestände handle, sondern um Vergünstigungstatbestände, die einen eigentlich steuerbaren Erwerbsvorgang voraussetzten (a. a. O. Rdnr. 11). Im Übrigen müsse das Grunderwerbsteuerrecht mangels anderslautender Vorschriften ohnehin den zivilrechtlichen Vorgaben des Umwandlungsrechtes folgen (a. a. O. Rdnr. 10).

12 Dieses kann folglich auch nicht zur Klärung der Frage, ob ein beschlossener Formwechsel wirksam und einzutragen ist, herangezogen werden.

13 Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.

17. Keine Beendigung der Liquidation allein aufgrund behaupteter Vermögenslosigkeit

KG, Beschluss vom 22.7.2019, 22 W 29/18

GmbHG § 65 Abs. 2, § 73 Abs. 1, § 74 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- 1. Allein die behauptete Vermögenslosigkeit führt nicht dazu, dass eine Liquidation nicht erforderlich oder (vorzeitig) beendet ist. Von der fehlenden Notwendigkeit einer Abwicklung kann regelmäßig nur dann ausgegangen werden, wenn der Anmeldung des Erlöschens das Sperrjahr nach § 73 Abs. 1 GmbHG vorausgegangen ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Auch nach Ablauf des Sperrjahrs kommt eine Löschung nicht in Betracht, wenn weitere Abwicklungsmaßnahmen erforderlich sind. Ein solches Erfordernis weiterer Abwicklungsmaßnahmen ergibt sich auch aus einem nicht abgeschlossenen Besteuerungsverfahren. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die mit Gesellschaftsvertrag vom 13.5.2013 als Alleingesellschafter gegründete Beteiligte ist seit dem 20.6.2013 im Handelsregister des AG Charlottenburg eingetragen.

2 Die Beteiligte meldete am 7.12.2017 elektronisch in notarieller Form ihre Auflösung an und dass der bisherige Geschäftsführer nunmehr mit einer näher angegebenen Vertretungsbefugnis der Liquidator der Gesellschaft sei. Ferner wurde angemeldet, dass eine Liquidation mangels vorhandenen Vermögens nicht erforderlich und die Firma erloschen sei.

3 Mit einer Zwischenverfügung vom 12.12.2017 hat das AG Charlottenburg die Beteiligte darauf hingewiesen, dass es nach der Auflösung der Gesellschaft eines Gläubigeraufrufs bedürfe und eine Löschung erst nach Ablauf des Sperrjahres erfolgen könne. Nur unter besonderen Voraussetzungen könne auf die Einhaltung eines Sperrjahres verzichtet werden. Die vom Liquidator abgegebene Versicherung sei insoweit unzureichend, weil sie in mehreren Punkten unvollständig sei. So reiche es nicht aus, dass kein Vermögen mehr vorhanden sei, keine Prozesse anhängig, mit der Verteilung von Gesellschaftsvermögens auch nicht begonnen sei, weil auch keines vorhanden wäre. Es fehlten Angaben zur Volleinzahlung der Geschäftsanteile, dass keine Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung vorliege und dass die Beteiligte nicht Eigentümerin von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sei. Ferner sei die Zustimmung des FA für Körperschaften einzuholen.

Obwohl die Beteiligten den geltend gemachten Erfordernissen nachkam, hat das AG mit Schreiben vom 8.2.2018 darauf hingewiesen, dass eine Löschung derzeit nicht möglich sei, weil das mittlerweile angehörte FA für Körperschaften mitgeteilt hatte, dass das Besteuerungsverfahren bislang nicht abgeschlossen sei. Damit sei die Liquidation der Beteiligten nicht beendet. Das Registergericht hat insoweit angeregt, die Anmeldung zurückzunehmen, soweit die Eintragung der Löschung der Firma erfolgen sollte.

4 Nachdem die Beteiligte der Rücknahmeaufforderung keine Folge geleistet hatte, hat das AG Charlottenburg die Anmeldung mit Beschluss vom 2.3.2018 insgesamt zurückgewiesen. Da die Beteiligte keinen Teilverzug der Anmeldung in Bezug auf die Liquidation beantragt habe, sei die Anmeldung vom 7.12.2018 insgesamt zurückzuweisen.

5 Gegen diesen Beschluss hat die Beteiligte mit Schriftsatz vom 26.3.2018 Beschwerde eingelegt. Das Registergericht müsse in einer Zwischenverfügung – entsprechend dem Beschleunigungsgrundsatz – alle Gründe mitteilen, die nach seiner Meinung einer Eintragung entgegenstünden. In der Zwischenverfügung vom 12.12.2017 sei von Bedenken des FA wegen einer Löschung nicht die Rede gewesen. Das AG hätte sich dabei auch nicht mit der bloßen Ablehnungserklärung des FA für Körperschaften zufrieden geben dürfen, sondern selbst ermitteln müssen, ob noch Steuerguthaben vorhanden sei. Auch sei ein Sperrjahr nicht einzuhalten, weil die Beteiligte vermögenslos sei.

6 Mit Beschluss vom 13.4.2018 hat das AG Charlottenburg der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem KG zur Entscheidung vorgelegt. Abzuwickeln sei grundsätzlich auch die vermögenslose Gesellschaft; eine Auflösung durch bloßen Gesellschafterbeschluss reiche nicht.

7 II. Die Beschwerde der Beteiligten hat keinen Erfolg.

8 1. Die Beschwerde der Beteiligten ist nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt worden. Die Beteiligte ist nach § 59 Abs. 1 FamFG auch beschwerdebefugt. Mit dem Zurückweisungsbeschluss verweigert das AG den Vollzug einer Anmeldung, die zu einer Eintragung in das für die Beteiligte geführte Registerblatt führen soll. Dass die Voraussetzungen der Eintragung zwischen Registergericht und der Beteiligten umstritten sind, lässt die Statthaftigkeit des Rechtsmittels nicht entfallen. Die Eintragung der Auflösung (§ 65 Abs. 1 GmbHG) und des Erlöschens der Firma (§ 74 Abs. 1 GmbHG) sind auch gesetzlich vorgesehen (zweifelnd OLG Celle, Beschluss vom 17.10.2018, 9 W 80/18, juris Rdnr. 11). Der Beschwerdewert wird wegen der wirtschaftlichen Voraussetzungen erreicht.

9 2. Die Beschwerde ist unbegründet.

10 Gemäß § 74 Abs. 1 GmbHG ist das Erlöschen der Firma mit der Folge der Durchstreichung des gesamten Registerausdrucks vorzunehmen, wenn die Liquidation beendet, die Schlussrechnung gelegt ist und die Liquidatoren den Schluss der Liquidation zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet haben. Hier fehlt es schon an einer Beendigung der Liquidation.

11 Allein die von der Beteiligten behauptete Vermögenslosigkeit führt nicht dazu, dass eine Liquidation beendet ist. Insofern ist zunächst den Gläubigern der Gesellschaft, Gelegenheit zu geben, ihre noch offenen Ansprüche gegen die Gesellschaft geltend zu machen. Insofern sieht das Gesetz auch vor, dass die Gesellschaft durch eine entsprechende Bekanntmachung, die Auflösung der Gesellschaft publik macht, vgl. § 65 Abs. 2, § 73 Abs. 1 GmbHG. Sind Gläubiger vorhanden, ist diesen Gelegenheit zu geben, ihre Ansprüche geltend zu machen bzw. sind die Liquidatoren ggf. verpflichtet, ihren gesetzlichen Pflichten nachzukommen, vgl. § 15a InsO. Als Gläubiger ist dabei auch das FA anzusehen.

12 So liegt der Fall hier, weil das zuständige FA Bonn-Außenstadt mitgeteilt hat, dass ein Besteuerungsverfahren noch läuft, sodass sich hieraus noch Zahlungsansprüche gegen die Gesellschaft ergeben können. Die behauptete Vermögenslosigkeit steht dem nicht entgegen, sondern führt allenfalls zu dem Erfordernis, einen Insolvenzantrag zu stellen. Im Übrigen können sich dann, wenn noch Forderungen gegen die Gesellschaft offen sind, auch Haftungsansprüche der Organe ergeben, die wiederum zu einem Gesellschaftsvermögen führen. Von der fehlenden Notwendigkeit einer (weiteren) Abwicklung kann regelmäßig nur dann ausgegangen werden, wenn der Anmeldung des Erlöschens das Sperrjahr nach § 73 Abs. 1 GmbHG vorausgegangen ist. Aber auch dann kommt eine Löschung nicht in Betracht, wenn weitere Abwicklungsmaßnahmen erforderlich sind (vgl. dazu etwa OLG Hamm, Beschluss vom 29.7.2015, 27 W 50/15, juris, fehlende Zustellung eines Steuerbescheids). Soweit die Beteiligte sich auf anderslautende Rechtsprechung beruft, nach der insbesondere ein nicht abgeschlossenes Besteuerungsverfahren einer Löschung nicht entgegenstehen soll (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.3.2014, I-3 Wx 48/14, juris), teilt der Senat diese Auffassung nicht. Denn sie führte bei der GmbH wiederum dazu, dass unter Umständen Nachtragsliquidatoren zu bestellen wären. Soweit die Beteiligte der Auffassung ist, es gebe keine weiteren Abwicklungsmaßnahmen, hätte sie dies mangels nachprüfbarer Anhaltspunkte für das Registergericht vorzutragen.

13 Das AG durfte nach dem Erlass der Zwischenverfügung vom 12.12.2017 auch eine Löschung noch mit dem Hinweis auf die Bedenken des FA verweigern. Ob es die von der Beteiligten angenommene Beschränkung des Registergerichts in Bezug auf die Eintragungshindernisse tatsächlich gibt, kann dahinstehen. Im vorliegenden Fall hatte das AG bereits mit der Zwischenverfügung schon mitgeteilt, dass das FA noch anzuhören ist. Ob es nach alledem auch auf den Ablauf des Sperrjahres ankommt, kann damit dahinstehen, weil es schon aus den vorstehenden Gründen an den Eintragungsvoraussetzungen fehlt.

14 Das Registergericht hat im Übrigen auch zu Recht die gesamte Anmeldung zurückgewiesen. Die Anmeldung der Auflösung und die Bestellung des bisherigen Geschäftsführers zum Liquidator wären zwar eintragungsfähig gewesen. Das Registergericht durfte aber die einheitlich angemeldeten Eintragungsgegenstände nicht nach eigenem Gutdünken teilen. Ein Antrag auf Teilverzug ist nicht gestellt worden: Dass die Beteiligte bzw. ihre Organe zur Eintragung mit dem Zwangs-

geld angehalten werden können, steht einer Zurückweisung ebenso wenig entgegen wie eine Rücknahme der Anmeldung durch die eigentlich Verpflichteten.

(...)

16 Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, weil es an den Voraussetzungen des § 74 Abs. 2 FamFG fehlt.

18. Nachweis einer Vertretungsberechtigung des Geschäftsführers einer englischen Ltd.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.7.2019, 3 Wx 138/18, mitgeteilt von **Peter von Wnuck-Lipinski**, Richter am OLG a. D.

BNotO § 21

FamFG §§ 58, 382 Abs. 4 Satz 1

GBO § 29 Abs. 1, § 32 Abs. 1

UmwG § 19 Abs. 1 Satz 1, § 20

LEITSATZ:

Die organschaftliche Vertretungsberechtigung des Geschäftsführers zweier englischer Gesellschaften (Ltd.) im Zusammenhang mit der Anmeldung deren Verschmelzung zum Handelsregister kann (auch) durch die gutachterliche Stellungnahme eines deutschen Notars nachgewiesen werden, wobei über die Einsicht in das Register als solches auch eine Einsicht in die beim Register des Companies House geführten Unterlagen – memorandum, articles of association und Protokollbuch (minute book) – erfolgt sein muss und es zudem einer nachvollziehbaren Darstellung der tatsächlichen Grundlagen der notariellen eigenen Prüfung und der daraus folgenden notariellen Feststellungen bedarf.

19. Lediglich rechtlicher Vorteil und Erfordernis einer familiengerichtlichen Genehmigung bei Übertragung eines voll eingezahlten KG-Anteils auf einen Minderjährigen

OLG Oldenburg, Beschluss vom 17.7.2019, 12 W 53/19

BGB §§ 107, 108, 181, 705, 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 1 Nr. 1, § 1822 Nr. 3, § 1915 Abs. 1

HGB § 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2, § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4, § 176 Abs. 2

LEITSATZ:

Die auf die Eintragung im Handelsregister aufschiebend bedingte unentgeltliche Übertragung eines voll einge-

zahlten Kommanditanteils auf einen Minderjährigen ist nicht lediglich rechtlich vorteilhaft und bedarf, soweit der Zweck der Gesellschaft auf eine Erwerbstätigkeit gerichtet ist, der familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1822 Nr. 3 BGB (Anschluss an OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.5.2008, 20 W 123/08; entgegen OLG Köln, Beschluss vom 26.3.2018, 4 Wx 2/18; OLG Bremen, Beschluss vom 16.6.2008, 2 W 38/08; OLG Jena, Beschluss vom 22.3.2013, 2 WF 26/13).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragstellerin ist eine im Handelsregister des AG Oldenburg eingetragene Kommanditgesellschaft mit einem Kommanditkapital von insgesamt 300.000 €. Gegenstand des Unternehmens der Gesellschaft ist ausweislich § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrages die Erbringung von Dienstleistungen aller Art, insbesondere die Vermögensverwaltung sowie Vermietung und Leasing von Immobilien und Mobillien. Einziger Kommanditist war bislang Herr CC. Dieser hat mit beurkundetem Übertragungsvertrag des Notars (...) 2018 (...) im Wege der vorweggenommenen Erbfolge Teile seiner Kommanditeinlage in Höhe von jeweils 36.000 € an seine vier Kinder, darunter an seinen (...) 2001 geborenen Sohn DD, übertragen. Die Abtretung der Gesellschaftsanteile erfolgte dabei unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung der Übernehmer als Kommanditisten im Handelsregister.

2 Mit Zwischenverfügung vom 11.3.2019 hat das Registergericht beanstandet, dass die Übernahme des Kommanditanteils durch den minderjährigen Sohn DD der Erklärung eines Ergänzungspflegers bedürfe, da die Eltern nach § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2, 181 BGB von der Vertretung ausgeschlossen seien. Die Erklärung des zu bestellenden Ergänzungspflegers sei ihrerseits durch das Familiengericht zu genehmigen. Bei der Antragstellerin handele es sich nicht um eine lediglich vermögensverwaltende Gesellschaft, sodass die Beteiligung des Minderjährigen dem Genehmigungsbedürfnis nach § 1822 Nr. 3 BGB unterfalle. Der Eintritt in eine Kommanditgesellschaft sei für den Minderjährigen auch nicht als ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft zu werten. So seien mit der Beteiligung gesellschaftsrechtliche Treuepflichten des Beitretenden verbunden, etwa die Verpflichtung, gesellschaftsinterne Informationen geheim zu halten, deren Verletzung Schadensersatzpflichten nach § 280 BGB auslösen könnten. Zur Beseitigung der Eintragungshindernisse hat das Registergericht der Antragstellerin eine Frist von zwei Monaten gesetzt.

3 Gegen diese Zwischenverfügung wendet sich die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde. Sie vertritt die Ansicht, dass die Übernahme der Kommanditbeteiligung für den Minderjährigen ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft sei, mit der Folge, dass dessen Beitrittserklärung keinerlei Genehmigung bedürfe. Namentlich die Belastung mit gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten unterfalle nicht dem Schutzzweck der §§ 107, 108 BGB, da nicht einmal theoretisch Fälle denkbar seien, bei denen die Verletzung dieser Pflichten Schadensersatzansprüche auslösen könnten, die das sonstige Vermögen des Minderjährigen berühren könnten. Die Antragstellerin vertritt ferner die Ansicht, dass es sich bei ihr lediglich um eine vermögens-

verwaltende Gesellschaft handele, die dem Anwendungsbe-
reich von § 1822 Nr. 3 BGB nicht unterfalle.

4 II. Die nach § 382 Abs. 4 Satz 2, § 58 Abs. 1 FamFG statt-
hafte Beschwerde der Antragstellerin ist zulässig, hat in der
Sache aber keinen Erfolg. Das Registergericht hat die be-
gehrte Eintragung der neuen Kommanditisten zu Recht von
der Vorlage einer Genehmigung des Beitritts des Minderjähri-
gen DD durch einen Ergänzungspfleger abhängig gemacht,
die ihrerseits einer Genehmigung durch das Familiengericht
bedarf.

5 1. Die zur Eintragung angemeldete Übertragung der Kom-
manditeinlage auf den minderjährigen Gesellschafter DD be-
darf zunächst einer Genehmigung durch einen zu bestellen-
den Ergänzungspfleger, da sowohl dessen Eltern als gesetz-
liche Vertreter als auch der Minderjährige selbst rechtlich ge-
hindert sind, die Annahme der Übertragung dieses Anteils zu
erklären.

6 a) Zunächst ist festzuhalten, dass die gegenständliche Bei-
trittserklärung nicht von dem betroffenen Minderjährigen selbst
abgegeben worden ist, sondern er ausweislich des notariell
beurkundeten Vertrages (...) 2018 hierbei von seinen Eltern
vertreten worden ist. Diese waren jedoch nach § 1629 Abs. 2,
§ 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB daran gehindert, eine entsprechende
Erklärung für ihren Sohn abzugeben. Die Übertragung eines
Gesellschaftsanteils in einer Personengesellschaft bedarf der
Zustimmung aller Gesellschafter, wenn die Übertragung nicht
bereits durch den Gesellschaftsvertrag gestattet wird (vgl.
BGHZ 81, 82 Rdnr. 7; OLG München, ZIP 2015, 2023
Rdnr. 36). Vorliegend ist dieses Zustimmungsbedürfnis im
Gesellschaftsvertrag der Antragstellerin mit § 10 Abs. 1 des
Vertrages sogar ausdrücklich niedergelegt. Bei dieser Zu-
stimmungserklärung handelt es sich um ein Grundlagenge-
schäft. Die Bestimmung der Vertragspartner gehört zu den
essentialia eines jeden Vertrages. Damit unterscheidet sich die
Übertragung eines Gesellschaftsanteils in einer vertraglich
strukturierten Personengesellschaft von derjenigen in einer
körperschaftlich strukturierten und satzungsbestimmten Kapi-
talgesellschaft, in der Gesellschaftsanteile grundsätzlich frei
übertragbar sind (vgl. Ebenroth/Wertenbruch, HGB, 3. Aufl.,
§ 105 Rdnr. 215). Vorliegend erfolgte die Übertragung der
Kommanditbeteiligung auf den minderjährigen DD zeitgleich
mit entsprechenden Übertragungen gleichwertiger Komman-
ditbeteiligung auf seine Geschwister. Vor diesem Hintergrund
bedarf es einer Einigung aller Geschwister und ihres schon
bisher als Kommanditisten beteiligten Vaters, zukünftig die
Antragstellerin gemeinsam als Gesellschafter fortzuführen. Bei
dieser Einigung ist der Vater schon nach § 181 BGB von der
Abgabe einer entsprechenden Erklärung für seinen minderjähri-
gen Sohn ausgeschlossen. Für beide Elternteile gilt überdies
das Vertretungsverbot nach § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 1
Nr. 1 BGB, da sie in gerader Linie mit den weiteren Geschwis-
tern des Minderjährigen (die Mutter zumindest mit dessen
Schwester EE) verwandt sind (vgl. Senatsbeschluss vom
19.3.2019, 12 W 18/19).

7 b) Die folglich ohne die erforderliche Vertretungsmacht abge-
gebene Vertragserklärung für den minderjährigen DD bedarf
daher zu ihrer Wirksamkeit einer Genehmigung. Diese kann
entgegen der Auffassung der Antragstellerin nicht durch den

Minderjährigen selbst abgegeben werden, da die Übertragung
eines Kommanditanteils für den Minderjährigen nicht lediglich
rechtlich vorteilhaft ist und dessen Annahmeerklärung damit
nach §§ 107, 108 BGB von einem gesetzlichen Vertreter zu
genehmigen ist. Hierzu bedarf es vorliegend eines Ergän-
zungspflegers, der nicht, wie die Eltern, den Beschränkungen
nach §§ 181, 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB unter-
liegt.

8 Die Frage, ob die unentgeltliche Übertragung eines Kom-
manditanteils für den Minderjährigen mit rechtlichen Nachtei-
len verbunden ist, ist allerdings auch für die hier vorliegende
Konstellation umstritten, bei der zum Ausschluss einer Haftung
nach § 176 Abs. 2 HGB die voll eingezahlte Kommanditeinlage
nur unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung in das
Handelsregister übertragen wird (zum Meinungsstand siehe die
ausführliche Darstellung bei OLG Köln, Beschluss vom
26.3.2018, 4 Wx 2/18, FGPrax 2018, 118). Auch die oberge-
richtliche Rechtsprechung ist hierzu nicht einheitlich:

9 So vertreten das OLG Köln (a. a. O.) und das OLG Bremen
(Beschluss vom 16.6.2008, 2 W 38/08, NZG 2008, 750) die
auch von der Antragstellerin geteilte Ansicht, wonach eine
Übertragung des Anteils unter diesen Voraussetzungen für
den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft sei. Eine per-
sönliche Haftung des Minderjährigen sei ausgeschlossen. Die
KG könne bei einer voll eingezahlten Kommanditeinlage keine
weiteren Beiträge des Minderjährigen fordern. Auch gegen-
über Gläubigern der Gesellschaft könne sich der Kommandi-
tist in diesem Fall auf die nach § 171 Abs. 1 HGB beachtliche
Erfüllung der Einlage berufen. Auch das OLG Jena (Beschluss
vom 22.3.2013, 2 WF 26/13, FamRZ 2014, 140) hat in diese
Richtung entschieden, wobei es in seiner Entscheidung aller-
dings auch maßgeblich auf den Gesichtspunkt abstellte, dass
in dem dort zu entscheidenden Sachverhalt lediglich ein Anteil
an einer rein vermögensverwaltenden Familien KG übertragen
worden war (a. a. O., Rdnr. 21 ff.).

10 Demgegenüber vertritt das OLG Frankfurt a. M. (Beschluss
vom 27.5.2008, 20 W 123/08, NZG 2008, 749) die Auffas-
sung, dass mit dem Eintritt in eine bestehende KG durch
Übertragung eines Kommanditanteils der Minderjährige eine
Gesellschafterstellung erwerbe, die zu einer längerfristigen
Bindung in einer Personenhandelsgesellschaft führe und mit
einem Bündel von Rechten und Pflichten verbunden sei. Ne-
ben den gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten komme auch
das Wiederaufleben der beschränkten Haftung gemäß § 172
Abs. 4 HGB in Betracht. Auch das OLG Zweibrücken ging bei
der von ihm zu entscheidenden Fragestellung, ob eine bean-
tragte familiengerichtliche Genehmigung für eine beabsichtigte
Anteilsübertragung zu erteilen sei, von einem entsprechend
genehmigungsbedürftigen Vertretungsgeschäft aus (Beschluss
vom 2.3.2000, 5 UF 4/00, NJW-RR 2001, 145).

11 Der erkennende Senat folgt grundsätzlich der Auffassung
des OLG Frankfurt a. M., wonach die unentgeltliche Übertra-
gung eines Kommanditanteils für einen Minderjährigen nicht
lediglich rechtlich vorteilhaft ist und daher von ihm nicht nach
§ 107 BGB genehmigungsfrei angenommen werden kann.
Anders als das OLG Frankfurt a. M. sieht der erkennende
Senat einen derartigen rechtlichen Nachteil allerdings nicht
schon in der Gefahr einer wiederauflebenden Kommanditis-

tenhaftung nach § 172 Abs. 4 HGB. Insoweit ist vielmehr der Argumentation des OLG Köln (a. a. O. Rdnr. 10) und des OLG Bremen (a. a. O., Rdnr. 18) beizupflichten, wonach dieser Tatbestand keine unmittelbare Folge des Erwerbs der Kommanditistenstellung darstellt, sondern vielmehr zusätzliche – genehmigungsbedürftige – Handlungen voraussetzt in Form der Zurückzahlung der Einlage bzw. der Entnahme eines Gewinnanteils, während gleichzeitig der Kapitalanteil unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert ist. Zuzustimmen ist dem OLG Frankfurt a. M. jedoch in der Einschätzung, dass mit der Übertragung der Rechtsstellung eines Gesellschafters in einer Personengesellschaft – wie hier einer KG – der Empfänger ein Bündel von wechselseitigen Rechten und Pflichten erwirbt, was der Annahme eines lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäftes entgegensteht.

12 Mit der Beteiligung an einer Personengesellschaft geht der Gesellschafter eine dauerhafte Vertragsbeziehung mit seinen Mitgesellschaftern ein, die sich nicht in einem einmaligen Austausch von Leistungen beschränkt, sondern die Gesellschafter dauerhaft zur Förderung des vereinbarten Gesellschaftszwecks verpflichtet (§ 705 BGB i. V. m. § 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB). Richtig ist, dass diese Förderung von den Gesellschaftern in erster Linie durch die vereinbarten Beitragsleistungen zu bewirken ist, die der Kommanditist regelmäßig bereits durch Zahlung der übernommenen Haftungseinlage erfüllt. Hierin erschöpft sich die Förderpflicht jedoch nicht, was auch das Gesetz in § 705 BGB mit der Verwendung des Wortes „insbesondere“ zum Ausdruck bringt. Auch nach Leistung der vereinbarten Beiträge ist die Förderung des Gesellschaftszweckes eine Daueraufgabe für die Gesellschafter, der sie insbesondere im Rahmen gesellschaftsinterner Entscheidungsprozesse, namentlich durch Beschlussfassungen innerhalb der Gesellschafterversammlung, nachkommen. Hier können die Gesellschafter nicht völlig frei agieren, sondern sind weiterhin vertraglichen Bindungen – dem vereinbarten Gesellschaftszweck – unterworfen. An Beschlussfassungen, die dem vereinbarten Gesellschaftszweck zuwiderlaufen würden, ist der Gesellschafter gehindert. Diese vertraglichen Bindungen werden heute üblicherweise unter dem Begriff der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht subsumiert. Hieran ist richtig, dass diese Bindungen – vergleichbar den Ausübungsbeschränkungen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) – in erster Linie die dem Gesellschafter eingeräumte Rechtsmacht in Form von Entscheidungsbefugnissen beschränken, die er nicht willkürlich und entgegen dem vereinbarten Vertragszweck ausüben darf. Diese Begrifflichkeit darf aber nicht den Blick darauf verstellen, dass es sich hier nicht nur um allgemein gültige Rechtspflichten handelt, „die jedem Rechtsverhältnis immanent“ seien (so OLG Köln, a. a. O. Rdnr. 10), sondern um vertragliche Bindungen, denen sich der Gesellschafter in privatautonomer Entscheidung durch seinen Beitritt in eine auf Dauer angelegte Vertragsbeziehung mit anderen gleichgesinnten Partnern unterworfen hat. Die Förderpflicht nach § 705 BGB ist Hauptpflicht eines jeden Gesellschaftsvertrages. Dieser Pflicht unterwirft sich jeder Gesellschafter, der einer vertraglich strukturierten Personengesellschaft beiträgt. Auch derjenige, der einen bereits voll eingezahlten Kommanditanteil unentgeltlich übertragen erhält, hat die Förderpflicht weiterhin zu beachten, mit der Folge, dass die Annahme einer derartigen Anteilsübertragung – sei sie auch un-

entgeltlich – für den Annehmenden kein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft darstellt.

13 2. Eine Erklärung des zu bestellenden Ergänzungspflegers, wonach die Annahme der übertragenen Kommanditbeteiligung durch den minderjährigen Sohn des Schenkers genehmigt wird, bedarf nach § 1915 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 BGB zudem der Genehmigung des Familiengerichts.

14 a) Auch insoweit folgt der Senat der Auffassung des OLG Frankfurt a. M., wonach der Erwerb eines bestehenden KG-Anteils mit dem Neuabschluss eines Gesellschaftsvertrages im Sinne von § 1822 Nr. 3 BGB gleichzustellen ist (a. a. O. Rdnr. 7 f.). Soweit der BGH eine Genehmigungspflicht nach dieser Norm für den unentgeltlichen Erwerb eines bereits bestehenden GmbH-Anteils verneint hat, da in diesem Fall die formale Voraussetzung des Abschlusses eines Gesellschaftsvertrages nicht vorläge (vgl. Urteil vom 20.2.1989, II ZR 148/88, BGHZ 107, 24), greift diese Begründung nicht für den hier zu entscheidenden Sachverhalt der Übertragung eines Anteils an einer Personengesellschaft. Wie bereits oben unter 1. a) ausgeführt, ist ein solcher Gesellschaftsanteil anders als die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft nicht frei übertragbar. Die mit der Übertragung beabsichtigte Veränderung des Gesellschafterbestandes bedarf vielmehr der Zustimmung aller Gesellschafter, mithin eines Neuabschlusses des Gesellschaftsvertrages. Dieser Sachverhalt unterfällt, soweit der Vertragsschluss zum Betrieb eines Erwerbsgeschäftes eingegangen wird, dem Anwendungsbereich von § 1822 Nr. 3 BGB (OLG Frankfurt a. M., a. a. O. Rdnr. 8 m. w. N.).

15 b) Ein derartiges Erwerbsgeschäft liegt hier mit der unternehmerischen Tätigkeit der Antragstellerin aus Sicht des Senats unzweifelhaft vor. Entgegen der Ansicht der Antragstellerin ist ihr Gesellschaftszweck nicht lediglich auf eine reine Vermögensverwaltung gerichtet. Eine Erwerbstätigkeit liegt vor, wenn diese Tätigkeit mit dem Willen der Gewinnerzielung ausgeübt und auf eine gewisse Dauer angelegt ist. Hiernach überschreitet auch der Einsatz des eigenen Vermögens die Grenzen einer reinen Verwaltung, wenn eine Gesellschaft auf Dauer angelegt ist und Vermögen von erheblichem Wert, welches ggf. auch gewerblich nutzbar ist, verwaltet, vermietet oder verwertet (vgl. BayObLGZ 1995, 230 Rdnr. 15; OLG Nürnberg, MDR 2015, 403 Rdnr. 26; OLG Jena, a. a. O. Rdnr. 35). Der Gesellschaftszweck der Antragstellerin besteht vorliegend in der Erbringung von Dienstleistungen aller Art, insbesondere in der Vermietung und im Leasinggeschäft betreffend Immobilien und Mobilien. Nach der von der Antragstellerin selbst vorgelegten Auskunft ihrer Steuerberater ist sie Eigentümerin verschiedener bebauter Grundstücke sowie technischer Anlagen und Maschinen. Diese Vermögensgegenstände werden anderen Unternehmen der Firmengruppe entgeltlich zur Nutzung überlassen. Die Tätigkeit der Gesellschaft ist hiernach fraglos auf eine lange Dauer angelegt und umfasst die Verwaltung eines Vermögens von erheblichem Wert, welches einer gewerblichen Nutzung durch Vermietung und durch Leasinggabe an andere Unternehmen gegen Entgelt zugeführt wird. Diese Tätigkeit überschreitet eine bloße private Vermögensverwaltung. Sie stellt vielmehr eine Erwerbstätigkeit im vorstehend beschriebenen Sinne dar.

(...)

17 Die Rechtsbeschwerde ist nach § 70 Abs. 2 FamFG zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zuzulassen, da die entscheidungserhebliche Frage, inwieweit die unentgeltliche Übertragung eines voll eingezahlten Kommanditanteils mit rechtlichen Nachteilen für den Übertragungsempfänger verbunden ist, von der obergerichtlichen Rechtsprechung weiterhin uneinheitlich beantwortet wird und der Senat sich mit der vorliegenden Entscheidung insoweit in Widerspruch setzt zu den zitierten Entscheidungen der OLG Köln, Bremen und (in Teilen) Jena.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Ralf Menzel**, Rottenburg a. d. Laaber

Rechtliche Probleme bei unentgeltlichen Kommanditanteilsübertragungen an Minderjährige – kein Ende in Sicht! Erneut hatte sich ein OLG mit der Thematik zu beschäftigen. Die Entscheidung trägt nicht zur Rechtssicherheit und Vereinheitlichung der OLG-Rechtsprechung bei.¹

Ausgangspunkt war ein notariell beurkundeter Übertragungsvertrag des bisher einzigen Kommanditisten, der (Teil-)Kommanditanteile an seine vier Kinder übertrug, wobei ein Kind noch minderjährig war. Gegenstand des Unternehmens war die Erbringung von Dienstleistungen aller Art, insbesondere die Vermögensverwaltung sowie Vermietung und Leasing von Immobilien und Mobilien. Die Eltern haben hierbei das minderjährige Kind bei der Beurkundung vertreten; eine Genehmigung des Familiengerichts wurde nicht eingeholt.

Die Vertragsteile standen auf dem Standpunkt, dass die unentgeltliche Anteilsübertragung des voll einbezahlten Kommanditanteils, die unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung der Erwerber als Kommanditisten im Handelsregister erfolgte, lediglich rechtlich vorteilhaft sei und die Eltern daher ihr Kind bei der Anteilsübertragung aufgrund teleologischer Reduktion der §§ 1795, 181 BGB haben vertreten können. Ferner vertraten sie die Auffassung, dass es sich um eine reine Vermögensverwaltung handele und daher auch kein Genehmigungserfordernis nach § 1822 Nr. 3 Alt. 3 BGB (analog) bestehe. Für ihre Rechtsauffassung konnten sie auf zahlreiche OLG-Entscheidungen und Stimmen in der Literatur verweisen.²

Das OLG Oldenburg hat beide Aspekte anders beurteilt.³ Unter Hinweis auf die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M.⁴ verneint das Gericht einen lediglich rechtlichen Vorteil. Jeden Gesellschafter treffe in einer Personengesellschaft ein Bündel von wechselseitigen Rechten und Pflichten. Die Pflichten erschöpfen sich dabei nicht in der bloßen Erbringung der Einlage. Auch nach Leistung der vereinbarten Beiträge sei die Förderung des Gesellschaftszweckes eine Daueraufgabe für die Gesellschafter. Das Gericht stellt sich damit gegen die Tendenz in Rechtsprechung und Literatur, einen lediglich rechtlichen Vorteil bei unentgeltlicher Kommanditanteilsübertragung in der Regel zu bejahen.⁵ Das Gericht geht ferner von einem Erwerbsgeschäft aus. Hierzu stellt sich wieder einmal die schwierige Frage der Abgrenzung von reiner Vermögensverwaltung zum Erwerbsgeschäft.⁶ Im Hinblick auf den Unternehmensgegenstand „Dienstleistungen aller Art“ und aufgrund der Tatsache, dass hier gewerbliche Immobilien sowie technische Anlagen und Maschinen, die von der Gesellschaft an andere Unternehmen der Firmengruppe entgeltlich zur Nutzung überlassen wurden, verwaltet werden, lässt sich durchaus vertreten, dass diese Tätigkeit eine bloße private Vermögensverwaltung überschreitet.⁷

Richtig an der Entscheidung ist, dass beide Aspekte (lediglich rechtlicher Vorteil und Genehmigungspflicht) getrennt und in der richtigen Reihenfolge geprüft wurden⁸. Festzustellen ist, dass die OLG, deren Entscheidungen rein vermögensverwaltende Gesellschaften zum Gegenstand hatten, regelmäßig von einem lediglich rechtlichen Vorteil ausgingen (soweit sie sich mit dieser Frage auseinandergesetzt haben) und eine Genehmigungspflicht nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB (analog) verneinten.⁹ Die OLG-Entscheidungen, die von einem Erwerbsgeschäft ausgingen, haben dagegen einen lediglich rechtlichen Vorteil verneint (soweit sie sich mit dieser Frage auseinandergesetzt haben) und eine Genehmigungspflicht bejaht.¹⁰

1 Oder positiv formuliert: Mit dem Beschluss des OLG Oldenburg kommt neuer Schwung in diese Diskussion, so *Kubik*, GWR 2019, 387.

2 Vgl. u. a. OLG Köln, Beschluss vom 26.3.2018, 4 Wx 2/18, MittBayNot 2019, 272; OLG Dresden, Beschluss vom 25.4.2018, 17 W 160/18, MittBayNot 2019, 270; OLG München, Beschluss vom 28.12.2017, 2 WF 1509/17, MittBayNot 2019, 132 ff. m. Anm. *Egger* m. w. N.; Beschluss vom 6.11.2008, 3 Wx 76/08, ZEV 2008, 609; OLG Bremen, Beschluss vom 16.6.2008, 2 W 38/08, ZEV 2008, 608; OLG Jena, Beschluss vom 22.3.2013, 2 WF 26/13, ZEV 2013, 521; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3026; *Führ/Nikoleyczik*, BB 2009, 2105; *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 188. A. A. u. a. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.5.2008, 20 W 123/08, ZEV 2008, 607; *Ivo*, ZEV 2005, 193, 194 m. w. N.

3 Im Ergebnis dem OLG Oldenburg zustimmend: *van de Loo/Strnad*, ZEV 2019, 728; *Heckschen/Strnad*, notar 2019, 406, 421 f.

4 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.5.2008, 20 W 123/08, ZEV 2008, 607.

5 Zustimmend zu OLG Oldenburg: *Lüdecke*, NZFam 2019, 936.

6 Hierzu *Menzel*, MittBayNot 2019, 222 ff. m. w. N.

7 So auch *van de Loo/Strnad*, ZEV 2019, 728, 729; *Heckschen/Strnad*, notar 2019, 406, 422.

8 Siehe zu den Prüfungsschritten: *Menzel*, MittBayNot 2019, 222 ff.; kritisch zum Prüfungsaufbau dagegen: *van de Loo/Strnad*, ZEV 2019, 728, 729; *Heckschen/Strnad*, notar 2019, 406, 422.

9 OLG Köln, Beschluss vom 26.3.2018, 4 Wx 2/18, MittBayNot 2019, 272; OLG Dresden, Beschluss vom 25.4.2018, 17 W 160/18, MittBayNot 2019, 270; OLG München, Beschluss vom 28.12.2017, 2 WF 1509/17, MittBayNot 2019, 132 ff. m. Anm. *Egger*; OLG Jena, Beschluss vom 22.3.2013, 2 WF 26/13, ZEV 2013, 521; OLG Bremen, Beschluss vom 16.6.2008, 2 W 38/08, ZEV 2008, 608; OLG München, Beschluss vom 6.11.2008, 3 Wx 76/08, ZEV 2008, 609.

10 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.5.2008, 20 W 123/08, ZEV 2008, 607, das aber den rechtlichen Nachteil nach § 107 BGB nicht weiter thematisiert hat.

Wäre es denkbar, einen lediglich rechtlichen Vorteil zu bejahen und dennoch von einer Genehmigungspflicht auszugehen? Dies würde zu dem seltsam anmutenden Ergebnis führen, dass der beschränkt Geschäftsfähige den Vertrag ohne Genehmigung abschließen könnte, da es kein Vertreterhandeln gibt, das genehmigt werden könnte,¹¹ während die Eltern, die ihr Kind vertreten, im Einzelfall der Genehmigung bedürften.¹²

Dieses Ergebnis ist abzulehnen. § 1643 Abs. 1 i. V. m. §§ 1821, 1822 Nr. 1, 3, 5, 8 bis 11 BGB sind als ergänzende Regelung zur Bestimmung des § 107 BGB anzusehen und erweitern den Minderjährigenschutz, indem sie für Rechtsgeschäfte, die besonders weitreichende Folgen nach sich ziehen können, die Genehmigungspflicht des Familiengerichts anordnen.¹³ Die Verneinung eines lediglich rechtlichen Vorteils sollte daher *conditio sine qua non* für die Eröffnung des Anwendungsbereichs des § 1643 Abs. 1 i. V. m. §§ 1821, 1822 Nr. 1, 3, 5, 8 bis 11 BGB sein. Im Einzelfall sind diese Vorschriften daher teleologisch zu reduzieren, in denen schon nach generellen Merkmalen das Bedürfnis des Mündelschutzes *per se* nicht gegeben ist.¹⁴ Bei Bejahung eines lediglich rechtlichen Vorteils besteht damit für ein Genehmigungserfordernis nach § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB (analog) kein Raum mehr.¹⁵ Die schwierige Frage nach der Abgrenzung zwischen privater Vermögensverwaltung und Erwerbsgeschäft ist damit, sofern man an ihr überhaupt festhält,¹⁶ auch – und zwar zuerst – für die Frage des lediglich rechtlichen Vorteils relevant.¹⁷ Nur wenn man einen rechtlichen Nachteil¹⁸ annimmt, ist in einem zweiten Schritt der Anwendungsbereich des § 1643 Abs. 1 i. V. m. § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB (analog) und die Frage nach der Genehmigungsfähigkeit zu prüfen.¹⁹

Für die Praxis kann man aufgrund der divergierenden Entscheidungen der OLG und der im Einzelfall schwierigen Abgrenzung zwischen reiner Vermögensverwaltung und Erwerbsgeschäft nur empfehlen, künftig stets auf die Bestellung eines Ergänzungspflegers hinzuwirken²⁰ und eine gerichtliche Genehmigung einzuholen.²¹ Bei dieser Vorgehensweise ist die wirksame Vertretung gesichert, auch wenn im Einzelfall die Eltern nicht von der Vertretung ausgeschlossen sein sollten.²² Bei unstrittig vermögensverwaltenden Gesellschaften mag man dies, insbesondere wenn man sich auf die jeweilige Rechtsprechung „seines“ OLG stützen kann, im Einzelfall anders handhaben. Das OLG Oldenburg hat die Rechtsbeschwerde zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung zwar zugelassen, jedoch wurde von dieser offenbar kein Gebrauch gemacht, da der Beschluss mittlerweile rechtskräftig ist.²³ Eine höchstrichterliche Klärung durch den BGH lässt damit weiter auf sich warten.

20 Bei mehreren Kindern genügt grundsätzlich ein Ergänzungspfleger für alle Betroffenen, OLG München, Beschluss vom 17.6.2010, 31 Wx 70/10, NZG 2010, 862.

21 So auch *Kubik*, GWR 2019, 387. *Heckschen/Strnad*, notar 2019, 406, 422, gehen noch einen Schritt weiter und schlagen vor, die Genehmigungspflicht bewusst herbeizuführen, indem man beispielsweise die Hafteinlage noch mit 1 € offen lässt. Hintergrund ist, dass ein Negativattest des Familiengerichts unverbindlich ist und insoweit keine Rechtssicherheit bietet.

22 Der Ergänzungspfleger ist gesetzlicher Vertreter des Minderjährigen im Rahmen des ihm gerichtlich übertragenen Wirkungskreises, vgl. DNotI-Gutachten Nr. 153042.

23 Vgl. *van de Loo/Strnad*, ZEV 2019, 728, 729; *Heckschen/Strnad*, notar 2019, 406, 422.

11 Vgl. OLG Köln, Beschluss vom 26.3.2018, 4 Wx 2/18, MittBayNot 2019, 272. Das Genehmigungserfordernis besteht nur bei Rechtsgeschäften, die der beschränkt geschäftsfähige Mündel (Kind) selbst tätigt und zu denen der Vormund (Eltern) durch seine (ihre) Zustimmung zur Wirksamkeit verhelfen will, vgl. MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 7. Aufl. 2016, § 1821 Rdnr. 6.

12 Siehe hierzu *Menzel*, MittBayNot 2019, 222, 224.

13 MünchKomm-BGB/Spickhoff, 8. Aufl. 2018, § 107 Rdnr. 4.

14 Allgemein hierzu MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1821 Rdnr. 6 m. w. N.

15 A. A. *Egger*, MittBayNot 2019, 135, 137: „Kein Raum für die Bejahung der Genehmigungsfreiheit aufgrund einer etwaigen rechtlichen Vorteilhaftigkeit des Anteilserwerbs“; anders auch noch *Menzel*, MittBayNot 2019, 222, 223.

16 Kritisch hierzu *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 188, *Egger*, MittBayNot 2019, 135, 137.

17 Dogmatischer Anknüpfungspunkt könnten hierbei die gesellschaftsrechtlichen Treuepflichten sein, die jedenfalls bei einem Erwerbsgeschäft einen rechtlichen Nachteil für den Minderjährigen begründen könnten.

18 Zum Begriff des rechtlichen Nachteils und zur dogmatisch richtigen Lesart des § 107 BGB siehe MünchKomm-BGB/Spickhoff, § 107 Rdnr. 54.

19 A. A. *van de Loo/Strnad*, ZEV 2019, 728, 729; *Heckschen/Strnad*, notar 2019, 406, 422; ferner *van de Loo/Strnad*, ZEV 2018, 617 ff., die im ersten Schritt zunächst die Genehmigungsfähigkeit prüfen.

20. Zur Befreiung des Liquidators einer GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21.5.2019, 20 W 87/18

BGB § 181

GmbHG §§ 53, 54, 68, 69

LEITSATZ:

Die Befreiung des Liquidators einer GmbH von den Beschränkungen des § 181 BGB setzt eine entsprechende in der Satzung der Gesellschaft geregelte Befreiungsbefugnis für die Gesellschaft voraus. Dabei kann eine dem Wortlaut nach nur für die werbende Gesellschaft in deren Gesellschaftsvertrag enthaltene Befreiungsermächtigung nicht auch auf die Liquidationsgesellschaft übertragen werden; auch nicht durch eine „objektive Auslegung nach Sinn und Zweck“ des Gesellschaftsvertrages.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2020, 219.

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

21. Grundbuchberichtigung aufgrund einer ausländischen güterrechtlichen Entscheidung

BGH, Beschluss vom 16.5.2019, V ZB 101/18 (Vorinstanz: OLG Hamburg, Beschluss vom 7.6.2018, 13 W 61/17)

*FamFG § 109 Abs. 1 Nr. 1, § 108
GBO § 22 Abs. 1*

LEITSÄTZE:

1. Ist eine zweigliedrige Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter miteinander verheiratet sind, Eigentümerin eines in Deutschland belegenen Grundstücks und überträgt ein ausländisches Gericht in einer güterrechtlichen Entscheidung einem Ehegatten den Gesellschaftsanteil des anderen, steht § 24 Abs. 1 ZPO der internationalen Zuständigkeit und damit der Anerkennung dieser Entscheidung in einem grundbuchrechtlichen Berichtigungsverfahren nicht entgegen.
2. Ob eine ausländische Entscheidung im Inland anzuerkennen ist, wird – von Ausnahmen abgesehen – nicht in einem gesonderten Verfahren festgestellt. Vielmehr haben jedes mit dieser Vorfrage befasste Gericht und jede hiermit befasste Behörde selbstständig zu prüfen, ob die rechtlichen Anerkennungsvoraussetzungen erfüllt sind und keine Anerkennungshindernisse vorliegen. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Für die Abgrenzung der Anerkennungsfähigkeit nach §§ 107 ff. FamFG oder § 328 ZPO kommt es darauf an, ob die ausländischen Normen eine den entsprechenden inländischen Vorschriften vergleichbare Funktion haben. Ob das von dem fremden Gericht angewandte Rechtsinstitut dem deutschen Recht in der konkreten Form bekannt ist, ist dabei unerheblich. Die §§ 107 ff. FamFG sind deshalb anzuwenden, wenn die ausländische Entscheidung, wäre sie von einem deutschen Gericht gefällt worden, den Familiensachen bzw. der freiwilligen Gerichtsbarkeit zuzuordnen wäre. (Leitsatz der Schriftleitung)

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 913.

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

22. Keine Vorsatzanfechtung bei ernsthaftem, wenn auch letztlich fehlgeschlagenem Sanierungsversuch

BGH, Urteil vom 28.3.2019, IX ZR 7/18 (Vorinstanz: OLG Zweibrücken, Urteil vom 5.12.2017, 8 U 49/15)

InsO § 133 Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. Befriedigt ein Schuldner einen Gläubiger, obwohl er zahlungsunfähig ist und seine drohende oder bereits eingetretene Zahlungsunfähigkeit kennt, handelt er in der Regel mit dem Vorsatz, die übrigen Gläubiger zu benachteiligen. Die Kenntnis von der Zahlungsunfähigkeit kann aber ihre Bedeutung als Beweisanzeichen für den Benachteiligungsvorsatz verlieren, wenn die angefochtene Rechtshandlung Bestandteil eines ernsthaften, wenn auch letztlich fehlgeschlagenen Sanierungsversuchs war. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Auch aufseiten des Anfechtungsgegners kann die Kenntnis der drohenden oder eingetretenen Zahlungsunfähigkeit des Schuldners im Fall eines ernsthaften, wenn auch letztlich gescheiterten Sanierungsversuchs an Bedeutung verlieren. Zur Widerlegung der Vermutung des § 133 Abs. 1 Satz 2 InsO muss der Anfechtungsgegner darlegen und beweisen, dass er spätere Zahlungen auf der Grundlage eines schlüssigen Sanierungskonzepts erlangt hat. (Leitsatz der Schriftleitung)

23. Haftung des Geschäftsführers für Zahlungen nach Insolvenzreife

OLG München, Urteil vom 17.1.2019, 23 U 998/18

*GmbHG § 64 Satz 1
HGB §§ 130a, 177a
InsO § 19 Abs. 2 Satz 1*

LEITSÄTZE:

1. Einer Handelsbilanz kommt für die Frage, ob die Gesellschaft überschuldet ist, lediglich indizielle Bedeutung zu. Hat der Anspruchsteller jedoch erläutert, ob und ggf. in welchem Umfang stille Reserven oder sonstige aus ihr nicht ersichtliche Vermögenswerte vorhanden sind, ist es Sache des beklagten Geschäftsführers, im Rahmen seiner sekundären Darlegungslast im Einzelnen vorzutragen, welche stillen Reserven oder sonstigen für eine Überschuldungsbilanz maßgeblichen Werte in der Handelsbi-

lanz nicht abgebildet sind. (Leitsatz der Schriftleitung)

2. Eine günstige Fortbestehensprognose setzt neben dem Fortführungswillen des Schuldners bzw. seiner Organe auch die objektive – grundsätzlich aus einem aussagekräftigen Unternehmenskonzept (sog. Ertrags- und Finanzplan) herzuleitende – Überlebensfähigkeit des Unternehmens voraus. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Die Ersatzpflicht des Organs für Zahlungen nach Insolvenzreife entfällt, soweit die durch die Zahlung verursachte Schmälerung der Masse in einem unmittelbaren Zusammenhang mit ihr ausgeglichen wird, wobei die Regeln des Bargeschäfts nach § 142 InsO a. F. insoweit nicht entsprechend anwendbar sind. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Das Verschulden kann ausnahmsweise insbesondere dann zu verneinen sein, soweit durch Leistungen des Geschäftsführers in der Insolvenzsituation im Einzelfall größere Nachteile für die Masse abgewendet werden. Dies kommt insbesondere bei Zahlungen in Betracht, ohne die der Betrieb im Zweifel sofort hätte eingestellt werden müssen, was jede Chance auf Sanierung oder Fortführung im Insolvenzverfahren zunichte gemacht hätte. (Leitsatz der Schriftleitung)
5. Der Geschäftsführer handelt fahrlässig, wenn er sich nicht rechtzeitig die erforderlichen Informationen und Kenntnisse verschafft, die er für die Prüfung benötigt, ob er pflichtgemäß Insolvenzantrag stellen muss. Dabei muss er sich, sofern er nicht über ausreichende persönliche Kenntnisse verfügt, ggf. fachkundig beraten lassen. (Leitsatz der Schriftleitung)

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

24. Schadensersatz wegen notarieller Amtspflichtverletzung

BGH, Urteil vom 10.10.2019, III ZR 227/18 (Vorinstanz: KG, Urteil vom 28.8.2018, 9 U 56/17)

BeurkG § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2

BGB § 199 Abs. 1 Nr. 2

BNotO § 19 Abs. 1

LEITSATZ:

Die Verjährung des notariellen Amtshaftungsanspruchs beginnt, wenn dem Geschädigten Tatsachen bekannt oder grob fahrlässig unbekannt sind, die auch aus der Perspektive eines Laien das Vorgehen des Notars als irregulär und daher möglicherweise pflichtwidrig erscheinen lassen (Fortführung von Senat, Urteil vom 7.3.2019, III ZR 117/18, NJW 2019, 1953).

SACHVERHALT:

1 Der Kläger begehrt aus eigenem und abgetretenem Recht seiner Ehefrau Schadensersatz wegen notarieller Amtspflichtverletzung.

2 Am 4.11.2006 beurkundete der Beklagte zu 2 als amtlich bestellter Vertreter der zu 1 beklagten Notarin den Kauf einer Eigentumswohnung durch den Kläger und seine Ehefrau. Die Urkunde enthielt eingangs die Erklärung der Käufer,

„dass ihnen das Muster des folgenden Wohnungskaufvertrages länger als zwei Wochen vorliege, und sie ausreichend Gelegenheit gehabt haben, den Gegenstand der Beurkundung inhaltlich zu prüfen bzw. überprüfen zu lassen“.

3 Im Jahr 2007 legte ein Steuerberater dem Kläger dar, dass die Wohnung übersteuert gewesen sei.

4 Die als Vermittlerin der Immobilie aufgetretene GmbH wurde im April 2009 nach mangels Masse abgelehnter Insolvenzeröffnung aufgelöst. Am 1.11.2010 schlossen die von den Streithelfern beratenen Eheleute mit der D AG als finanzierender Bank einen außergerichtlichen Vergleich, in dessen Ausgleichsklausel die Erledigung sämtlicher wechselseitigen Ansprüche vereinbart war. Die Verkäuferin, ebenso wie die Vermittlerin eine GmbH, wurde – nach Eintragung einer entsprechenden Annullierung im April 2012 – im Handelsregister gelöscht.

5 Das LG hat die auf die Nichteinhaltung der Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in der damals geltenden Fassung des OLGVertragsänderungsgesetzes vom 23.7.2002 (BGBl. I, S. 2850, 2859) gestützte, im Dezember 2016 eingereichte Amtshaftungsklage abgewiesen, da keine Amtspflichtverletzung vorliege und dem geltend gemachten Anspruch ohnehin die Versäumung einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit sowie die von den Beklagten erhobene Verjährungseinrede entgegenstehe. Das KG hat die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit seiner vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt er sein Klagebegehren weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

6 I. Die zulässige Revision ist unbegründet.

7 Das KG hat einen Schadensersatzanspruch des Klägers aus § 19 Abs. 1 BNotO für jedenfalls verjährt gehalten.

8 Die Verjährungsfrist habe Ende 2012 begonnen und sei am 31.12.2015 abgelaufen. Denn der Kläger und seine Ehefrau hätten spätestens im Jahre 2012 die für den Beginn der Verjährungsfrist erforderliche Kenntnis von der Person des Schuldners und sämtlichen anspruchsbegründenden Umständen einschließlich des Fehlens einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit erlangt. Insbesondere hätten sie schon zum Zeitpunkt der Beurkundung gewusst, dass ihnen – wie sie behaupteten – der Entwurf des Kaufvertrags entgegen der in der Urkunde enthaltenen Erklärung nicht zwei Wochen zuvor zur Verfügung gestellt worden sei.

9 Ob die Eheleute daraus hätten ableiten können, dass der Beklagte zu 2 die Beurkundung unter Verletzung der Vorschrift des § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG amtspflichtwidrig vorgenommen habe, erscheine zwar zweifelhaft. Dies gelte vor allem im Hinblick auf das Urteil des IX. Zivilsenats des BGH vom 6.2.2014 (IX ZR 245/12, BGHZ 200, 172) zur Anwaltshaftung, das nahe lege, dass allein die Kenntnis der tatsächlichen Umstände einem Laien noch keine Kenntnis auch der Pflichtwidrigkeit der Handlung seines Rechtsberaters vermittele. Jedoch sei der Rechtsprechung des erkennenden Senats zur Notarhaftung zu folgen, wonach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB regelmäßig nicht voraussetze, dass der Geschädigte, der sich rechtlich beraten lassen könne, aus den ihm bekannten Tatsachen die

zutreffenden rechtlichen Schlüsse ziehe. Es habe auch keine unübersichtliche oder zweifelhafte Rechtslage vorgelegen, durch die der Verjährungsbeginn ausnahmsweise hinausgeschoben worden sei.

10 II. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand.

11 Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass der geltend gemachte Amtshaftungsanspruch gemäß § 19 Abs. 1 Satz 3, § 46 Satz 1 BNotO i. V. m. § 195 BGB mit Ablauf des 31.12.2015 verjährt ist, weil der Kläger und seine Ehefrau 2012 die für den Verjährungsbeginn erforderliche Kenntnis im Sinne des § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erlangt haben.

12 1. Bei Amtshaftungsansprüchen beginnt die Verjährung nach § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB erst, wenn der Geschädigte weiß oder ohne grobe Fahrlässigkeit wissen muss, dass die in Rede stehende Amtshandlung widerrechtlich und schuldhaft war und deshalb eine zum Schadensersatz verpflichtende Amtspflichtverletzung darstellt (vgl. Senat, Urteile vom 24.2.1994, III ZR 76/92, NJW 1994, 3162, 3164; vom 2.4.1998, III ZR 309/96, BGHZ 138, 247, 252; vom 14.3.2002, III ZR 302/00, BGHZ 150, 172, 186; vom 16.9.2004, III ZR 346/03, BGHZ 160, 216, 231; vom 11.1.2007, III ZR 302/05, BGHZ 170, 260, 271 Rdnr. 28 und vom 7.3.2019, III ZR 117/18, NJW 2019, 1953 f. Rdnr. 18). Die Vorschrift ist dem früheren § 852 Abs. 1 BGB nachgebildet und kann deshalb auch unter Rückgriff auf dessen Norminhalt und die dazu ergangene Rechtsprechung ausgelegt werden (vgl. Senat, Beschluss vom 19.3.2008, III ZR 220/07, NJW-RR 2008, 1237 Rdnr. 7). Danach genügt es im Allgemeinen, dass der Verletzte die tatsächlichen Umstände kennt oder grob fahrlässig nicht kennt, die eine schuldhafte Amtspflichtverletzung als naheliegend und mithin eine Amtshaftungsklage – und sei es auch nur als Feststellungsklage – als so aussichtsreich erscheinen lassen, dass ihm ihre Erhebung zugemutet werden kann. Die erforderliche Kenntnis des Verletzten vom Schaden und der Person des Ersatzpflichtigen setzt aus Gründen der Rechtssicherheit und Billigkeit grundsätzlich nicht voraus, dass der Geschädigte aus den ihm bekannten Tatsachen auch die richtigen rechtlichen Schlüsse zieht, diese also zutreffend rechtlich würdigt. Daher beeinflussen rechtlich fehlerhafte Vorstellungen seinerseits den Beginn der Verjährung in der Regel nicht, zumal er sich jederzeit rechtlich beraten lassen kann. Nur ausnahmsweise kann die Rechtsunkenntnis des Geschädigten den Verjährungsbeginn hinausschieben, wenn die Rechtslage im Einzelfall so unübersichtlich oder zweifelhaft ist, dass sie selbst ein rechtskundiger Dritter nicht zuverlässig einzuschätzen vermag (st. Rspr. des Senats, vgl. nur Urteile vom 24.2.1994, a. a. O.; vom 2.4.1998, a. a. O.; vom 14.3.2002, a. a. O.; vom 16.9.2004, a. a. O. S. 231 f.; vom 3.5.2005, III ZR 353/04, NJW-RR 2005, 1148, 1149 [jeweils zu § 852 BGB a. F.]; Beschluss vom 19.3.2008, a. a. O. S. 1237 f. Rdnr. 7; Urteile vom 11.9.2014, III ZR 217/13, BeckRS 2014, 1.9722 Rdnr. 15 und vom 7.3.2019, a. a. O. S. 1954 Rdnr. 18 f. [jeweils zu § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB]), oder bei dem Verletzten durch eine objektiv irreführende Belehrung des Notars eine Fehlvorstellung über dessen Pflichtenumfang hervorgerufen worden ist und er keinen konkreten Anlass hat, der Richtigkeit der erteilten Information zu misstrauen (vgl. Senat, Urteil vom 7.3.2019, a. a. O. S. 1954 Rdnr. 21). Die Feststellung, ob und

wann der Geschädigte Kenntnis von bestimmten tatsächlichen Umständen hatte, unterliegt als Ergebnis tatrichterlicher Würdigung nur einer eingeschränkten Überprüfung durch das Revisionsgericht. Dieses kann aber ohne Einschränkungen beurteilen, ob dem Geschädigten eine Klageerhebung aufgrund des vom Tatrichter festgestellten Kenntnisstands zumutbar war (vgl. Senat, Urteil vom 2.4.1998, a. a. O. S. 253).

13 2. Zu einer Abkehr von diesen Grundsätzen besteht kein Anlass (vgl. schon Senat, Urteil vom 3.5.2005, a. a. O. S. 1150).

14 a) Entgegen der Ansicht der Revision ist für den Beginn der Verjährung des Amtshaftungsanspruchs gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB weiterhin (auch) die zu § 852 Abs. 1 BGB a. F. ergangene Senatsrechtsprechung maßgebend. Die erstgenannte Vorschrift gilt für alle privatrechtlichen Ansprüche und knüpft nach dem – insoweit ohne jede Einschränkung – erklärten Willen des Gesetzgebers (vgl. Gesetzentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 96 und 102 sowie Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/7052, S. 178) bewusst an die Vorgängerregelung des § 852 Abs. 1 BGB a. F. und die hierzu ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung an, nach der für die Ingangsetzung der Verjährungsfrist im Regelfall allein eine sämtliche Anspruchsvoraussetzungen umfassende Tatsachen-, aber keine Rechtskenntnis des Geschädigten erforderlich sein sollte (vgl. außer der oben zitierten Senatsrechtsprechung auch BGH, Urteile vom 3.6.1986, VI ZR 210/85, juris Rdnr. 24; vom 15.10.1992, IX ZR 43/92, NJW 1993, 648, 653 und vom 25.2.1999, IX ZR 30/98, NJW 1999, 2041, 2042). Sie verlangt dementsprechend ihrem Wortlaut nach lediglich die Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den „den Anspruch begründenden Umständen“.

15 b) Dieser rechtliche Ansatz wird nicht durch das Urteil des IX. Zivilsenats vom 6.2.2014 (IX ZR 245/12, BGHZ 200, 172) zur Anwaltshaftung und die dort angeführte Rechtsprechung des BGH zum Verjährungsbeginn in Arzthaftungs- und Anlageberatungsfällen infrage gestellt. Mit diesem Urteil und einem weiteren vom selben Tage (IX ZR 217/12, AnwBl. 2014, S. 654) hat der IX. Zivilsenat für den Bereich der Anwaltshaftung lediglich die Anforderungen an die verjährungsauslösende Tatsachenkenntnis des Verletzten präzisiert. Danach genügt das Wissen des geschädigten Mandanten um den für ihn ungünstigen Ausgang seiner Rechtssache nicht. Vielmehr muss er Kenntnis auch von solchen Tatsachen erlangen, aus denen sich für ihn – zumal wenn er juristischer Laie ist – ergibt, dass sein Rechtsberater von dem üblichen rechtlichen Vorgehen abgewichen ist oder Maßnahmen nicht eingeleitet hat, die aus fachlicher Perspektive zur Vermeidung eines Schadens erforderlich waren (vgl. BGH, Urteile vom 6.2.2014, IX ZR 245/12, a. a. O. S. 176 Rdnr. 15 und IX ZR 217/12, a. a. O. Rdnr. 8). Damit wird nicht verlangt, dass der Mandant das Vorgehen seines Anwalts zutreffend als fehlerhaft beurteilt. Er muss nur Tatsachen kennen, die auch aus seiner laienhaften Sicht auf eine anwaltliche Pflichtverletzung hindeuten (vgl. BGH, Urteile vom 6.2.2014, IX ZR 245/12, a. a. O. und IX ZR 217/12, a. a. O. Rdnr. 8 f.).

16 aa) Die vom IX. Zivilsenat zitierte Rechtsprechung des BGH in Arzthaftungssachen, wonach der Patient als medizinischer

Laie Kenntnis von Tatsachen erlangen muss, aus denen sich ergibt, dass der Arzt von dem üblichen ärztlichen Standard abgewichen ist oder Maßnahmen nicht getroffen hat, die danach zur Vermeidung oder Beherrschung von Komplikationen erforderlich gewesen wären (vgl. BGH, Urteile vom 31.10.2000, VI ZR 198/99, NJW 2001, 885 f. und vom 10.11.2009, VI ZR 247/08, NJW-RR 2010, 681, 682 Rdnr. 6, jeweils m. w. N.), fordert für den Verjährungsbeginn ebenfalls kein (medizinisches) Fachwissen, sondern nur eine besondere – über die Verfehlung des Behandlungserfolgs hinausgehende – Tatsachenkenntnis des Geschädigten. Hierauf hat der erkennende Senat schon früher hingewiesen (vgl. Senat, Beschluss vom 19.3.2008, a. a. O. S. 1238). Entsprechendes gilt für die vom IX. Zivilsenat in Bezug genommenen Entscheidungen in Anlagerungssachen, nach denen sich das verjährungsauslösende Wissen des geschädigten Anlegers lediglich auf die tatsächlichen Umstände einschließlich der wirtschaftlichen Zusammenhänge beziehen muss, aus denen sich eine Rechtspflicht zur Aufklärung – und nicht bloß das Scheitern der Anlage – ergibt (vgl. BGH, Urteile vom 28.5.2002, XI ZR 150/01, VersR 2003, 511 und vom 3.6.2008, XI ZR 319/06, NJW 2008, 2576, 2578 Rdnr. 27, jeweils m. w. N.). Entscheidend für den Verjährungsbeginn ist danach jeweils nur, dass dem Geschädigten Tatsachen bekannt oder grob fahrlässig unbekannt sind, die auch aus der Perspektive eines Laien das Vorgehen des Arztes, Anlageberaters, Amtsträgers oder Anwalts als irregulär und daher mutmaßlich pflichtwidrig erscheinen lassen. Ob es tatsächlich pflichtwidrig ist, kann er durch die Einholung von fachkundigem Rat klären.

17 bb) Dass der Mandant Kenntnis von Tatsachen erlangen muss, die gerade auch aus seiner Sicht ein rechtsfehlerhaftes Vorgehen seines Anwalts indizieren, beruht auf dem anwaltlichen Vertrauensverhältnis (vgl. BGH, Urteile vom 6.2.2014, IX ZR 245/12, a. a. O. Rdnr. 17 und IX ZR 217/12, a. a. O. Rdnr. 9 sowie Kayser, AnwBl. 2014, S. 802, 805). Während eines bestehenden Mandatsverhältnisses darf der Mandant sich darauf verlassen, dass der Anwalt die anstehenden Rechtsfragen fehlerfrei beantwortet und zutreffenden Rechtsrat erteilt (vgl. BGH, Urteil vom 6.2.2014, IX ZR 245/12, a. a. O. Rdnr. 17; Kayser, AnwBl. 2014, S. 802, 805). Vor Beendigung dieser besonderen Vertrauensbeziehung, innerhalb derer möglicherweise selbst Hinweise des Gerichts oder Ausführungen des Prozessgegners dem regelmäßig rechtsunkundigen Mandanten die erforderliche Kenntnis von der vorausgegangenen anwaltlichen Pflichtverletzung nicht vermitteln können (vgl. Kayser, AnwBl. 2014, S. 802, 805), muss der Mandant den Anwalt nicht überwachen und dessen Rechtsauffassungen und -handlungen nicht durch einen anderen Rechtsberater überprüfen lassen (vgl. BGH, Urteil vom 6.2.2014, IX ZR 245/12, a. a. O.). Vor diesem Hintergrund ist für den Beginn der Verjährung erforderlich, dass der Mandant Tatsachen kennt, die sogar ihm als Laien Veranlassung bieten, die Leistung seines Anwalts infrage zu stellen (vgl. BGH, Urteile vom 6.2.2014, IX ZR 217/12 und IX ZR 217/12, jeweils a. a. O.). Ohne das Wissen um solche Tatsachen ist es dem Mandanten – erst recht während des bestehenden Vertragsverhältnisses mit seinem Anwalt – nicht zumutbar, von einem anderen Anwalt rechtlich prüfen zu lassen, ob sein Rechtsberater fehlerhaft gehandelt hat.

18 cc) Dies steht in keinem Gegensatz zur Senatsrechtsprechung (so schon Senat, Urteil vom 7.3.2019, a. a. O. S. 1955 Rdnr. 25), wonach der Urkundsbeteiligte Tatsachen kennen oder grob fahrlässig verkennen muss, die ihm konkreten Anlass geben, an der Pflichtgemäßheit der notariellen Amtshandlung zu zweifeln. Denn auch der IX. Zivilsenat macht den Beginn der Verjährung nur davon abhängig, dass der Mandant Tatsachen kennt oder grob fahrlässig nicht kennt, die aufgrund einer Parallelwertung in der Laiensphäre den Verdacht nahelegen, sein Anwalt habe rechtlich fehlerhaft agiert. Er hebt insoweit lediglich hervor, dass es sich bei diesen Tatsachen um hinreichend starke Indizien für ein anwaltliches Fehlverhalten handeln muss, die auch im Rahmen eines bestehenden, durch besonderes Vertrauen geprägten Mandatsverhältnisses noch Beachtung finden können. Zwar dürften die hierfür maßgeblichen Erwägungen nicht ohne Weiteres auf den Bereich der Notarhaftung übertragbar sein. Obschon sich grundsätzlich auch ein Urkundsbeteiligter darauf verlassen darf, dass der Notar seinen Amtspflichten ordnungsgemäß nachkommt (zum Beispiel: Senat, Urteil vom 11.9.2014, III ZR 217/13, WM 2014, 445, 448 Rdnr. 20), ist der Notar – anders als der Anwalt im Verhältnis zu seinem Mandanten – nicht zur einseitigen Vertretung der Interessen des Beteiligten, sondern zur Neutralität verpflichtet. Der Urkundsbeteiligte begegnet dem Notar in der Regel nur bei der Beurkundung und dieser dient dabei nicht jenem allein. Der Notar baut deshalb typischerweise kein länger andauerndes Vertrauensverhältnis zu dem Betroffenen auf, das während seines Bestehens oder noch danach Zweifel nicht zu diesem durchdringen ließe. Eine – zumal zugunsten der Rechtsposition des Klägers nutzbar zu machende – Divergenz zur Rechtsprechung des IX. Zivilsenats in Bezug auf eine abstrakte Rechtsfrage leitet sich aber auch hieraus nicht ab. Welche auf ein pflichtwidriges Agieren hindeutenden tatsächlichen Umstände dem Urkundsbeteiligten (oder dem Mandanten) bekannt oder grob fahrlässig unbekannt sein müssen, damit es ihm zumutbar erscheint, das Handeln des beurkundenden Notars (oder des Anwalts) in Frage zu stellen und fachlich überprüfen zu lassen, kann nämlich nicht generell, sondern nur jeweils im konkreten Einzelfall beantwortet werden.

19 3. Dies zugrunde gelegt, ist die Annahme der Vorinstanz, der Kläger und seine Ehefrau hätten bereits bei der Beurkundung Kenntnis von den tatsächlichen Umständen erlangt, die aus ihrer Sicht auf ein widerrechtliches Verhalten des Beklagten zu 2 hindeuteten, nicht zu beanstanden. Wie die Revision ausführt, war den Eheleuten zu diesem Zeitpunkt „selbstverständlich“ bekannt, dass ihnen der Entwurf des Kaufvertrags entgegen ihrer beurkundeten Erklärung nicht zwei Wochen zuvor zur Verfügung gestellt worden war. Sie wussten also, dass ihre vom Notar verlesene Erklärung falsch war und konnten deren Inhalt entnehmen, dass es möglicherweise rechtlich erforderlich gewesen wäre, ihnen – anders als geschehen – das Kaufvertragsmuster mehr als zwei Wochen vor der Beurkundung zur Prüfung vorzulegen. Damit lagen auch aus ihrer laienhaften Sicht seit 2006 hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für eine irreguläre Abwicklung der Beurkundung vor. Über zutreffende Rechtskenntnisse in Bezug auf die Vorschrift des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG in der für die vorliegend in Rede stehende Beurkundung maßgeblichen Fassung und

die sich unter Umständen daraus ergebende Amtspflicht des Notars, bei Nichteinhaltung der Wartefrist die Beurkundung abzulehnen (vgl. dazu Senat, Urteile vom 7.3.2019, a. a. O. S. 1954 Rdnr. 20; vom 7.2.2013, III ZR 121/12, NJW 2013, 1451, 1452 Rdnr. 20 und vom 25.6.2015, III ZR 292/14, BGHZ 206, 112, 116 Rdnr. 16), mussten sie dabei nicht verfügen. Diese hätten sie sich, spätestens nachdem ihnen 2007 die Unvorteilhaftigkeit des Geschäfts und 2012 der Wegfall anderweitiger Ersatzmöglichkeiten bekannt geworden waren, in zumutbarer Weise rechtzeitig vor Ablauf der Verjährungsfrist am 31.12.2015 durch anwaltliche Beratung verschaffen können. Eine Fallgestaltung, in der nach der Senatsrechtsprechung ausnahmsweise die Rechtsunkenntnis des Urkundsbeteiligten die Verjährung hinausschiebt (vgl. Senat, Urteil vom 7.3.2019, a. a. O. S. 1954 Rdnr. 19 ff.), liegt nicht vor. Weder hat der Beklagte zu 2 den Kläger und dessen Ehefrau irreführend über den Inhalt seiner Amtspflichten aus § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. belehrt noch war zum Beurkundungszeitpunkt die diesbezügliche Rechtslage unübersichtlich oder zweifelhaft (vgl. dazu Senat, Urteil vom 7.3.2019, a. a. O. S. 1954 Rdnr. 20 m. w. N.). Sie ist auch entgegen der Ansicht der Revision nicht vor Ablauf der Verjährungsfrist durch die Urteile des IX. Zivilsenats vom 6.2.2014 unübersichtlich oder zweifelhaft geworden. Denn diese Entscheidungen stehen – wie schon unter II. 2. dargelegt – in keinem Gegensatz zur Rechtsprechung des Senats zum Verjährungsbeginn in Notarhaftungssachen. Davon abgesehen verkennt die Revision, dass allenfalls eine Rechtsunsicherheit in Bezug auf das Bestehen des Anspruchs dessen klageweise Geltendmachung durch den Geschädigten unzumutbar machen könnte. Eine (unterstellte) Rechtsunsicherheit darüber, ob die Verjährung des bestehenden Anspruchs früher oder später beginnt, würde dagegen eine – möglichst frühzeitige – Klageerhebung nicht unzumutbar, sondern vielmehr geboten erscheinen lassen.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessorin Dr. **Julia Bayer**, Füssen

Der III. Zivilsenat hatte im Anschluss an seine Entscheidung vom 7.3.2019¹ nunmehr erneut die Gelegenheit, seine Rechtsprechung zum Verjährungsbeginn des notariellen Amtshaftungsanspruchs nach § 19 BNotO fortzuführen. Beklagt waren eine Notarin und deren amtlich bestellter Vertreter als Gesamtschuldner (§ 19 Abs. 2 Satz 4, § 46 Satz 1 BNotO), nachdem vor der Beurkundung eines Immobilienkaufvertrages unter Verbraucherbeteiligung – entgegen des anderslautenden Urkundeninhalts – die Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 Hs. 2 BeurkG nicht eingehalten worden war.

1. Einordnung in die Rechtsprechungspraxis des BGH

Der BGH knüpft an seine schon zu § 852 Abs. 1 BGB a. F. ergangene Rechtsprechung an, wonach die dreijährige Regelverjährung nach § 19 Abs. 1 Satz 3 BNotO i. V. m.

¹ BGH, Urteil vom 7.3.2019, III ZR 117/18, DNotZ 2019, 713.

§§ 195, 199 Abs. 1 BGB am Ende des Jahres anläuft, in dem der Geschädigte erstens Kenntnis oder grob fahrlässige Unkenntnis von den tatsächlichen Umständen eines Amtspflichtverstoßes erlangt hat und ihm zweitens bei einer Parallelwertung in der Laiensphäre hätte naheliegend erscheinen müssen, dass diese Umstände einen Amtspflichtverstoß darstellen oder sich zumindest die Veranlassung zur Einholung von Rechtsrat ergibt. Nur bei rechtlich oder tatsächlich besonders unübersichtlichen Konstellationen sowie fehlerhaften Hinweisen durch den Notar selbst könne der Verjährungsbeginn zeitlich später einsetzen.²

Überzeugend stellt der BGH dar, dass er vorliegend nicht von den Grundsätzen des IX. Zivilsenats zur Parallelfrage im Rahmen der Anwaltshaftung abweiche, sondern vielmehr beide Entscheidungen zusammen mit der weiteren Judikatur aus dem Bereich der Arzthaftung³ sowie der Anlageberatung⁴ ein System bildeten, das den Unterschieden der jeweiligen Haftungsverhältnisse gerecht werde: So seien Anwalts- und Notarhaftung, wie vom BGH nachvollziehbar ausgeführt, eben nicht vergleichbar. Das Verhältnis des Anwalts zu seinem Mandanten einerseits sowie dasjenige des Notars zum Urkundsbeteiligten andererseits unterscheide sich vielmehr dahin gehend, dass ersteres auf einer intensiven Vertrauensbasis beruhe, weshalb während des laufenden Mandats regelmäßig keine Zweifel an der fachlichen Kompetenz des Anwalts aufkommen müssten. Hingegen hätten Urkundsbeteiligte mit dem Notar oftmals nur einmalig zu tun, wobei ihnen auch in der Laiensphäre klar sei, dass der Notar gerade nicht ihr einseitiger Interessenvertreter, sondern eine neutrale Amtsperson ist. Daher sei es auch juristischen Laien regelmäßig zumutbar, in Zweifelsfällen bereits in einem frühen Stadium rechtlichen Rat bzgl. der Rechtmäßigkeit des notariellen Vorgehens einzuholen.

Im vorliegenden Fall steht zu Recht außer Frage, dass der Kläger schon bei der Beurkundung gemerkt haben muss, dass ihm der Entwurf – entgegen dem Wortlaut der Urkunde – noch keine zwei Wochen vorher zugeleitet worden war und dies ein fehlerhaftes Vorgehen des Notars nahelegt, wodurch sich für den Kläger die Einholung von Rechtsrat hätte aufdrängen müssen.

2. Weitere Gedanken zum materiellen Ersatzanspruch

Aufgrund der durchgreifenden Verjährungseinrede hatte der BGH dann auch keine Veranlassung mehr, zu den übrigen Fragen der Anspruchsentstehung Stellung zu nehmen. Nachfolgend gleichwohl einige Überlegung dazu.

Zumindest an der haftungsausfüllenden Kausalität könnte man zweifeln. Denn hätte der Kläger wirklich vom Kaufvertrag Abstand genommen, wenn ihm der Entwurf lediglich

² Zur unvollständigen Belehrung des Notars über die Reichweite seiner Amtspflicht jüngst BGH, Urteil vom 7.3.2019, III ZR 117/18, DNotZ 2019, 713, 717 f.
³ BGH, Urteil vom 31.10.2000, VI ZR 198/99, NJW 2001, 885 f.; Urteil vom 10.11.2009, VI ZR 247/08, NJW-RR 2010, 681 f.
⁴ BGH, Urteil vom 28.5.2002, XI ZR 150/01, VersR 2003, 511; Urteil vom 3.6.2008, XI ZR 319/06, NJW 2008, 2576, 2578.

einige Tage länger zur Prüfung überlassen worden wäre? Dies erscheint fraglich, zumal der Kläger erst später von seinem Steuerberater erfuhr, dass das Geschäft wirtschaftlich nachteilig war.

Zudem bezweckt § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG vor allem, dass sich der Verbraucher hinreichend auf den Notartermin vorbereiten, etwaige offene Fragen klären sowie Änderungswünsche formulieren kann.⁵ Die Feststellungen legen aber zumindest nahe, dass der Kläger keinerlei Unklarheiten unterlag, die einer zu kurzen Vorbereitung geschuldet waren. Vielmehr hatte er schlichtweg eine Fehlinvestition getätigt, wozu ihn der Notar aufgrund seiner Neutralitätspflicht in wirtschaftlichen Angelegenheiten aber ohnehin nicht hätte beraten dürfen.⁶ Den Steuerberater hingegen hatte der Kläger erst lange nach der Beurkundung konsultiert.

Gleichwohl wäre aber zu beachten, dass nach Auffassung des BGH den beklagten Notar die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft, dass die Urkundsbeteiligten auch bei Einhaltung der Frist den Vertrag tatsächlich so geschlossen hätten.⁷ Hierbei wird man aber – vor allem wenn der Verbraucher erst Jahre später etwaige Ansprüche anmeldet – die Anforderungen an das Beweismaß nicht überspannen dürfen.⁸

3. Fazit

Zwar enthält § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG keine „Beurkundungssperre“,⁹ die Entscheidung macht aber erneut deutlich, dass die Beachtung der Zwei-Wochen-Frist unter haftungspräventiven Gesichtspunkten essenziell ist. Wenigstens bei der Frage des Verjährungsbeginns traut die Rechtsprechung dem Verbraucher jedoch zu, sich bei offensichtlicher Unterschreitung der Frist alsbald mithilfe von Rechtsrat über das Bestehen eines Ersatzanspruchs zu informieren, wodurch der Notarhaftung zumindest in zeitlicher Hinsicht für so manche „späte Vertragsreue hinsichtlich eines übereilten ‚Jahresend-Schnäppchens‘ bzw. ‚Steuer-spar-Kaufs‘“ (so *Grziwotz*)¹⁰ Grenzen gesetzt sind.

5 BGH, Urteil vom 25.6.2015, III ZR 292/14, BGHZ 206, 112 = MittBayNot 2016, 79 m. Anm. *Meininghaus*.

6 *Termer*, NJW 2013, 1404, 1405.

7 BGH, Urteil vom 25.6.2015, III ZR 292/14, BGHZ 206, 112 = MittBayNot 2016, 79 m. krit. Anm. *Meininghaus*; jüngst auch OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 11.7.2018, 4 U 98/17, NJOZ 2019, 970.

8 Ebenso BeckOK-BGB/*Litzenburger*, Stand: 1.11.2019, § 17 BeurkG Rdnr. 54.

9 Vgl. nur BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, BGHZ 196, 166 = MittBayNot 2013, 325; Urteil vom 23.8.2018, III ZR 506/16, NotBZ 2019, 34.

10 *Grziwotz*, ZfIR 2019, 317, 318.

25. Eignung eines Notarassessors bei Sonderverwendung

OLG Rostock, Urteil vom 13.9.2019, 15 Not 1/18

BNotO § 6 Abs. 1 und 3, § 7 Abs. 1

NotNotAssVO-MV § 5 Abs. 1 Satz 4, § 11 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. **Im Bewerbungsverfahren um eine Notarstelle hat der dreijährige Anwärterdienst, wie der Regelvorgang „für Landeskinder“, nur insoweit Bedeutung, als er dem Interesse an einer geordneten Rechtspflege dient. Es handelt sich nur um eine Regelvoraussetzung, weshalb im Einzelfall geprüft werden muss, ob sie im Hinblick auf die Grundrechte der Bewerber zur Geltung kommen kann. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Eine landesrechtliche Regelung, wonach ein Notarassessor eine Mindestzeit des Anwärterdienstes bei Notaren oder als Notarvertreter oder Notariatsverwalter ableisten soll, stellt keine weitere Eignungsvoraussetzung für die Notarbestellung dar. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 Der Kläger wendet sich gegen die Entscheidung der Beklagten, eine von ihm angestrebte Notarstelle mit einer anderen Bewerberin zu besetzen.

2 Der Kläger und die Beigeladene zu 1 (nachfolgend: Konkurrentin) – beides Notarassessoren der Beklagten – bewarben sich auf eine von der Beklagten im Amtsblatt ausgeschriebene und zum 1.10.2018 zu besetzende Notarstelle (...). Bewerbungsende war der 25.4.2018.

3 Der Kläger bestand das erste juristische Staatsexamen mit (...) und die zweite juristische Staatsprüfung mit (...). Seit dem 1.2.2016 ist er als Notarassessor und seit dem 1.1.2017 zusätzlich als Geschäftsführer der beigeladenen Notarkammer tätig. Er hatte – zum Bewerbungszeitpunkt – bei einem inländischen Notar elf Monate Ausbildungszeit absolviert und übernahm im Anschluss die Geschäftsführerfunktion bei der Notarkammer des Landes Mecklenburg-Vorpommern. Während seiner Kammerstätigkeit erstellte er ca. 600 Vertretungsurkunden. Ab dem 16.7.2018, ist er jeweils zwei Tage wöchentlich einer Notarin zur Ausbildung zugewiesen worden, womit sich die Zuweisung zur Geschäftsstelle der Kammer auf drei Tage pro Woche reduziert hat.

4 Die Konkurrentin bestand das erste juristische Staatsexamen mit (...) und das zweite juristische Staatsexamen mit (...). Seit dem 1.11.2014 ist sie als Notarassessorin tätig, und zwar ausschließlich in verschiedenen Ausbildungsnotariaten.

5 Beide Bewerber sind (Beurteilung jeweils vom 24.5.2018) mit „für das Amt des Notars/der Notarin geeignet“ beurteilt worden und hatten zum Zeitpunkt der Besetzbarkeit der Notarstelle (...) zum 1.10.2018 die reguläre dreijährige Anwärterdienstzeit noch nicht erreicht. Beim Kläger betrug die Anwärterzeit bis zum 30.9.2018 zwei Jahre und acht Monate, bei der Konkurrentin zwei Jahre neun Monate und 7,5 Tage. Zur Berechnung der Anwärterdienstzeit nimmt der Senat Bezug auf den Auswahlvermerk der Beklagten vom 5.7.2018.

6 Der Präsident der Beigeladenen zu 2 hat den Kläger im Geeignetheitsvergleich mit der Konkurrentin für die Besetzung des Amtes vorgeschlagen. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, dass nach den Stellenbesetzungskriterien der Notarkammer des Landes bei der Auswahl unter mehreren Bewerbern das Vorrücksystem bzw. das Dienstalterprinzip gelte und demnach der Notarasses-

sor mit der längeren Dienstzeit im Land den Vorzug erhalte. Soweit die Dienstzeiten annähernd gleich lang seien, sei auf die fachliche Eignung abzustellen Aufgrund des geringen Unterschiedes im Dienstalter der beiden Bewerber, nämlich 0,75 Monate, und der nicht erkennbaren Eignungsdifferenz bezogen auf die Leistungen während des Assessorendienstes seien die signifikanten Unterschiede bei den Examensnoten ausschlaggebend und daher dem Kläger der Vorrang einzuräumen. Hieran hat der Präsident der Beigeladenen zu 2 auch in Ansehung eines von der Konkurrentin an die Beklagte gerichteten Schreibens vom 17.6.2018 festgehalten, in welchem die Konkurrentin die Auffassung vertrat, dass von einem annähernd gleichen Dienstalter nicht auszugehen sei. Daraufhin nahm die Beigeladene zu 2 nach Prüfung eine Korrektur des Dienstalters der Bewerber vor, wonach der Unterschied im Dienstalter zwischen den Bewerbern (gleichwohl) unter 5 % liege. Der Präsident der beigeladenen Notarkammer ist der Auffassung, dass diese Differenz so geringfügig sei, dass ihr keine Bedeutung zukomme.

7 Der Auswahlvermerk der Beklagten vom 5.7.2018 sah eine Besetzung der Notarstelle mit dem Kläger vor. Mit E-Mail vom 26.7.2018 informierte die Beklagte den Präsidenten der beigeladenen Notarkammer jedoch darüber, die Stelle nunmehr mit der Konkurrentin besetzen zu wollen. Sie meint, der Kläger habe die Mindestausbildungszeit von 18 Monaten bei einem inländischen Notar gemäß § 5 Abs. 1 Satz 4 NotNotAssVO-MV nicht absolviert. Es handele sich insoweit um eine Soll-Vorschrift, ein Absehen hiervon käme nicht in Betracht, da eine dafür erforderliche atypische Situation nicht vorliege. Dem ist der Präsident der beigeladenen Notarkammer mit Schreiben vom 30.7.2018 entgegengetreten. Gleichwohl hat die Beklagte an der Absicht, die Stelle mit der Konkurrentin zu besetzen, festgehalten und mit Bescheid vom 23.8.2018 den Kläger darüber in Kenntnis gesetzt. Sie begründete diese Besetzungsabsicht allein damit, der Kläger habe nicht alle formellen Voraussetzungen für die Stellenbesetzung erfüllt, weil er die für den Anwärterdienst erforderliche Mindestausbildungszeit von 18 Monaten bei einem inländischen Notar nicht absolviert habe.

8 Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner am 12.9.2018 beim OLG eingegangenen Klage. Der Kläger meint, er erfülle in seiner Person sämtliche Voraussetzungen für die Besetzung der Stelle. Er wendet sich bereits gegen die Auffassung der Beklagten, Notarvertretungen seien bei der Anwärterzeit nicht (vollständig) zu berücksichtigen. Überdies sei die Beklagte bei der Berechnung der Ausbildungszeit von einer falschen Tatsachengrundlage ausgegangen; denn maßgeblich sei grundsätzlich der Stichtag der beabsichtigten Amtsbesetzung, also der 1.10.2018. Bis zu diesem Zeitpunkt hätte der Kläger jedoch insgesamt ca. 15,5 Monate bei inländischen Notaren absolviert. Darüber hinaus sei die Versagung der Bestellung wegen der Nichtabsolvierung der 18-monatigen Ausbildungszeit ermessensfehlerhaft. Er rügt, die Beklagte habe – ohne in die Geeignetheitsprüfung einzutreten – ausschließlich auf die Soll-Vorschrift in § 5 Abs. 1 Satz 4 NotNotAssVO-MV abgestellt. Hierbei handele es sich jedoch nur um eine Verordnung, die entsprechend ihrer Ermächtigungsgrundlage in § 7 Abs. 5 Satz 2 BNotO lediglich die Gestaltung der Notarausbildung zum Gegenstand habe, während für die Beurteilung der Geeignetheit ausschließlich die BNotO (§ 6 Abs. 1 und 3) gelte. Bei Durchführung einer umfassenden Geeignetheitsprüfung hätte sich ergeben, dass der Kläger im Vergleich zur Konkurrentin aufgrund einer Gesamtschau besser für die Bestellung zum Notar geeignet sei. Zudem dürfte die NotNotAssVO-MV bei entsprechender Auslegung der Beklagten – § 11 Abs. 1 NotNotAssVO-MV führe trotz Soll-Vorschrift zu einer gebundenen Entscheidung – vor dem Hintergrund des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Art. 3 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 12 GG rechtswidrig sein. Da die Anwärter keinen Einfluss auf die ihnen zugewiesenen Ausbildungsstationen hätten, also die Zuweisung ausschließlich durch die Notarkammer erfolge, dürfe die Soll-Vorschrift nicht zulasten des betroffenen Assessors ausgelegt werden. Ferner sei fraglich, ob es sich bei § 11 Abs. 1 letzter Halbsatz NotNotAssVO-MV überhaupt um eine Anrechnungsnorm handele, denn diese Vorschrift enthalte eine bloße Verweisung auf § 5 Abs. 1

Satz 4 der NotNotAssVO-MV. Auch die Begründung dieser Vorschrift liefere keinen Anhaltspunkt, der auf eine Anrechnungsbeschränkung schließen lasse. Auch die pauschalierte Ablehnung eines atypischen Falles mit dem Argument, die Notarkammer werde als sonstige Ausbildungsstelle in der NotNotAssVO-MV klassifiziert, sei nicht zulässig. Die Feststellung einer Atypizität erfolge stets anhand des Einzelfalles unter Hinzuziehung weiterer Kriterien. Solch ein atypischer Fall liege in der Person des Klägers vor. Dem Kläger fehle nur ein kurzer Zeitraum zum Erreichen der 18 Monate. Daher hätte sich die Beklagte die Frage stellen müssen, ob der Kläger durch anderweitig erbrachte Leistungen oder andere Umstände den fehlenden Zeitraum ausnahmsweise ausgleichen könne, insbesondere unter Berücksichtigung der hohen Anzahl an Vertretungstagen und Beurkundungen in der Zeit als Geschäftsführer, was nahezu das durchschnittliche Halbjahresaufkommen eines Notariats in Mecklenburg-Vorpommern ausmache. Auch die fehlende Einflussmöglichkeit des Assessors auf die ihm zugewiesene Ausbildungsstation hätte besonders berücksichtigt werden müssen. Ferner hätte seine berufliche Vorerfahrung Beachtung finden müssen. Die Arbeit als Geschäftsführer der Notarkammer hätte zudem angemessen gewürdigt werden müssen. Neben materiellrechtlichen Fragen sei der Kammergeschäftsführer durch die tägliche Arbeit mit berufs- und beurkundungsrechtlichen Fragen betraut, die auch bei der Arbeit als Notar einen mitentscheidenden Stellenwert ausmachten. Der Kläger dürfe wegen seiner Tätigkeit als Kammergeschäftsführer nicht benachteiligt werden. Zudem sei es in der Vergangenheit üblich gewesen, Notarassessoren mit deutlich unter 18 Monaten Ausbildungszeit im Notarbüro zu Notaren zu bestellen.

9 Auch der Präsident der Beigeladenen zu 2 vertritt die Auffassung, die Entscheidung der Beklagten sei rechtswidrig und verletze den Kläger in seinen Rechten. Aus der Regelung in § 11 Abs. 1 NotNotAssVO-MV ergäbe sich eindeutig, dass Tätigkeiten bei einer sonstigen Ausbildungsstelle auf den Anwärterdienst anzurechnen seien. Dass eine Anrechnung nur erfolgen solle, wenn der Assessor die Mindestzeit von 18 Monaten bei einem inländischen Notar absolviert habe, ergebe sich aus dieser Vorschrift nicht. Den in dieser Vorschrift enthaltenen Verweis auf § 5 Abs. 1 Satz 4 in diesem Sinne auszulegen, finde im Wortlaut des § 11 NotNotAssVO-MV keine Stütze. Auch die Entstehungsgeschichte der NotNotAssVO-MV stütze diese Auffassung, denn die historische Vorgängervorschrift, § 5 Abs. 1 NotAO-MV, habe ebenfalls eine Anrechnung von Zeiten bei einer Standesorganisation auf die Dauer des Anwärterdienstes vorgesehen. Dass der Gesetzgeber diese Rechtslage habe ändern wollen, sei nicht ersichtlich. Die Verordnungsbegründung äußere sich jedenfalls hierzu nicht. Im Übrigen sei es für die Notarkammer zunehmend schwierig, Notarassessoren für die Tätigkeit als Geschäftsführer der Kammer zu gewinnen, insbesondere für einen längeren Zeitraum. Im Übrigen seien in der Vergangenheit bereits zwei ehemalige Geschäftsführer der Beigeladenen zu 2 zu Notaren bestellt worden, die keine 18-monatige Ausbildung bei einem Notar absolviert hatten, nämlich der (amtierende) Präsident der Beigeladenen zu 2 selbst im Jahre 2005 sowie (...) im Jahr 2017.

10 Der Kläger und die Beigeladene zu 2 beantragen,

unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 23.8.2018 sie zu verpflichten, die Bewerbung des Klägers vom 20.4.2018 auf die Besetzung der ausgeschriebenen Notarstelle (...) unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts neu zu bescheiden.

Die Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

11 Sie hält an ihrer Auffassung fest, der Kläger habe zum Zeitpunkt der in Aussicht genommenen Nachbesetzung der Notarstelle in (...) zum 1.10.2018 noch nicht sämtliche Voraussetzungen für die Bestellung zum Notar erfüllt und nimmt insoweit auf ihren Auswahlvermerk (auszugsweise) Bezug. Das Urkundenaufkommen im Rahmen von Vertretungstagen könne nicht umgerechnet und bei der Ausbildungszeit angerechnet werden. Die Zahl der vorgenommenen Beurkundungen lasse keine Rückschlüsse auf Umfang und Komplexität der einzelnen Beurkundung zu und könne im Auswahlverfahren nicht

geprüft werden. Ein atypischer Fall läge nicht vor: Die Vertretungstage seien bei der Berechnung der Ausbildungszeit bereits angerechnet worden. Eine Doppelanrechnung sei nicht gerechtfertigt. Eine besondere Würdigung der Tätigkeit als Geschäftsführer der Notarkammer verbiete sich aufgrund der Entscheidung des Ordnungsgebers, die Notarkammer nur als sonstige Ausbildungsstelle anzusehen. Die fehlende Mitentscheidungsmöglichkeit des Notarassessors auf die ihm zugewiesene Ausbildungsstelle stelle keine Ausnahmeproblematik dar, denn sie betreffe alle Assessoren gleichermaßen.

12 Die Konkurrentin bestreitet eine Ausbildungszeit des Klägers von 15,5 Monaten bei einem inländischen Notar. Er habe lediglich 14 Monate absolviert. So sei er in der angerechneten Zeit von elf Monaten bei seinem Ausbildungsnotar in (...) zehn Tage zur Einarbeitung der damaligen Geschäftsführerin der Beigeladenen zu 2 zugewiesen worden. Zudem habe er nicht seit dem 16.7.2018 bis zum in Aussicht genommenen Stellenbesetzungszeitpunkt – wie zunächst berechnet – insgesamt 22 Ausbildungstage bei der Notarin (...) absolviert, sondern lediglich sechs Tage.

AUS DEN GRÜNDEN:

13 I. Die nach § 111b BNotO, §§ 42, 68 Abs. 1 Satz 1 VwGO statthafte und zulässige, insbesondere form- und fristgerecht erhobene Klage ist begründet. Die Besetzungsentscheidung der Beklagten ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten. Sie ist daher aufzuheben und der Kläger unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts erneut zu bescheiden, § 111b BNotO, § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO.

14 1. Die Beklagte hat entgegen den rechtlichen Vorgaben den Kläger ohne Eintritt in die Geeignetheitsprüfung aus dem Auswahlverfahren betreffend die Besetzung der ausgeschriebenen Notarstelle ausgeschlossen, weil der Kläger die gemäß § 5 Abs. 1 Satz 4 NotNotAssVO-MV vorgesehene Ausbildungszeit von 18 Monaten bei einem inländischen Notar nicht vollständig abgeleistet hat. Damit hat sie den Regelungszusammenhang zwischen §§ 6, 7 BNotO und der vorgenannten Verordnung erkannt, weshalb sich die Auswahlentscheidung als rechtsfehlerhaft erweist.

15 a) Gemäß § 6 Abs. 1 BNotO sind nur solche Bewerber zu Notaren zu bestellen, die nach ihrer Persönlichkeit und ihren Leistungen für das Amt des Notars geeignet sind. Bei der Auswahl unter mehreren geeigneten Bewerbern um das Amt des Notars richtet sich die Reihenfolge entsprechend Abs. 3 der Vorschrift nach der persönlichen und fachlichen Eignung unter Berücksichtigung der die juristische Ausbildung abschließenden Staatsprüfung und der bei der Vorbereitung auf den Notarberuf gezeigten Leistungen. Zudem soll gemäß § 7 Abs. 1 BNotO zur hauptberuflichen Amtsausübung als Notar nur bestellt werden, wer einen dreijährigen Anwärterdienst als Notarassessor geleistet hat und sich im Anwärterdienst des Landes befindet, in dem er sich um die Bestellung bewirbt. Der dreijährige Anwärterdienst stellt nach dem Wortlaut der Vorschrift des § 7 Abs. 1 BNotO („soll in der Regel“) keine zwingende Voraussetzung für die Bestellung zum Notar dar. Das ergibt sich auch aus einem Vergleich mit dem Wortlaut der – zwingende Bestellungsbedingungen enthaltenden – Vorschriften der §§ 5, 6 Abs. 1 BNotO („darf nur“, „nur solche Bewerber sind“, „können nicht“). Der dreijährige Anwärterdienst hat, wie der Regelvorrang „für Landeskinder“, nur insoweit Bedeutung, als er dem Interesse an einer geordneten Rechtspflege dient. Es handelt sich ebenfalls nur um eine Re-

gelvoraussetzung, weshalb im Einzelfall geprüft werden muss, ob sie im Hinblick auf die Grundrechte der Bewerber zur Geltung kommen kann (BGH, Beschluss vom 13.11.2017, NotZ (Brfg) 2/17, zitiert nach juris). Nichts anderes kann für die Ausgestaltung des Anwärterdienstes gelten. Wenn dieser insgesamt abgekürzt werden kann oder hierauf sogar verzichtet werden kann, ist für die Nichtabsolvierung einzelner Ausbildungsinhalte nichts Gegenteiliges anzunehmen, es sei denn, es gibt hierfür sachliche Gründe im Interesse einer geordneten Rechtspflege, die auch vor dem Hintergrund der Grundrechte der Bewerber Vorrang genießen.

16 b) Unter Beachtung dieser gesetzlich normierten Anforderungen sind sowohl der Kläger als auch die Konkurrentin für die beabsichtigte Stellenbesetzung geeignet.

17 aa) Zwar haben beide Bewerber den Regelanwärterdienst von drei Jahren nicht vollständig abgeleistet. Von der Einhaltung dieser Sollvorschrift hat indes die Beklagte abgesehen, weil anderenfalls die Notarstelle nicht rechtzeitig zum Zeitpunkt des Altersausscheidens der Stelleninhaberin (...) hätte nachbesetzt werden können. Die Anwärterdienstzeiten der Bewerber sind zeitlich annähernd gleich. Nach ihrem Auswahlvermerk vom 14.8.2018 hat die Beklagte die Zeit des Klägers als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 2 gemäß § 11 Abs. 1 Hs. 1 NotNotAssVO-MV auf die Dauer des Anwärterdienstes voll angerechnet. Dies entspricht auch der ständigen Rechtsprechung des BGH, neben der reinen Ausbildung beim Notar auch während des Anwärterdienstes ausgeübte Tätigkeiten als Notarvertreter, Notariatsverwalter oder innerhalb der Standesorganisation, die der Vorbereitung auf den Notarberuf dienen, anzurechnen (u. a. BGH, DNotZ 1965, 186; 1975, 496; Beschluss vom 11.8.2009, NotZ 4/09, juris Rdnr. 13, 19; vgl. hierzu auch Anmerkungen des Vorsitzenden des entscheidenden Notarsenates *Schlick*, ZNotP 2009, 450 f., sowie v. *Campe*, DNotZ 2010, 467; vgl. auch Eylmann/Vaasen, BNotO, 4. Aufl., § 7 Rdnr. 10; Schippel/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 7 Rdnr. 22; Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 7 Rdnr. 5); denn auch diese Tätigkeiten sind notarspezifisch.

18 bb) Soweit die Beklagte ihre Auswahlentscheidung (allein) damit begründet hat, der Kläger habe den 18-monatigen Anwärterdienst bei einem inländischen Notar nicht vollständig absolviert, geht sie im Ergebnis wohl von einem anderen, jedoch unzutreffenden, Eignungsbegriff als dem nach § 6 Abs. 1 und Abs. 3 BNotO aus und hat die nach § 5 Abs. 1 Satz 4 NotNotAssVO-MV vorgesehene Ausbildungszeit bei einem inländischen Notar rechtsfehlerhaft als weitere Eignungsvoraussetzung für die Notarbestellung angesehen.

19 Bei zutreffender Rechtsanwendung hätte sich die Beklagte im Rahmen der Geeignetheitsprüfung nach § 6 Abs. 1 BNotO, zumindest im Zuge der fachlichen Eignung, mit den Leistungen des Klägers im Anwärterdienst, den dort von ihm absolvierten Ausbildungszeiten, wie auch seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Notarkammer unter dem Gesichtspunkt der Verkürzung des Anwärterdienstes bzw. nicht vollständiger Absolvierung des Ausbildungsabschnittes gemäß § 5 Abs. 1 Satz 4 NotNotAssVO-MV auseinandersetzen müssen. Zu den dabei zu erörternden Kriterien gehören aber neben den absolvierten Teilen des Anwärterdienstes auch die Leistungen in der

ersten und zweiten juristischen Staatsprüfung, weil insbesondere das Ergebnis der zweiten juristischen Staatsprüfung im besonderen Maße die allgemeine Befähigung für juristische Berufe widerspiegelt, die zusammen mit den notarspezifischen Fachkenntnissen Bestandteil der fachlichen Eignung ist. Da es bei der allgemeinen juristischen Befähigung gerade nicht um spezifische Fachkenntnisse geht, die im Laufe der Zeit verblasen können, behält das Ergebnis der zweiten juristischen Staatsprüfung bei der Beurteilung der fachlichen Eignung grundsätzlich unabhängig davon Gewicht, wie weit der Zeitpunkt der Bewerbung vom Zeitpunkt der Prüfung entfernt ist. Ggf. kommt dem Ergebnis der zweiten juristischen Staatsprüfung sogar Vorrang vor der Dauer des Anwärterdienstes nach § 7 BNotO (vgl. Schippel/Bracker, BNotO, § 6 Rdnr. 13).

20 Ebenso in diesem Zusammenhang wäre zu erörtern gewesen, inwieweit eine berufliche Vorerfahrung (der Beklagte war vor seiner Notarassessorenzeit knapp vier Jahre als Anwalt tätig) zu berücksichtigen ist und in Zusammenschau mit den Ergebnissen der Staatsprüfungen und weiteren Leistungselementen im Hinblick auf die Abkürzung des Anwärterdienstes und ggf. eine nicht vollständig absolvierte 18-monatige Ausbildungszeit gemäß § 5 Abs. 1 Satz 4 NotNotAssVO-MV eventuell dort verortete Bedenken kompensieren kann.

21 Dabei hätte auch Beachtung finden müssen, dass der Kläger, zwischen den Parteien unstreitig, unter Anrechnung der Vertretungstage im Notariat etwa 15 1/2 Monate Ausbildungszeit bei einem inländischen Notar abgeleistet hat, ihm also nur 2 1/2 Monate fehlen.

22 Da die Ablehnung des Klägers durch die Beklagte bereits vor Eintritt in die Geeignetheitsprüfung allein auf dem Umstand beruht, dass dem Kläger etwa 2 1/2 Monate Ausbildungszeit bei einem inländischen Notar fehlen, wäre die Beklagte an sich gehalten gewesen, dezidiert darzulegen, warum diesem Umstand, 2 1/2 Monate, eine derart überragende Bedeutung zukommt. Stattdessen hat sie diesen Punkt falsch als formales Ausschlusskriterium behandelt und ist so zu einer von ihrer zuerst zugunsten des Klägers getroffenen Auswahlentscheidung abweichenden, nunmehr die beigeladene Mitkonkurrentin bevorzugenden Entscheidung gelangt. Dass die fehlende Ausbildungszeit von 2 1/2 Monaten bei einem inländischen Notar durch die hohen Leistungen des Klägers während der Ausbildung, aber auch in den juristischen Staatsexamen sowie seiner Berufserfahrung kompensierbar ist, liegt nach Auffassung des Senates, insbesondere in Ansehung der Bestimmung des Art. 12 GG, auf der Hand. Diesem für die Beklagte falsch maßgeblichen Kriterium dürfte angesichts der Leistungen des Klägers auch im Übrigen keinerlei relevante Bedeutung für die Besetzung der Notarstelle zukommen.

23 Soweit die beigeladene Konkurrentin bei der Berechnung der Ausbildungszeiten des Klägers bei einem inländischen Notar zu einem anderen Zeitraum, als zwischen den Parteien unstreitig, gekommen ist, hat der Senat davon abgesehen, dieser Frage tiefer nachzugehen, weil sich hierdurch nichts an der Einschätzung des Senates änderte.

24 2. Ob der Regelung in § 11 Abs. 1 Hs. 2 NotNotAssVO-MV der Charakter einer Anrechnungsvorschrift zukommt, kann

offenbleiben, da sie – entgegen der Auffassung der Beklagten – jedenfalls keine weitere Eignungsvoraussetzung für die Notarbestellung darstellt.

25 3. Auf die weiteren Fragen, u. a. ob ein atypischer Fall zur Sollvorschrift des § 5 Abs. 1 Satz 4 NotNotAssVO-MV vorliegt, eine Anrechnung des vom Kläger während seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der Notarkammer geleisteten Urkundenaufkommens in Betracht kommt etc., kommt es somit im Weiteren ebenfalls nicht an.

26 4. Im Übrigen bestünde – das Verständnis der Beklagten zugrunde legend – eine Inkonsistenz im Besetzungsverfahren; denn sie hat sowohl im Jahr 2005 als auch im Jahr 2017 jeweils einen Assessor trotz Nichterreichens der 18-monatigen Ausbildungszeit bei einem inländischen Notar gleichwohl zum Notar bestellt. Diese Notarassessoren erreichten eine 18-monatige Ausbildungszeit bei einem Notar nicht, weil sie ebenfalls als Geschäftsführer der Beigeladenen zu 2 während ihrer Assessorenzeit tätig waren.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Florian Meininghaus**, Ingolstadt

Bei der vorliegenden Besetzungstreitigkeit um eine Notarstelle in Mecklenburg-Vorpommern konkurrierten zwei Notarassessoren, die zwar im Dienst des Landes, in dem sie sich um die Bestellung bewerben, stehen, aber den dreijährigen Anwärterdienst noch nicht absolviert haben. § 7 Abs. 1 BNotO sieht als Sollbestimmung mit Regelcharakter vor, dass beide Voraussetzungen vorliegen. Es ist davon auszugehen, dass keine weiteren Bewerber vorhanden waren – jedenfalls nicht mit besserer Eignung bzw. höherem Dienstalter. Die Landesjustizverwaltung kann in Ausnahmefällen vom Erfordernis der Mindestanwärterzeit absehen, wenn ein unabwendbares Bedürfnis an der Besetzung besteht und eine hinreichende Eignung vorliegt.¹

Hiervon ging die beklagte Landesjustizverwaltung unter Bejahung der Eignung der beigeladenen Notarassessorin aus. Zu einem Eignungsvergleich mit dem klagenden Notarassessor, der zum Bewerbungszeitpunkt als Geschäftsführer der Landesnotarkammer tätig war, kam es aber nicht, da dieser bereits aus formellen Gründen nicht für die Besetzung herangezogen wurde. § 5 Abs. 1 Satz 4 NotNotAssVO-MV sieht vor, dass mindestens 18 Monate des Anwärterdienstes in der notariellen Praxis (Ausbildungsnotarstelle, Notarvertretung oder Notariatsverwaltung) absolviert werden sollen. Diese Voraussetzungen erfüllte der Kläger nicht. Die Notarverordnung gemäß § 7 Abs. 5 Satz 2 BNotO, in der nähere Bestimmungen über die Ausbildung des Notarassessors getroffen werden, sieht in Bayern eine ähnliche Regelung vor. Nach § 17 Abs. 1 Satz 3 NotV Bay sollen Notarassessoren mindestens eineinhalb Jahre des Anwärterdienstes bei Notaren ableisten.

¹ Eylmann/Vaasen/Baumann, BNotO/BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 7 BNotO Rdnr. 17.

Das Gericht geht vorliegend zutreffend davon aus, dass die beklagte Landesjustizverwaltung den in der Notarverordnung genannten Ausbildungsablauf rechtsfehlerhaft als weiteres formelles Eignungskriterium angesehen hat. Eine bestimmte Folge und Länge von Ausbildungsstationen, über die alleine der Präsident der Notarkammer gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 BNotO entscheidet,² sieht die BNotO nicht vor. Sie kann auch nicht mit der grundsätzlichen Eignung eines Bewerbers gemäß § 6 Abs. 1 BNotO verknüpft werden.

Wie eine „richtige“ Auswahlentscheidung zwischen den Konkurrenten zu treffen gewesen wäre, kann anhand des knappen Sachverhalts nicht abschließend beurteilt werden, da der Justizverwaltung ein erheblicher und gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbarer Entscheidungsspielraum zusteht. Dabei spielt auch die Selbstbindung der Verwaltung, das heißt wie vergleichbare Fälle in der Vergangenheit gehandhabt wurden, eine Rolle. Im Rahmen der Bestenauslese wäre es nicht zu beanstanden, bei Notarassessoren mit hervorragenden Ergebnissen der Zweiten Juristischen Staatsprüfung von einer annähernd gleichen Eignung auszugehen und eine Entscheidung anhand des Dienstalters zu treffen, zumal hierdurch auch einer geordneten Altersstruktur Rechnung getragen werden kann.³ Daneben ist es allgemein anerkannt, dass einem Geschäftsführer im angemessenen Maß der Vorrang gegenüber dienstälteren Mitbewerbern eingeräumt werden kann, um einen Anreiz für eine (längere) Besetzung der Geschäftsführerstelle zu schaffen und der Komplexität der Aufgabe Rechnung zu tragen.⁴ Dabei handelt es sich um eine organisationsrechtliche und personalwirtschaftliche Frage. Diese ist im Rahmen der Auswahlentscheidung auf einer ersten Stufe vor einem Eignungsvergleich zu prüfen. Das bedeutet, dass eine bestimmte Bewerbergruppe von vornherein – also ohne Eintritt in einen Eignungsvergleich (zweite Stufe) – aus dem Bewerberkreis ausgesondert werden kann.⁵ Schon diesem Aspekt hätte die zuständige Justizverwaltung entscheidendes Gewicht zumessen müssen, als sie in ihrem ursprünglichen Auswahlvermerk dem dienstjüngeren Notarassessor, der als Geschäftsführer tätig war, den Vorrang eingeräumt hat. Zu einer Korrektur der Entscheidung kam es jedoch ohnehin, als der genannte Notarassessor rechtsfehlerhaft wegen nicht erreichter Mindestausbildungszeit von der Auswahl ausgeschlossen wurde.

- 2 Das Recht zur Überweisung umfasst auch Funktionen bei Standesorganisationen oder bei Gerichten oder Behörden (§ 17 Abs. 1 Satz 2 NotV Bay). Nach der jüngsten Rechtsprechung des OLG Naumburg, Beschluss vom 30.8.2017, Not 1/17, MittBayNot 2019, 76 handelt es sich bei der Zuweisung nicht um einen Verwaltungsakt.
- 3 BGH, Urteil vom 23.7.2012, NotZ (Brfg) 4/12, NJW-RR 2012, 1449; Diehn/Bormann, BNotO, 2. Aufl. 2019, § 6 Rdnr. 38.
- 4 Eylmann/Vaasen/Bremkamp, BNotO/BeurkG, § 10 BNotO Rdnr. 32; Diehn/Bormann, BNotO, § 10 Rdnr. 10.
- 5 Egerland, Die Notarbestellung im hauptberuflichen Notariat, S. 301; Eylmann/Vaasen/Bremkamp, BNotO/BeurkG, § 10 BNotO Rdnr. 29.

KOSTENRECHT

26. Berücksichtigung eigener Anteile bei der Bewertung von Gesellschaftsanteilen

OLG Bamberg, Beschluss vom 22.8.2019, 1 W 49/19

GNotKG § 54 Satz 1

LEITSATZ:

Hält eine Gesellschaft eigene Anteile, ist bei der Bewertung der nicht-gesellschaftseigenen Anteile und der Ermittlung des Anteils am Eigenkapital gemäß § 54 Satz 1 Hs. 1 GNotKG alleine das Verhältnis zu allen nicht-gesellschaftseigenen Anteilen zugrunde zu legen. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 1. Die Beschwerde ist gemäß § 129 Abs. 1 i. V. m. 136 Abs. 1 Nr. 2 GNotKG statthaft. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen vor. Die Beschwerde ist binnen der gesetzlichen Frist gemäß § 130 Abs. 3 Satz 1 GNotKG, § 63 Abs. FamFG und in der gemäß § 64 Abs. 2 Satz 1 FamFG vorgeschriebenen Form bei dem LG eingelegt worden. Der Kostenschuldner ist gemäß § 59 Abs. 1 FamFG i. V. m. § 130 Abs. 3 Satz GNotKG beschwerdeberechtigt.

2 2. In der Sache hat die Beschwerde jedoch keinen Erfolg. Die Kostenentscheidung des LG ist nicht zu beanstanden. Es bestehen gemäß § 54 Satz 1 GNotKG Anhaltspunkte für einen höheren Wert der übertragenen Anteile an der GmbH, die eine über deren rechnerischen prozentualen Anteil am Eigenkapital der GmbH hinausgehende Wertermittlung rechtfertigen.

3 a) Ein Anhaltspunkt, aus dem sich ein höherer Wert ergeben kann, ist insbesondere die vereinbarte Gegenleistung (vgl. hierzu Schneider/Volpert/Fölsch/Leiß, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl. 2017, § 54 GNotKG Rdnr. 25 m. w. N.). Nachdem diese aufgrund der schenkweisen Übertragung durch den Kostenschuldner nicht herangezogen werden kann, sind alle verfügbaren Anhaltspunkte für die Bewertung der übertragenen Anteile heranzuziehen. Ausgangspunkt ist das bilanzielle Eigenkapital (vgl. BeckOK-KostR/Neie, Stand: 1.6.2019, § 54 GNotKG Rdnr. 6). Allerdings beschränkt sich die Bewertung nicht auf den übertragenen Anteil am Eigenkapital. Es fließen sämtliche Aspekte ein, die für den Wert des übertragenen Anteils erheblich sind.

4 Die Beschwerde wendet sich gegen die durch das LG vorgenommene Bewertung der übertragenen Anteile. Die hierbei als zutreffend unterstellte alleinige Übertragung des prozentualen Anteils auf den nämlichen Anteil am Eigenkapital mag allerdings zwar zu einer eindeutigen und trennscharfen Wertermittlung führen, lässt jedoch die von § 54 Satz 1 GNotKG eröffnete wertend-wirtschaftliche Betrachtung außer Betracht. Soweit die Beschwerde bereits grundsätzlich die Zugrundelegung eines hypothetischen Verkaufswertes moniert, verkennt sie bereits elementar, dass dieser insbesondere im Fall einer schenkweisen Übertragung zentrales Kriterium ist.

5 b) Soweit in der Kommentarliteratur teilweise begründungslos darauf abgestellt wird, dass Eigenanteile der Gesellschaft bei der Bestimmung der Beteiligungsquote nicht zu berücksichtigen sind (BeckOK-KostR/Neie, § 54 GNotKG Rdnr. 16), ist hiermit bereits keine Aussage darüber verbunden, dass hierdurch eine abweichende Bestimmung nach § 54 Satz 1 GNotKG ausgeschlossen werden soll. Sofern man diese Kommentierung in diese Richtung verstehen sollte, wäre ihr jedoch aus den an dieser Stelle dargelegten Gründen nicht zu folgen.

6 c) Die Einwände gegen eine unzureichende Ermittlung der am hypothetischen Verkaufspreis orientierten Anteilswerte greifen ebenfalls nicht durch. Das LG hat aufgrund einer Vielzahl von Erwägungen nachvollziehbar und zutreffend begründet, dass ein Verkaufspreis sich allein am Bestand der im Besitz der Familie des Kostenschuldners befindlichen Anteile von 15 % der Gesellschaft orientiert hätte unter Außerachtlassung der von der Gesellschaft selbst gehaltenen Anteile. In diesem Zusammenhang hat es zutreffend darauf abgestellt, dass nach §§ 29, 33 GmbHG Eigenanteile weder stimm- noch gewinnbezugsberechtigt sind, sodass sich eine Partizipation der übertragenen Anteile am Gewinn der Gesellschaft zu 2/3 ergibt. Ferner wird der Liquidationserlös im Fall einer Auflösung der Gesellschaft unter Nichtberücksichtigung der Eigenanteile der Gesellschaft verteilt.

7 d) Dem steht nicht entgegen, dass eine Weiterveräußerung eigener Anteile durch die Gesellschaft jederzeit möglich ist (hierzu Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 33 Rdnr. 28). Zum einen würde sich durch einen Verkauf auch das Eigenkapital der Gesellschaft und damit bereits der nominelle Wert der Beteiligung der Begünstigten erhöhen. Zum anderen haben diese jedoch im Rahmen einer Drei-Personen-GmbH aufgrund ihres Stimmrechts von jeweils 33 % Mitwirkungsmöglichkeiten, mit denen für sie wirtschaftlich nachteiliges Handeln der Gesellschaft unterbunden werden kann.

8 e) In Konsequenz der durch den Beschwerdeführer vertretenen Auffassung hätte sich bei einer reinen Beschränkung auf den Eigenkapitalanteil nur ein Wertansatz von 15 % ergeben, wenn durch diesen sämtliche von ihm gehaltene Anteile an nur einen Erwerber übertragen worden wären, obwohl diesem dann die alleinige wirtschaftliche Nutzziehung sowie die alleinige Einflussmöglichkeit auf Entscheidungen des Unternehmens zugekommen wäre. Dieses ist offenkundig fernliegend und würde die durch § 54 Satz 1 GNotKG vorausgesetzte wirtschaftliche Betrachtung konterkarieren. Es handelt sich vorliegend um eine Gesellschaft, deren Anteilseigner drei enge Familienangehörige sind, bei denen eine Absprache über die Entwicklung der Gesellschaft sowie im Fall einer Erweiterung des Gesellschafterkreises durch Übertragung von Eigenanteilen der Gesellschafter eine entsprechende Kompensation für die Altgesellschafter zu erwarten ist.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notariatsoberrat **Thomas Strauß**,
Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R.,
München

§ 54 GNotKG regelt die Bestimmung des Wertes von Anteilen an Kapitalgesellschaften und Kommanditbeteiligungen. Maßgebend ist der Wert der Anteile, wenn eine operativ tätige Gesellschaft betroffen ist (§ 54 Satz 1 GNotKG). Nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift ist als Wert das bilanzielle Eigenkapital nach § 266 Abs. 3 HGB anzunehmen, es sei denn, es liegen Anhaltspunkte für einen den Wert des bilanziellen Eigenkapitals übersteigenden Wert der Anteile vor. Wenn einzelne Anteile oder Beteiligungen am Unternehmen zu bewerten sind, ist der jeweilige Anteil des Wertes des bilanziellen Eigenkapitals heranzuziehen, der auf den jeweiligen Anteil oder die Beteiligung entfällt. Der Wert des bilanziellen Eigenkapitals ist damit der Wert, der mindestens anzunehmen ist. Ergeben sich aus den Angaben der Beteiligten oder aus vergleichbaren Verkäufen Anhaltspunkte für einen höheren Wert, ist dieser Wert zwingend anzunehmen.¹ Der Wert für Anteile an Kapitalgesellschaften und Kommanditbeteiligungen folgt also einer wirtschaftlichen Betrachtung.

Wenn die betreffenden Gesellschaften überwiegend vermögensverwaltend tätig sind, insbesondere als Immobilienverwaltungs-, Objekt-, Holding-, Besitz- oder sonstige Beteiligungsgesellschaft, ist der auf den jeweiligen Anteil oder die Beteiligung entfallende Wert des Vermögens der Gesellschaft maßgeblich (§ 54 Satz 3 GNotKG). Verbindlichkeiten dürfen dann nach § 38 GNotKG nicht abgezogen werden.

Mit den klaren Vorgaben des § 54 GNotKG ergeben sich für die Praxis nur mehr wenig Schwierigkeiten bei der Wertermittlung von Unternehmensbeteiligungen. Allenfalls bei der Einordnung des Unternehmens als operative oder vermögensverwaltende Gesellschaft bietet die Literatur in unklaren Fällen noch geringe Anhaltspunkte.

Mit dem Beschluss des OLG Bamberg wurde die Rechtsfrage geklärt, wie sich eigene Anteile der Gesellschaft auf die Wertermittlung nach § 54 GNotKG auswirken.

1. Sachverhalt

Eine operativ tätige GmbH hat eigene Anteile im Umfang von 85,5 % des Stammkapitals, der weitere Anteil mit 14,5 % des Stammkapitals wurde von einem Gesellschafter gehalten. Nach Teilung des Anteils des einzigen Gesellschafter hat dieser zwei Anteile zu je 4,752 % des Stammkapitals unentgeltlich an seine Töchter übertragen und abgetreten.

Der Wert des bilanziellen Eigenkapitals der Gesellschaft beträgt unstreitig 16.284.607 €. Der Notar hat als Geschäftswert für die Beurkundung der Geschäftsanteilsübertragung, ausgehend vom bilanziellen Eigenkapital, den Anteil je mit

¹ Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 21. Aufl. 2020, § 54 Rdnr. 4a, 4b; Renner/Otto/Heinze/Heinze, Leipziger GNotKG-Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 54 Rdnr. 10; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn, GNotKG, 3. Aufl., 2019, § 54 Rdnr. 12.

dem Verhältnis der übertragenen Anteile zum Anteil des Veräußerers bestimmt, also mit knapp einem Drittel. Die eigenen Anteile der Gesellschaft wurden bei der Geschäftswertermittlung nicht berücksichtigt.

Der Kostenschuldner war hingegen der Auffassung, dass als Geschäftswert nur je 4,7852 %, in der Summe also 9,5704 % des bilanziellen Eigenkapitals, herangezogen werden dürfen.

2. Beschlüsse

In der Literatur ist die Kostenfrage bisher lediglich ohne nähere Begründung von *Diehn*² und *Neie*³ behandelt. Danach seien die eigenen Anteile bei der Wertermittlung nicht zu berücksichtigen.

Sowohl das befassete LG Hof als auch das OLG Bamberg sind jedoch der Auffassung des Notars gefolgt. Insbesondere hat bereits das LG ausgeführt, dass im Rahmen der Wertermittlung der Beteiligung des nicht-gesellschaftseigenen Anteils alleine das Verhältnis zu allen nicht-gesellschaftseigenen Anteilen zugrunde zu legen ist. Dies entspricht auch einer wirtschaftlichen Betrachtung, da den eigenen Anteilen weder ein Stimmrecht oder ein Gewinnbezugsrecht nach §§ 29, 33 GmbHG noch ein Liquidationserlös im Falle der Liquidation der Gesellschaft zusteht.

Das LG hat weiter dargelegt, dass bei einer entgeltlichen Veräußerung der nicht-gesellschaftseigenen Anteile davon auszugehen ist, dass die gesellschaftseigenen Anteile bei der Kaufpreisfindung ebenso Berücksichtigung finden. Dies ist selbst dann nicht anders zu beurteilen, wenn eigene Anteile künftig veräußert würden, da dieser Veräußerungserlös dann wiederum in das Vermögen der betroffenen Gesellschaft zurückfließt.

Das OLG Bamberg ist der Entscheidung des LG vollumfänglich gefolgt und hat insbesondere die Entscheidungsgründe des LG bestätigt. Auch nach Auffassung des OLG war mit der Übertragung der Beteiligung am nominellen Wert des Stammkapitals von jeweils 4,7852 % eine wirtschaftliche Beteiligung zu je fast 1/3 an der Gesellschaft verbunden.

3. Folgen

Sowohl das LG als auch das OLG haben in der Rechtsfrage klar und eindeutig entschieden. Auch wenn nach § 54 Satz 1 Hs. 2 GNotKG nominell nur ein geringer Anteil am Unternehmen von den Regelungen betroffen ist, bieten dennoch die gesellschaftseigenen Anteile einen hinreichenden Anhaltspunkt für das Vorliegen eines höheren Wertes i. S. v. § 54 Satz 1 Hs. 1 GNotKG als dem Wert des anteiligen bilanziellen Eigenkapitals, das nur dem nominellen Anteil am gesamten Stammkapital entspricht. Die Werte der eigenen Anteile sind damit auch dem Kreis der Anhaltspunkte zuzurechnen, die bei der Wertermittlung gemäß § 54 Satz 1 Hs. 1 GNotKG herangezogen werden können. Der Entscheidung des OLG Bamberg ist vollumfänglich zuzustimmen.

² Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Diehn*, GNotKG, § 54 Rdnr. 29.

³ BeckOK-GNotKG/*Neie*, Stand: 1.9.2019, § 54 Rdnr. 16.

STEUERRECHT

27. Wegfall der Steuerbefreiung für ein Familienheim bei Aufgabe des Eigentums

BFH, Urteil vom 11.7.2019, II R 38/16 (Vorinstanz:
FG Münster, Urteil vom 28.9.2016, 3 K 3757/15 Erb)

ErbStG § 13 Abs. 1 Nr. 4a und 4b

LEITSÄTZE:

1. Die Steuerbefreiung für den Erwerb eines Familienheims durch den überlebenden Ehegatten oder Lebenspartner entfällt rückwirkend, wenn der Erwerber das Eigentum an dem Familienheim innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb auf einen Dritten überträgt. Das gilt auch dann, wenn er die Selbstnutzung zu Wohnzwecken aufgrund eines lebenslangen Nießbrauchs fortsetzt.
2. Die Steuerbefreiung entfällt auch dann, wenn die Übertragung auf Kinder erfolgt. Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 1 ErbStG wird Kindern die Steuerbefreiung für den Erwerb eines Familienheims von Todes wegen anders als bei Ehegatten oder Lebenspartnern nur gewährt, soweit die Wohnfläche 200 m² nicht übersteigt. Hinzu kommt, dass auch ein Kind nur dann begünstigt erwerben kann, wenn es das Familienheim tatsächlich selbst zu eigenen Wohnzwecken nutzt und eine Zuwendung an Kinder unter Lebenden nicht begünstigt ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) ist Alleinerbin ihres am 3.5.2013 verstorbenen Ehemannes (E). Zum Nachlass gehört u. a. ein hälftiger Miteigentumsanteil an einem Einfamilienhaus, das E bis zu seinem Tod zusammen mit der Klägerin bewohnt hatte. Seither wohnt die Klägerin dort allein.

2 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) setzte mit Bescheid vom 28.4.2014 Erbschaftsteuer in Höhe von (...) € fest. Dabei gewährte er die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG für den Erwerb des Miteigentumsanteils am Einfamilienhaus.

3 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 15.10.2014 übertrug die Klägerin das Einfamilienhaus unentgeltlich unter Vorbehalt eines lebenslangen Nießbrauchs auf ihre Tochter (T) und blieb weiterhin in dem Einfamilienhaus wohnen.

4 Das FA erließ am 4.11.2014 einen Änderungsbescheid und setzte die Erbschaftsteuer auf (...) € herauf. Zur Begründung führte es aus, durch die schenkweise Übertragung des Einfamilienhauses auf T sei die Steuerbefreiung für den Erwerb des Miteigentumsanteils von E durch die Klägerin rückwirkend entfallen.

5 Der Einspruch, mit dem die Klägerin geltend machte, für den nachträglichen Wegfall der Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 ErbStG komme es nur darauf an, ob die Selbst-

nutzung zu eigenen Wohnzwecken aufgegeben worden, nicht aber, ob das Eigentum auf einen Dritten übergegangen sei, hatte keinen Erfolg.

6 Während des Klageverfahrens änderte das FA die Erbschaftsteuerfestsetzung mit Bescheid vom 17.3.2016 aus im gerichtlichen Verfahren nicht streitigen Gründen. Das FG wies die Klage ab. § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 ErbStG sei nach seinem Sinn und Zweck und unter Berücksichtigung systematischer Gesichtspunkte dahin auszulegen, dass die Steuerbefreiung für den Erwerb des Familienheims auch dann entfalle, wenn der Erwerber es zwar zu Wohnzwecken selbst nutze, das Eigentum am Familienheim aber innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb auf Dritte – auch eigene Kinder – übertrage. Das Urteil ist in EFG 2016, 2077 veröffentlicht.

7 Mit der Revision wendet sich die Klägerin gegen diese Rechtsauffassung und macht eine Verletzung von § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 ErbStG geltend.

8 Die Klägerin beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und den Erbschaftsteuerbescheid vom 17.3.2016 dahin gehend zu ändern, dass die Erbschaftsteuer unter Berücksichtigung der Steuerbefreiung für das Familienheim nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG festgesetzt wird.

9 Das FA beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

10 II. Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zutreffend entschieden, dass die Steuerbefreiung für den Erwerb des Miteigentumsanteils von E am Familienheim durch die Klägerin rückwirkend entfallen ist, da diese das Eigentum an dem Familienheim innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb von E auf T übertragen hat.

11 1. Steuerfrei bleibt nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG u. a. der Erwerb von Todes wegen des Eigentums oder Miteigentums an einem im Inland belegenen bebauten Grundstück i. S. d. § 181 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 BewG (in der ab 2009 geltenden Fassung) durch den überlebenden Ehegatten oder Lebenspartner, soweit der Erblasser darin bis zum Erbfall eine Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat oder bei der er aus zwingenden Gründen an einer Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken gehindert war und die beim Erwerber unverzüglich zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt ist (Familienheim). Die Steuerbefreiung fällt mit Wirkung für die Vergangenheit weg, wenn der Erwerber das Familienheim innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb nicht mehr zu Wohnzwecken selbst nutzt, es sei denn, er ist aus zwingenden Gründen an einer Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken gehindert (§ 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 ErbStG, sog. Nachversteuerungstatbestand).

12 2. Der Nachversteuerungstatbestand greift auch in Fällen, in denen der Erwerber das Familienheim zwar weiterhin bewohnt, das Eigentum daran aber innerhalb der genannten Frist auf einen Dritten übertragen hat.

13 a) Eine solche Auslegung ist im Wortlaut des § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG angelegt.

14 aa) Zwar lässt sich dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 ErbStG bei isolierter Betrachtung nicht ausdrücklich entnehmen, ob durch die Aufgabe des Eigentums oder Miteigentums an dem Familienheim innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb durch den überlebenden Ehegatten oder Lebenspartner die Steuerbefreiung rückwirkend entfällt, wenn jener das Familienheim weiter zu Wohnzwecken selbst nutzt. Insoweit unterscheidet sich der Streitfall von dem Urteil des BFH vom 29.11.2017, II R 14/16 (BFHE 260, 372 = BStBl. II 2018, S. 362), in dem der BFH über die Anwendung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG entschieden hat. Nach dem klaren Wortlaut des Satzes 1 setzt die Gewährung der Steuerbefreiung den „Erwerb (...) des Eigentums oder Miteigentums“ an einem Familienheim voraus. Der Erwerb eines anderen Anspruchs oder Rechts in Bezug auf die Immobilie – zum Beispiel eines durch eine Auflassungsvormerkung gesicherten Eigentumsverschaffungsanspruchs oder eines dinglichen Wohnrechts – genügt danach nicht den Anforderungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG (vgl. BFH-Urteil in BFHE 260, 372 = BStBl. II 2018, S. 362 Rdnr. 15). Demgegenüber ist der Wortlaut des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 ErbStG insofern nicht eindeutig, als er nicht ausdrücklich die Hergabe des Eigentums voraussetzt.

15 bb) Der Wortlaut des Nachversteuerungstatbestands greift mit der Formulierung „nach dem Erwerb“ aber die o. g. Anforderung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG an die Gewährung der Steuerbefreiung – den „Erwerb (...) des Eigentums oder Miteigentums“ nach zivilrechtlichen Grundsätzen (vgl. BFH-Urteil in BFHE 260, 372 = BStBl. II 2018, S. 362 Rdnr. 14) (...) auf. „Nach dem Erwerb“ hat nicht nur zeitliche Bedeutung. Die Bezugnahme auf den „Erwerb“ i. S. d. Satzes 1 des § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG bringt vielmehr auch zum Ausdruck, dass Satz 5 des § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG ein (Fort-)Bestehen des durch den Erwerb geschaffenen Rechtszustandes und damit von Eigentum oder Miteigentum des überlebenden Ehegatten oder Lebenspartners am Familienheim für den Erhalt der Steuerbefreiung voraussetzt.

16 Darüber hinaus lässt die Formulierung „Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken“ in § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 Hs. 2 ErbStG den Schluss zu, dass die Steuerbefreiung für das erworbene Familienheim wegfallen soll, wenn der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb das Eigentum an dem Familienheim verliert. Hätten in dem Nachversteuerungstatbestand Aussagen lediglich zur weiteren Nutzung des Familienheims innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb getroffen werden sollen, hätte die (...) – kürzere – Formulierung „Selbstnutzung zu Wohnzwecken“ oder „Nutzung zu eigenen Wohnzwecken“ ausgereicht. Wenn die in der Wendung „Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken“ enthaltene Dopplung eine Bedeutung haben soll, bezieht sie sich auf die Nutzung und die Eigentümerstellung.

17 b) Es entspricht auch dem Sinn und Zweck des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 i. V. m. Satz 1 ErbStG, die Steuerbefreiung rückwirkend entfallen zu lassen, wenn der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner das Eigentum oder Miteigentum an dem Familienheim innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb aufgibt.

18 aa) Die Wortlautauslegung ist nur eine von mehreren anerkannten Auslegungsmethoden (zum Beispiel BFH, Urteil vom 25.9.2013, XI R 41/12, BFHE 243, 69 = BStBl. II 2014, S. 135 Rdnr. 23 m. w. N.). Eine bestimmte Auslegungsmethode oder gar eine reine Wortinterpretation schreibt Art. 20 Abs. 3 GG, der die Rechtsprechung verpflichtet, nach Gesetz und Recht zu entscheiden, nicht vor (vgl. Beschlüsse des BVerfG vom 30.3.1993, 1 BvL 11/90, BVerfGE 88, 145 unter C. II. 1. und vom 31.10.2016, 1 BvR 1833/13, BFH/NV 2017, 255 (red. Ls.), Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung 2017, 172 Rdnr. 22). Maßgebend für die Interpretation eines Gesetzes ist der in ihm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers. Der Feststellung dieses objektivierten Willens dienen neben der Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatikalische Auslegung) die Auslegung aus dem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus dem die Vorschrift prägenden Regelungszweck (teleologische Auslegung) sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung). Zur Erfassung des Inhalts einer Norm darf sich der Richter dieser verschiedenen Auslegungsmethoden gleichzeitig und nebeneinander bedienen (vgl. zum Beispiel BFH-Urteile in BFHE 243, 69 = BStBl. II 2014, S. 135 Rdnr. 23 und vom 4.12.2014, IV R 53/11, BFHE 248, 57 = BStBl. II 2015, S. 483 Rdnr. 20, jeweils m. w. N.).

19 bb) Teleologische, historische und systematische Auslegung sprechen dafür, dass die Steuerbefreiung für das Familienheim wegfällt, wenn der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb zwar die Selbstnutzung zu Wohnzwecken fortsetzt, das Eigentum oder Miteigentum am Familienheim jedoch aufgibt. Da durch eine solche Auslegung – entgegen der Ansicht der Klägerin – die Wortlautgrenze des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 ErbStG nicht überschritten wird, ist ihr der Vorzug zu geben (gleicher Ansicht FG Hessen, Urteile vom 15.2.2016, 1 K 2275/15, EFG 2016, 734 und vom 12.10.2017, 1 K 1706/15, EFG 2018, 463 Rdnr. 25; Viskorf/Schuck/Wälzholz/H. U. Viskorf, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, Bewertungsgesetz, 5. Aufl., § 13 ErbStG Rdnr. 57; Wilms/Jochum/Jochum, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13 Rdnr. 87; Schmitt/Tiedtke, NJW 2009, 2632; Tiedtke/Schmitt, ErbStG, § 13 Rdnr. 172; Moench/Weinmann/Kien-Hümbert, § 13 ErbStG Rdnr. 38; BeckOK-ErbStG/Gibhardt, § 13 Rdnr. 233; Halaczinsky, jurisPR-SteuerR 22/2016 Anm. 4; Halaczinsky/Wochner/Halaczinsky, Schenken, Erben, Steuern, 11. Aufl., Rdnr. 446; R E 13.4 Abs. 6 Satz 2 der Erbschaftsteuer-Richtlinien 2011, BStBl. I 2011, Sondernr. 1, 2; a. A. Geck, ZEV 2008, 557, 559; Mayer, ZEV 2009, 439, 443; Richter/S. Viskorf/Philipp, Der Betrieb 2009, Beil. 2, S. 1, 10; Steiner, ErbStB 2009, 123, 127; ders., ErbStB 2010, 179, 181; Schuhmann, ErbR 2009, 72, 75; Gürsching/Stenger/Hartmann, Bewertungsrecht, § 13 ErbStG Rdnr. 27.2; Daragan/Halaczinsky/Riedel/Griesel, ErbStG, BewG, § 13 ErbStG Rdnr. 58; differenzierend Kapp/Ebeling/Geck, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13 ErbStG Rdnr. 39.7; von Oertzen/Loose/Schienze-Ohletz, ErbStG, § 13 Rdnr. 39; S. Viskorf/Haag, DStR 2012, 219, 223; Jülicher, ZErB 2009, 222, 224; Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Jülicher, ErbStG, § 13 Rdnr. 73).

20 (1) Nach der Vorstellung des Gesetzgebers soll § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG die Substanz des begünstigten Immobilienvermögens innerhalb der ehelichen oder partnerschaftlichen Lebensgemeinschaft erhalten (vgl. BFH, Urteil vom 3.6.2014, II R 45/12, BFHE 245, 374 = BStBl. II 2014, S. 806 Rdnr. 17). Gemäß den Gesetzesmaterialien (Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 16/11107, S. 8) dient „die Regelung zur Steuerfreistellung von Wohneigentum für Ehegatten und Lebenspartner (...) neben dem Schutz des gemeinsamen familiären Lebensraums dem Ziel der Lenkung in Grundvermögen schon zu Lebzeiten des Erblassers. Insbesondere vor dem Hintergrund der Finanzmarktentwicklung des Jahres 2008“ soll das „besonders geschützte Familiengebrauchsvermögen“ in Gestalt des Familienheims von Ehegatten und Lebenspartnern „krisenfest (...) erhalten“ werden. Schutzgut der Befreiungsnorm ist danach nicht nur der gemeinsame familiäre Lebensraum. Die Steuerbefreiung soll vielmehr auch dazu beitragen, dass Grundvermögen als Teil der ehelichen oder partnerschaftlichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft erhalten werden kann. Die Bildung von Wohneigentum durch die Familie soll gefördert werden, indem der Eigentumsübergang innerhalb der Familie nicht der Erbschaftsteuer unterworfen wird. Der Gesetzgeber wertete dementsprechend den Verkauf des Familienheims durch den Erwerber als „schädlich“ (Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 16/11107, S. 8). Begünstigt ist danach das familiäre Wohnen nicht als Mieter oder Nießbraucher, sondern als Eigentümer oder Miteigentümer des Familienheims.

21 (2) Dieses gesetzgeberische Anliegen kommt in den Regelungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 bis 4 ErbStG zum Ausdruck. Satz 1 stellt ausdrücklich den „Erwerb von Todes wegen des Eigentums oder Miteigentums“ an einem Familienheim von der Erbschaftsteuer frei. Die Begriffe „Eigentum“ und „Miteigentum“ sind dabei im zivilrechtlichen Sinne zu verstehen. Weder der Erwerb eines durch eine Auflassungsvormerkung gesicherten Anspruchs auf Verschaffung des Eigentums (vgl. BFH-Urteil in BFHE 260, 372 = BStBl. II 2018, S. 362 Rdnr. 14) noch der Erwerb eines dinglichen Wohnungsrechts (vgl. BFH-Urteil in BFHE 245, 374 = BStBl. II 2014, S. 806 Rdnr. 14) erfüllen die Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG für die Gewährung der Steuerbefreiung. Satz 2 des § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG untersagt die Steuerbefreiung für den Fall, dass der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner das Familienheim aufgrund einer letztwilligen oder rechtsgeschäftlichen Verfügung des Erblassers auf einen Dritten übertragen muss. Gleiches gilt nach Satz 3 der Norm, wenn ein Erbe im Rahmen der Teilung des Nachlasses das Familienheim auf einen Miterben überträgt. Diese Bestimmungen sollen ebenso wie Satz 4 sicherstellen, dass nur demjenigen eine Steuerbefreiung gewährt wird, der endgültig das Eigentum oder Miteigentum an dem Familienheim erhält und dieses selbst zu eigenen Wohnzwecken nutzt (vgl. BFH-Urteil in BFHE 245, 374 = BStBl. II 2014, S. 806 Rdnr. 17).

22 (3) Der Gesetzgeber hat den Sätzen 1 bis 4 des § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG, die die Gewährung der Steuerbefreiung streng an den Erwerb des Eigentums oder Miteigentums knüpfen, einen Satz 5 angefügt, der den Wegfall der Steuerbefreiung mit Wirkung für die Vergangenheit regelt. Die logische Vereinbarkeit dieser sachlich zusammenhängenden Rechtssätze er-

fordert eine Auslegung des Satzes 5 dahin gehend, dass die Steuerbefreiung im Falle der Aufgabe des Eigentums oder Miteigentums innerhalb des Zehnjahreszeitraums entfällt. Eine konsequente Anwendung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG wäre nicht gegeben, wenn für die Bewilligung der Steuerbefreiung ein Eigentums- oder Miteigentumserwerb gefordert, bei Aufgabe des Eigentums oder Miteigentums aber auf eine rückwirkende Versagung der Befreiung verzichtet würde. Andernfalls bestünde die Möglichkeit, das Eigentum oder Miteigentum an einem Familienheim zu erwerben, um es nur eine logische Sekunde später – ohne Verlust der Steuerbefreiung – auf einen Dritten zu übertragen. Die Voraussetzung des „Erwerb(s) (...) des Eigentums oder Miteigentums“ in § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG würde entwertet.

23 (4) Die Übertragung des Eigentums oder Miteigentums nach dem Erwerb des Familienheims hat der Gesetzgeber nicht abschließend durch § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 2 bis 4 ErbStG geregelt. Denn die Bedeutung dieser Bestimmungen unterscheidet sich von der des Nachversteuerungstatbestands im Satz 5 des § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG.

24 Die Sätze 2 bis 4 betreffen Fälle einer Mehrheit von Erwerbern (zum Beispiel Erbe und Vermächtnisnehmer oder Erbengemeinschaft) und beantworten die Frage, wer von mehreren Erwerbern die Steuerbefreiung für das Familienheim in welchem Umfang in Anspruch nehmen kann. Hat etwa ein Erbe aufgrund einer letztwilligen Verfügung des Erblassers das begünstigte Vermögen auf einen Vermächtnisnehmer zu übertragen, erhält nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 2 ErbStG nicht er, sondern – unter den Voraussetzungen des Satzes 1 – der Vermächtnisnehmer die Steuerbefreiung. Für die Besteuerung der Mitglieder einer Erbengemeinschaft ist es grundsätzlich unerheblich, welchem Erben welche Nachlassgegenstände im Rahmen der Erbauseinandersetzung zugeordnet werden. Demgemäß könnten die Erben die Steuerbefreiung für das Familienheim – unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG – anteilig in Anspruch nehmen. Abweichend hiervon bestimmen die Sätze 3 und 4, dass die Steuerbefreiung demjenigen Erben zugutekommen soll, der das Familienheim im Rahmen der Teilung des Nachlasses endgültig erwirbt (sog. Begünstigungstransfer, vgl. BFH, Urteil vom 23.6.2015, II R 39/13, BFHE 250, 207 = BStBl. II 2016, S. 225 Rdnr. 16 und 17 zu § 13 Abs. 1 Nr. 4c Sätze 3 und 4 ErbStG m. w. N.).

25 Hingegen zielt der Nachversteuerungstatbestand in Satz 5 darauf ab, eine dem Begünstigungszweck zuwiderlaufende Inanspruchnahme der Steuerbefreiung durch eine zehnjährige Bindung des Erwerbers zu vermeiden.

26 cc) Eine andere Auslegung des Nachversteuerungstatbestands in § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 ErbStG ist auch nicht im Hinblick auf die Regelung über die steuerbefreite Schenkung unter Ehegatten oder Lebenspartnern nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG geboten.

27 § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG, der keinen dem § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 ErbStG entsprechenden Nachversteuerungstatbestand enthält, hat eine andere Zielsetzung als § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG. Die Vorschrift wurde durch Art. 24 Nr. 2 lit. a Doppelbuchst. aa) des Jahressteuergesetzes 1996 vom

11.10.1995 (BGBl. 1995 I, S. 1250) als Reaktion auf die Rechtsprechung des BFH eingefügt. Der BFH hatte mit Urteil vom 2.3.1994, II R 59/92 (BFHE 173, 432 = BStBl. II 1994, S. 366) die Steuerfreiheit von ehebedingten unbenannten Zuwendungen aufgegeben. Der Gesetzgeber wollte die lebzeitige Zuwendung des Familienheims aus der Besteuerung wieder ausnehmen (BFH-Urteil in BFHE 260, 372 = BStBl. II 2018, S. 362 Rdnr. 26). § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG stellt Zuwendungen unter Lebenden im Zusammenhang mit dem Erwerb eines Familienheims oder der Regelung der Eigentumsverhältnisse an einem Familienheim durch Ehegatten oder Lebenspartner von der Schenkungsteuer frei. Zuwendungen, die den engeren Kern der ehelichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft berühren, sollten schenkungsteuerrechtlich privilegiert werden (vgl. BT-Drucks. 13/901, S. 157). Die unterschiedlichen Bestimmungen bezüglich der Steuerbefreiung von Zuwendungen zum einen unter lebenden Ehegatten oder Lebenspartnern und zum anderen aufgrund Erwerbs von Todes wegen durch den überlebenden Ehegatten oder Lebenspartner betreffen verschiedene Lebenssachverhalte und knüpfen die Steuerbefreiung entsprechend jeweils an unterschiedliche Voraussetzungen an. Hinzu kommt, dass es nach dem eindeutigen Wortlaut des § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG für die dort gewährte Steuerbefreiung unschädlich ist, wenn der Ehegatte oder Lebenspartner das Eigentum oder Miteigentum an dem Familienheim nach dem Erwerb aufgibt. § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG kann daher nicht zur Auslegung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG und Beantwortung der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Steuerbefreiung rückwirkend entfällt, herangezogen werden.

28 dd) Für den Wegfall der Steuerbefreiung aufgrund Aufgabe des Eigentums oder Miteigentums an dem Familienheim innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb kommt es nicht darauf an, ob der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner die Immobilie entgeltlich oder unentgeltlich überträgt oder wer nach dem überlebenden Ehegatten oder Lebenspartner neuer Eigentümer des Familienheims wird.

29 (1) Die Steuerbefreiung ist auch dann nicht weiter zu gewähren, wenn der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner das Eigentum oder Miteigentum am Familienheim innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb unentgeltlich auf einen Dritten überträgt, die Nutzung zu eigenen Wohnzwecken aber – aufgrund eines dinglichen oder obligatorischen Nutzungsrechts – fortsetzt (a. A. von Oertzen/Loose/Schlenker-Ohletz, ErbStG, § 13 Rdnr. 39; S. Viskorf/Haag, DStR 2012, 219, 223; Jülicher, ZErB 2009, 222, 224; Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Jülicher, ErbStG, § 13 Rdnr. 73).

30 Eine Unterscheidung zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Übertragung ist in § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 ErbStG nicht angelegt. Auch führt der Umstand, dass bei einer unentgeltlichen Übertragung kein Entgelt fließt, aus dem die „Nachsteuer“ entrichtet werden kann, zu keiner anderen Beurteilung. Denn nach dem Willen des Gesetzgebers sind auch andere Fälle, in denen keine Mittel für die Steuerzahlung anfallen, von der Begünstigung ausgenommen. So soll die Steuerbefreiung rückwirkend entfallen, wenn das Familienheim längere Zeit leer steht (Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 16/11107, S. 8). Auch bleibt dem Erwerber die Befreiung stets

versagt, wenn ein Dritter, ggf. auch ein Familienangehöriger, das Familienheim aufgrund eines Nutzungsrechts zu eigenen Wohnzwecken nutzt.

31 (2) Die Steuerbefreiung entfällt auch dann, wenn die Übertragung auf Kinder erfolgt, die selbst von Todes wegen nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG begünstigt hätten erwerben können (a. A. Kapp/Ebeling/Geck, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13 ErbStG Rdnr. 39.7). Der Erwerb durch Ehegatten oder Lebenspartner auf der einen und Kinder auf der anderen Seite ist unter unterschiedlichen Voraussetzungen begünstigt. Gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 1 ErbStG wird Kindern im Sinne der Vorschrift die Steuerbefreiung für den Erwerb eines Familienheims nur gewährt, soweit die Wohnfläche 200 m² nicht übersteigt. Demgegenüber enthält § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG für den Erwerb durch Ehegatten oder Lebenspartner keine Begrenzung der Fläche. Eine Gesamtbetrachtung der Tatbestände des § 13 Abs. 1 Nr. 4b und Nr. 4c ErbStG scheidet aus. Hinzu kommt, dass auch ein Kind nur dann begünstigt erwerben kann, wenn es das Familienheim tatsächlich selbst zu eigenen Wohnzwecken nutzt. Schließlich ist gerade eine Zuwendung an Kinder unter Lebenden – wie im Streitfall – nicht begünstigt. § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG, der die Schenkung des Familienheims unter Ehegatten oder Lebenspartnern privilegiert, hat für Kinder keine Entsprechung.

32 ee) Die angeführte Auslegung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 ErbStG vermeidet, dass vergleichbare Sachverhalte ohne sachlichen Grund unterschiedlich besteuert werden.

33 Wäre § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 ErbStG nicht einschlägig, wenn der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner das von Todes wegen erworbene Eigentum oder Miteigentum am Familienheim kurze Zeit nach dem Erwerb auf einen Dritten überträgt, die Nutzung zu eigenen Wohnzwecken aber – zum Beispiel aufgrund eines vorbehaltenen Nießbrauchs – fortsetzt, bliebe der Erwerb des überlebenden Ehegatten oder Lebenspartners steuerfrei, obwohl sich der Sachverhalt nach der Übertragung nicht von anderen Fällen unterscheidet, in denen die Steuerbefreiung nicht bewilligt wird.

34 Bestimmt etwa der Erblasser sein Kind zum Erben und wendet er seinem Ehegatten oder Lebenspartner einen lebenslangen Nießbrauch am Familienheim als Vermächtnis zu, erhält gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG keiner von beiden Erwerbern eine Steuerbefreiung, wenn der Ehegatte oder Lebenspartner das Familienheim nach dem Erbfall tatsächlich selbst zu Wohnzwecken nutzt. Denn der Ehegatte oder Lebenspartner hat – anders als das Kind – kein Eigentum am begünstigten Vermögen erworben, und das Kind, bei dem der Erwerb unter den Voraussetzungen des § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 1 ErbStG steuerfrei sein könnte, hat das Familienheim nicht zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt. Setzt der Erblasser umgekehrt seinen Ehegatten oder Lebenspartner als Erben mit der Auflage ein, das Eigentum am Familienheim unter Nutzungsvorbehalt auf das Kind zu übertragen, entsteht die gleiche steuerrechtliche Situation wie im Streitfall, wenn der Ehegatte oder Lebenspartner von seinem Nutzungsrecht tatsächlich Gebrauch macht. Ihm bleibt die Steuerbefreiung gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 2 ErbStG verwehrt, weil er das Familienheim aufgrund einer letztwilligen

Verfügung des Erblassers auf das Kind übertragen muss. Jenes kann die Steuerbefreiung ebenso wenig in Anspruch nehmen, weil das Familienheim bei ihm nicht unverzüglich zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt ist, was Voraussetzung für die Steuerbefreiung bei dem Erwerb des Kindes nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 1 ErbStG ist. Gleiches gilt, wenn der Ehegatte oder Lebenspartner und das Kind den Erblasser beerben und im Rahmen der Teilung des Nachlasses das Eigentum am Familienheim auf das Kind und ein Nutzungsrecht auf den Ehegatten oder Lebenspartner übertragen. Bewohnt der Ehegatte oder Lebenspartner das Familienheim dann tatsächlich, erhält gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 und 3, Nr. 4c Satz 1 ErbStG keiner von beiden Erwerbern die Steuerbefreiung, weil Eigentum und tatsächliche Nutzung auseinanderfallen.

35 ff) Die vorgenannte Auslegung des § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 ErbStG führt zu einer restriktiven Anwendung der Steuerbefreiung für das Familienheim. Bei einer solchen Anwendung unterliegt sie keinen verfassungsrechtlichen Bedenken (vgl. BFH-Urteil in BFHE 260, 372 = BStBl. II 2018, S. 362 Rdnr. 27).

36 3. Nach diesen Grundsätzen ist im Streitfall die gewährte Steuerbefreiung für den Erwerb des Miteigentumsanteils am Einfamilienhaus gemäß § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 ErbStG rückwirkend entfallen. Die Klägerin hat das Haus innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb von E schenkweise auf T übertragen. Die Aufgabe des Eigentums erfüllt den Nachversteuerungstatbestand. Dass die Klägerin die Nutzung des Einfamilienhauses zu eigenen Wohnzwecken aufgrund des Nießbrauchs aufrechterhalten hat, ändert hieran nichts.

37 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

ANMERKUNG:

Von Richter am BFH Prof. Dr. **Matthias Loose**, München

1. Problemstellung

Die Übertragung des sog. Familienheims ist bei der Erbschaft- und Schenkungsteuer in vielfältiger Hinsicht begünstigt. Nach § 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG ist die schenkweise Übertragung unter Ehegatten oder Lebenspartnern ohne weitere Voraussetzungen begünstigt. Nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b und 4c ErbStG ist der Erwerb von Todes wegen begünstigt, und zwar zum einen der Erwerb eines Ehegatten oder Lebenspartners (§ 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG) und zum anderen der Erwerb von Kindern des Erblassers (§ 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG). Der Erwerb von Todes wegen ist nur begünstigt, wenn der Ehegatte/Lebenspartner oder das Kind unverzüglich das Familienheim zur Selbstnutzung bestimmen¹ und das Familienheim in den zehn Jahren nach dem Erwerb selbst nutzen. In dem nunmehr vom BFH entschiedenen Fall war streitig, ob die Steuerbefreiung für den Erwerb des Familienheims durch den überlebenden Ehegatten rückwirkend entfällt, wenn er das Eigentum an dem Fa-

¹ Dazu BFH, Urteil vom 28.5.2019, II R 37/16, BFHE 264, 512 = BStBl. II 2019, S. 678: Verzögerte Selbstnutzung wegen Renovierung.

milienheim innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb auf ein Kind überträgt und sich die Selbstnutzung zu Wohnzwecken aufgrund eines lebenslangen Nießbrauchs vorbehält.

2. Entscheidung des BFH

Die Klägerin und Revisionsklägerin (im Folgenden Klägerin) ist Alleinerbin ihres 2013 verstorbenen Ehemannes. Zum Nachlass gehört unter anderem ein hälftiger Miteigentumsanteil an einem Einfamilienhaus, das die Klägerin mit ihrem Ehemann bis zu dessen Tod zusammen bewohnt hatte. Seit dem Tod des Ehemannes wohnt die Klägerin dort allein. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) setzte die Erbschaftsteuer fest und gewährte dabei zunächst die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG für den Erwerb des Miteigentumsanteils am Einfamilienhaus. Nach Übertragung an die Tochter erließ das FA einen Änderungsbescheid und setzte die Erbschaftsteuer herauf. Es vertrat die Auffassung, dass die Steuerbefreiung für den Erwerb des Miteigentumsanteils durch die Klägerin rückwirkend entfallen sei. Einspruch und Klage hatten keinen Erfolg.

Der BFH wies die Revision der Klägerin als unbegründet zurück. Seiner Auffassung nach hat das FG zutreffend entschieden, dass die Steuerbefreiung für den Erwerb des Miteigentumsanteils durch die Übertragung des Eigentums auf die Tochter rückwirkend entfallen ist. Die Klägerin habe das Haus innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb schenkweise auf ihre Tochter übertragen. Die Aufgabe des Eigentums erfülle den Nachversteuerungstatbestand. Dass die Klägerin das Familienheim aufgrund des vorbehaltenen Nießbrauchs weiterhin zu eigenen Wohnzwecken nutze, ändere hieran nichts.

3. Einordnung der Entscheidung

Der BFH hatte bereits in einigen früheren Entscheidungen den sehr weiten Tatbestand der Steuerbegünstigung für das selbstgenutzte Familienheim stark eingegrenzt. So hat er zum Beispiel deutlich gemacht, dass es zur selben Zeit immer nur ein Familienheim geben kann, nämlich dort, wo die Familie ihren Lebensmittelpunkt hat.² Zudem hat er entschieden, dass der Erwerb eines Anwartschaftsrechts für die Steuerbegünstigung nicht ausreicht. Voraussetzung für die Steuerbefreiung beim Erwerb von Todes wegen sei der Übergang von Eigentum oder Miteigentum.³ Zuletzt hat er seine Auffassung bestätigt, wonach die Begünstigung beim Erwerb von Todes wegen voraussetzt, dass der Erbe das Familienheim unverzüglich zur Selbstnutzung bestimmt und auch tatsächlich in das Familienheim einzieht.⁴ Die jetzige Entscheidung zum nachträglichen Wegfall der Steuerbegünstigung baut auf diesen Entscheidungen auf.

Ausgangspunkt der jetzigen Entscheidung ist § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG. Danach bleibt unter anderem der Erwerb des Eigentums oder Miteigentums an einem im Inland belegenen bebauten Grundstück von Todes wegen durch den überlebenden Ehegatten oder Lebenspartner steuerfrei, soweit der Erblasser darin bis zum Erbfall eine Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat oder bei der er aus zwingenden Gründen an einer Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken gehindert war und die beim Erwerber unverzüglich zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt ist (Familienheim). Anders als bei der Schenkung unter Lebenden (§ 13 Abs. 1 Nr. 4a ErbStG) fällt beim Erwerb von Todes wegen die Steuerbefreiung mit Wirkung für die Vergangenheit weg, wenn der Erwerber das Familienheim innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb nicht mehr zu Wohnzwecken selbst nutzt, es sei denn, er ist aus zwingenden Gründen an einer Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken gehindert (§ 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 ErbStG, sog. Nachversteuerungstatbestand). Die Verpflichtung zur Selbstnutzung kann im Einzelfall eine große Belastung darstellen. Wird das Familienheim nicht mindestens zehn Jahre lang selbst genutzt, fällt die Steuerbefreiung in vollem Umfang und nicht nur anteilig (rückwirkend) weg. Bei Familienheimen in bevorzugten Wohngebieten, deren Wert deutlich über den Freibeträgen für Ehegatten/Lebenspartner (500.000 €) oder für Kinder (400.000 €) liegen dürfte, kann es in einem solchen Fall zu einer erheblichen Nachzahlung von Erbschaftsteuer kommen. Darauf gilt es in der Beratungspraxis hinzuweisen.

Das Gesetz selbst definiert den Begriff der Nutzung zu eigenen Wohnzwecken nicht. Bis zu der Entscheidung des BFH war daher nicht geklärt, ob der Nachversteuerungstatbestand auch in den Fällen greift, in denen der Erwerber das Familienheim zwar weiterhin – aufgrund schuldrechtlicher Vereinbarung oder dinglichen Nutzungsrechts – selbst bewohnt, das Eigentum daran aber innerhalb der genannten Frist auf einen Dritten überträgt. Der BFH hat dies bejaht und damit die Steuerbefreiung nicht nur an die Selbstnutzung, sondern auch an das Eigentum angeknüpft. Ausgangspunkt für diese strenge Auslegung ist der Wortlaut der Vorschrift. Mit der Formulierung „nach dem Erwerb“, die an § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 1 ErbStG für die Gewährung der Steuerbefreiung und damit an den „Erwerb (...) des Eigentums oder Miteigentums“ anknüpfe, so der BFH, komme zum Ausdruck, dass Satz 5 des § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG ein (Fort-)Bestehen des durch den Erwerb geschaffenen Rechtszustandes und damit von Eigentum oder Miteigentum des überlebenden Ehegatten oder Lebenspartners am Familienheim für den Erhalt der Steuerbefreiung voraussetze. Darüber hinaus lasse die Formulierung „Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken“ in § 13 Abs. 1 Nr. 4b Satz 5 Hs. 2 ErbStG den Schluss zu, dass die Steuerbefreiung für das erworbene Familienheim wegfallen solle, wenn der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb das Eigentum an dem Familienheim verliere. Hätten in dem Nachversteuerungstatbestand Aussagen lediglich zur weiteren Nutzung des Familienheims innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb getroffen werden sollen, hätte die – kürzere – Formulierung

2 BFH, Urteil vom 18.7.2013, II R 35/11, BFHE 242, 153 = BStBl. II 2013, S. 1051.

3 BFH, Urteil vom 3.6.2014, II R 45/12, BFHE 245, 374 = BStBl. II 2014, S. 806.

4 BFH, Urteil vom 28.5.2019, II R 37/16, BFHE 264, 512 = BStBl. II 2019, S. 678.

„Selbstnutzung zu Wohnzwecken“ oder „Nutzung zu eigenen Wohnzwecken“ ausgereicht. Die Formulierung „Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken“ beziehe sich auf die Nutzung aufgrund einer Eigentümerstellung.

Damit folgt der BFH der Vorstellung des Gesetzgebers. Danach soll § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG die Substanz des begünstigten Immobilienvermögens innerhalb der ehelichen oder partnerschaftlichen Lebensgemeinschaft erhalten.⁵ Schutzgut der Befreiungsnorm ist nicht nur der gemeinsame familiäre Lebensraum. Nach der Vorstellung des Gesetzgebers sollte die Steuerbefreiung auch dazu beitragen, dass Grundvermögen als Teil der ehelichen oder partnerschaftlichen Lebens- und Wirtschaftsgemeinschaft erhalten werden könne. Er wertete dementsprechend den Verkauf des Familienheims durch den Erwerber als „schädlich“.⁶ Dies rechtfertige die enge Auslegung. Begünstigt ist danach nicht allein die Nutzung zu Wohnzwecken, sondern nur die Nutzung als Eigentümer oder Miteigentümer des Familienheims. Das gilt nach Auffassung des BFH auch dann, wenn das Familienheim auf Kinder übertragen wird, die nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG ebenfalls zu dem begünstigten Personenkreis gehören.

4. Zusammenfassende Hinweise

Nach der Entscheidung des BFH muss bei sämtlichen Übertragungen innerhalb von zehn Jahren nach dem Erwerb – gleichgültig, ob entgeltlich oder unentgeltlich, gleichgültig, ob auf Familienangehörige oder Dritte – mit dem nachträglichen Wegfall der Steuerbefreiung gerechnet werden. Unschädlich ist nach dem Wortlaut der Vorschrift nur die entgeltliche oder unentgeltliche Übertragung, wenn der überlebende Ehegatte oder Lebenspartner an der Selbstnutzung gehindert ist – zum Beispiel, weil er pflegebedürftig geworden ist und in ein Pflegeheim umziehen muss. In der Praxis sind noch viele Einzelfragen ungeklärt. Wenn irgendwie möglich, sollten Ehegatten/Lebenspartner von einer steuerbegünstigten Schenkung unter Lebenden (§ 13a Abs. 1 Nr. 4a ErbStG) Gebrauch machen. Nach einer schenkweisen Übertragung ist der Beschenkte völlig frei in der Entscheidung über die Nutzung oder den Verkauf des Familienheims.

⁵ BFH, Urteil vom 3.6.2014, II R 45/12, BFHE 245, 374 = BStBl. II 2014, S. 806 Rdnr. 17.

⁶ Bericht des Finanzausschusses, BT-Drucks. 16/11107, S. 8.

28. Übertragung des Betriebsgrundstücks auf die bisherige Organgesellschaft im Rahmen der Beendigung der Organshaft als Geschäftsveräußerung

BFH, Urteil vom 26.6.2019, XI R 3/17 (Vorinstanz: FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 8.12.2016, 6 K 2485/13)

UStG § 1 Abs. 1a, § 2 Abs. 2 Nr. 2, § 4 Nr. 9 lit. a

UStG a. F. § 15a Abs. 6 a

Richtlinie 77/388/EWG Art. 5 Abs. 8

LEITSÄTZE:

1. **Überträgt die frühere Organträgerin ein ihr gehörendes Grundstück im Rahmen der Beendigung der Organshaft auf die frühere Organgesellschaft als Erwerberin, liegt eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung vor, wenn die Erwerberin die unternehmerische Tätigkeit des Organkreises fortführt und das übertragene Grundstück ein Teilvermögen i. S. d. Art. 5 Abs. 8 der Richtlinie 77/388/EWG (nunmehr Art. 19 Abs. 1 MwStSystRL) ist.**
2. **Unschädlich ist, dass die Organshaft einen oder mehrere Tage vor der Übertragung des Grundstücks geendet hat und daher die Fortführung der unternehmerischen Tätigkeit durch die Erwerberin vor der Übertragung des Grundstücks auf die Erwerberin erfolgt ist.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten streiten darüber, ob die Übertragung eines Grundstücks als Geschäftsveräußerung nicht umsatzsteuerbar ist und deshalb zu keiner Vorsteuerberichtigung führt.

2 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), eine GbR, verpachtete ein im Gesamthandsvermögen befindliches Grundstück an die in A, Bundesrepublik Deutschland (Deutschland), ansässige H-GmbH, die im Maschinen- und Anlagenbau (nachfolgend auch: Produktion) tätig war.

3 Gesellschafter der Klägerin sind die Eheleute P und R zu je 50 %. P hielt außerdem 53,33 % der Anteile an der H-GmbH (Geschäftsanteil 80.000 DM) und R 46,67 % der Anteile (Geschäftsanteil 70.000 DM). Die Anteile des P und der R an der H-GmbH waren nach den Feststellungen des FG ertragsteuerrechtlich bei der Klägerin als (notwendiges) Sonderbetriebsvermögen bilanziert.

4 Geschäftsführer der H-GmbH waren P (als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer) sowie die Herren W und H, jeweils gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer oder Gesamtprokuristen.

5 Die Klägerin sowie der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) gingen (vor Ergehen der Urteile des BFH vom 22.4.2010, V R 9/09, BFHE 229, 433 =ä BStBl. II 2011, S. 597 und vom 1.12.2010, XI R 43/08, BFHE 232, 550 = BStBl. II 2011, S. 600) übereinstimmend davon aus, dass zwischen der Klägerin und der H-GmbH eine umsatzsteuerrechtliche Organshaft bestehe. Sie rechneten daher übereinstimmend die

Umsätze der H-GmbH der Klägerin zu und gingen davon aus, dass die Verpachtung des Betriebsgrundstücks ein nicht steuerbarer Innenumsatz sei.

6 Mit Gesellschaftsvertrag vom 9.2.2005 gründeten P und R die H-Beteiligungs-GmbH mit Sitz in L, Republik Österreich, wobei der Gesellschafter P eine Stammeinlage i. H. v. 20.000 € übernahm und die Gesellschafterin R eine Stammeinlage i. H. v. 17.500 €. Das Stammkapital insgesamt betrug 37.500 €. Geschäftsführer der H-Beteiligungs-GmbH waren P (als alleinvertretungsberechtigter Geschäftsführer) sowie die Herren W und H (jeweils gemeinsam mit einem weiteren Geschäftsführer oder Gesamtprokuristen).

7 Mit „Notariatsakt“ (notariellem Vertrag) vom 17.2.2005, Geschäftszahl (...) (nachfolgend: Einbringungsvertrag), brachten P und R 99 % der Anteile an der H-GmbH in die H-Beteiligungs-GmbH ein. Schuldrechtlicher und steuerlicher Einbringungsstichtag war gemäß § 2 Nr. 9 des Einbringungsvertrages der 16.2.2005; dinglicher Einbringungsstichtag war der Zeitpunkt der Beurkundung.

8 Mit weiterem „Notariatsakt“ vom 17.2.2005, Geschäftszahl (...) (nachfolgend: Abtretungsvertrag), traten sich P und R jeweils Anteile an der H-Beteiligungs-GmbH i. H. v. 100 € ab.

9 Ebenfalls am 17.2.2005 abgeschlossen wurde ein dritter „Notariatsakt“ (Geschäftszahl [...], nachfolgend: Übertragungsvertrag), und zwar zwischen den Vertragsparteien P (Nr. 1), R (Nr. 2), der in L ansässigen S-GmbH (Nr. 3), der in A ansässigen H-GmbH (Nr. 4), der Klägerin (Nr. 5), der in L ansässigen H-Beteiligungs-GmbH (Nr. 6), der in L ansässigen V-GmbH & Co. KG (Nr. 7) und der in M, Deutschland, ansässigen Y-GmbH (Nr. 8). In diesem Vertrag wurde zwischen den Vertragsparteien vereinbart, dass

– P und R ihren verbliebenen Anteil von 1 % an der H-GmbH an die S-GmbH abtreten (§ 1 Abs. 5 Satz 2 i. V. m. § 2 Abs. 5 des Übertragungsvertrages), wobei Verkauf und Abtretung mit sofortiger Wirkung erfolgten (§ 2 Abs. 5 und 6 des Übertragungsvertrages), aber eine Rückübertragung vereinbart wurde, wenn die aufschiebenden Bedingungen gemäß § 14 des Übertragungsvertrages nicht eintreten;

– die H-Beteiligungs-GmbH und die S-GmbH innerhalb von zehn Werktagen beschließen, die H-GmbH in eine GmbH & Co. KG (H-GmbH & Co. KG bzw. Erwerberin) umzuwandeln (§ 1 Abs. 5 des Übertragungsvertrages);

– P und R ihre Anteile an der H-Beteiligungs-GmbH an die S-GmbH verkaufen (§ 2 Abs. 1 des Übertragungsvertrages), wobei die Abtretung aufschiebend bedingt erfolgte (§ 2 Abs. 2 des Übertragungsvertrages), die schuldrechtliche Wirkung aber am Übertragungsstichtag eintreten sollte (§ 2 Abs. 3 des Übertragungsvertrages);

– die Klägerin das Betriebsgrundstück an die H-GmbH verkauft und überträgt (§ 3 Abs. 1 des Übertragungsvertrages), wobei die schuldrechtliche Wirkung einen Tag nach dem Tag eintreten sollte, an dem die S-GmbH Gesellschafterin der H-Beteiligungs-GmbH geworden ist (§ 3 Abs. 2 des Übertragungsvertrages). Der Kaufpreis, der im Gesamtkaufpreis enthalten war, war von der S-GmbH (erfüllungshalber für die H-GmbH) an die Klägerin zu zahlen (§ 3 Abs. 3 des Übertra-

gungsvertrages) und wurde von der V-GmbH & Co. KG garantiert (§ 14 Abs. 3 des Übertragungsvertrages);

– der Mietvertrag zwischen der Klägerin und der H-GmbH an dem Tag, an dem Besitz, Lasten und Nutzen des Grundstücks auf die H-GmbH übergehen, aufgehoben wird (§ 6 Abs. 3 des Übertragungsvertrages).

10 Übertragungsstichtag war der 1.4.2005 (§ 4 des Übertragungsvertrages). Der Kaufpreis für die Geschäftsanteile an der H-Beteiligungs-GmbH und das Betriebsgrundstück betrug 20 Mio. € (§ 5 des Übertragungsvertrages). Der auf das Betriebsgrundstück entfallende Kaufpreisanteil (5 Mio. €) war gemäß § 3 Abs. 4 des Übertragungsvertrages fällig, der übrige Betrag gemäß § 5 Abs. 2 des Übertragungsvertrages fünf Tage nach Eintritt der aufschiebenden Bedingungen des § 14 des Übertragungsvertrages.

11 Der Vertrag stand außerdem gemäß § 14 Abs. 2 des Übertragungsvertrages u. a. unter den aufschiebenden Bedingungen der Zustimmung des Aufsichtsrats der Muttergesellschaft der S-GmbH sowie der Rechtswirksamkeit des Formwechsels der H-GmbH in eine GmbH & Co. KG.

12 Mit Wirkung zum 18.2.2005 wurde die H-GmbH formwechselnd in die H-GmbH & Co. KG umgewandelt und später umbenannt. Die Eintragung der formwechselnden Umwandlung im Handelsregister erfolgte am 22.3.2005.

13 In ihrer Umsatzsteuer-Jahreserklärung für das Jahr 2005 (Streitjahr) vom 25.8.2006 errechnete die Klägerin (unter Einbeziehung der ihr noch zuzurechnenden Umsätze der H-GmbH infolge der angenommenen Organschaft) eine festzusetzende Umsatzsteuer von 192.000,99 €; es ergab sich ein Erstattungsanspruch. Das FA stimmte der Umsatzsteuererklärung zu.

14 In den Jahren 2010 bis 2012 führte das FA X bei der Klägerin eine Außenprüfung durch. Der Prüfer vertrat die Auffassung, dass der Verkauf des Betriebsgrundstücks mangels Option nach § 4 Nr. 9 lit. a UStG steuerfrei sei. Er löse eine Vorsteuerberichtigung gemäß § 15a Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 6 UStG in der bis zum 31.12.2004 geltenden Fassung (UStG a. F.) i. H. v. 243.047 € aus, da innerhalb des Zehn-Jahres-Zeitraums (1.4.1995 bis 1.4.2005) nachträgliche Anschaffungs- und Herstellungskosten für das Betriebsgebäude angefallen seien. Die Klägerin habe insoweit den Vorsteuerabzug geltend gemacht und erhalten.

15 Eine Geschäftsveräußerung liege nicht vor; es habe nur die Einzelveräußerung eines Grundstücks stattgefunden. Die von der Klägerin gehaltenen Anteile seien an einen anderen Erwerber verkauft worden. Dem stehe die zwischen der Klägerin und der H-GmbH bestehende Organschaft nicht entgegen; denn diese sei mit der Beendigung der personellen Verflechtung, spätestens mit dem Verkauf der Anteile an der H-Beteiligungs-GmbH, entfallen. Eine nachträgliche Option sei ebenfalls nicht möglich.

16 Das FA folgte der Rechtsauffassung des Prüfers im Umsatzsteuer-Änderungsbescheid für das Streitjahr vom 10.8.2012.

17 Der Einspruch der Klägerin, mit dem sie geltend machte, eine nicht steuerbare Geschäftsveräußerung könne auf meh-

renen zeitlich versetzten Kausalgeschäften beruhen, wenn diese in einem engen sachlichen und zeitlichen Zusammenhang stünden und die Übertragung des ganzen Vermögens auf einen Erwerber erfolge, blieb erfolglos (Einspruchsentscheidung vom 15.11.2013).

18 Das FG Rheinland-Pfalz wies die Klage, mit der die Klägerin vorrug, der Verkauf des Betriebsgrundstücks sei eingebettet gewesen in eine Geschäftsveräußerung im Ganzen, mit seinem in EFG 2017, 343 veröffentlichten Urteil vom 8.12.2016, 6 K 2485/13 ab. Es entschied, das FA habe die Vorsteuerberichtigung zu Recht vorgenommen. Der von der Klägerin durchgeführte Grundstücksverkauf sei nach § 4 Nr. 9 lit. a UStG steuerfrei und keine Geschäftsveräußerung i. S. d. § 1 Abs. 1a UStG. Das Grundstück sei an den bisherigen Mieter veräußert worden, der den Mietvertrag nicht fortgeführt habe, sondern das Grundstück wie bisher für die Erzielung seiner Umsätze aus dem Verkauf seiner Produkte nutze. Die Annahme einer Geschäftsveräußerung im Ganzen über die Konstruktion einer Organschaft zwischen der Klägerin als Organträgerin und der Erwerberin als Organgesellschaft komme nicht in Betracht.

19 Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung materiellen Rechts. Der Wegfall der Organschaft dürfe im Rahmen eines Gesamtplans keine Rechtswirkung entfalten, wenn er zu ungerechtfertigten Ergebnissen führe. Das Grundstück sei zu steuerpflichtigen Umsätzen genutzt worden und werde auch nach der Übertragung weiterhin dafür verwendet. Der Gesamtplan führe dazu, dass der Wegfall der Organschaft bis zum Abschluss aller Transaktionen „fingiert“ werde.

20 Die Klägerin beantragt sinngemäß, die Vorentscheidung, die Einspruchsentscheidung vom 15.11.2013 sowie den Umsatzsteuer-Änderungsbescheid vom 10.8.2012 ersatzlos aufzuheben.

21 Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

22 Es verteidigt die angefochtene Vorentscheidung und bringt ergänzend vor, die Tatsache, dass die bisher unselbstständige H-GmbH wieder zur selbstständigen Unternehmerin geworden sei, führe nicht zu einer Geschäftsveräußerung. Hierfür fehle es an der notwendigen Übertragung eines Unternehmens im Ganzen.

23 II. Die Revision ist begründet; sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung, der Einspruchsentscheidung und des angefochtenen Umsatzsteuer-Änderungsbescheids (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO).

24 Zwar bestand nach der geänderten Rechtsprechung des BFH zwischen der Klägerin und der H-GmbH keine Organschaft (II. 1.). Jedoch ist der Klägerin gemäß § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AO Vertrauensschutz zu gewähren (II. 2.). Ist danach im Festsetzungsverfahren davon auszugehen, dass zwischen der Klägerin und der H-GmbH eine Organschaft bestand, hat das FG unzutreffend angenommen, dass die Klägerin ein Vermietungsunternehmen betrieben hat; die Klägerin hat vielmehr ein Produktionsunternehmen betrieben (II. 3.). Eine Berichtigung des Vorsteuerabzugs ist nach dem im Streitfall anwendbaren § 15a Abs. 6a UStG a. F. (II. 4.) nicht

vorzunehmen, weil das übertragene Betriebsgrundstück ein Teilvermögen bildet (II. 5.), mit dem die Erwerberin dieses Produktionsunternehmens – wie beabsichtigt – fortführen konnte, weil es dazu der Anteile an der H-GmbH oder H-Beteiligungs-GmbH nicht bedurfte (II. 5.). Die auch bei Gewährung von Vertrauensschutz zwischenzeitlich eingetretene Beendigung der Organschaft ändert daran nichts (II. 6.).

25 1. Das FG ist zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin bis zur Beendigung des Mietvertrags mit der Erwerberin an sich als Vermieterin umsatzsteuerrechtlich Unternehmerin war, weil aus Sicht der geänderten Rechtsprechung des BFH zwischen der Klägerin und der H-GmbH keine Organschaft bestanden hat. Der Senat verweist insoweit zur Vermeidung von Wiederholungen auf die BFH-Urteile in BFHE 229, 433 = BStBl. II 2011, S. 597; in BFHE 232, 550 = BStBl. II 2011, S. 600; vom 2.12.2015, V R 12/14, BFH/NV 2016, 437 Rdnr. 22; vom 3.12.2015, V R 36/13, BFHE 251, 556 = BStBl. II 2017, S. 563 Rdnr. 27 und vom 24.8.2016, V R 36/15, BFHE 255, 310 = BStBl. II 2017, S. 595 Rdnr. 14 sowie den BFH, Beschluss vom 19.9.2011, XI B 85/10, BFH/NV 2012, 283 Rdnr. 13. Die von den Beteiligten und vom FG übereinstimmend bejahte ertragsteuerrechtliche Bilanzierung der Anteile an der H-GmbH im Sonderbetriebsvermögen ändert daran nichts (vgl. dazu auch BFH, Urteil vom 18.1.2012, XI R 13/10, BFH/NV 2012, 1012 Rdnr. 32).

26 2. Jedenfalls im Ergebnis zutreffend hat das FG auch angenommen, dass aus dieser im Jahr 2010 erfolgten Rechtsprechungsänderung des BFH in Bezug auf die hier zu beurteilende Umsatzsteuer für das Jahr 2005 zulasten der Klägerin keine nachteiligen Rechtsfolgen gezogen werden dürfen. Der Klägerin ist insoweit Vertrauensschutz zu gewähren. Dies folgt bereits, was das FG nicht erkannt hat, aus § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AO.

27 a) Nach dieser Vorschrift darf bei Aufhebung oder Änderung eines Steuerbescheides nicht zuungunsten des Steuerpflichtigen berücksichtigt werden, dass sich die Rechtsprechung eines obersten Gerichtshofes des Bundes geändert hat, die bei der bisherigen Steuerfestsetzung von der Finanzbehörde angewandt worden ist.

28 aa) Die Vorschrift greift ein, wenn sich die Rechtsprechung in der Zeit zwischen dem Erlass des ursprünglichen Bescheides und dem Erlass des Änderungsbescheides geändert hat (vgl. BFH, Urteil vom 11.4.2002, V R 26/01, BFHE 198, 238 = BStBl. II 2004, S. 317 unter II. 2. Rdnr. 17). Der ursprüngliche Bescheid kann auch eine Steueranmeldung sein, die gemäß § 168 AO einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gleichsteht (vgl. BFH-Urteile vom 2.11.1989, V R 56/84, BFHE 159, 266 = BStBl. II 1990, S. 253 unter II. 1. a) Rdnr. 9; vom 17.12.2015, V R 45/14, BFHE 252, 511 = BStBl. II 2017, S. 658 Rdnr. 20; siehe auch Beschluss vom 20.3.1990, V B 111/89, BFH/NV 1991, 63 unter II. 2. b) Rdnr. 21 zu § 176 Abs. 2 AO).

29 bb) Liegt ein Anwendungsfall des § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AO vor, ist der Steuerpflichtige so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn sich die Rechtsprechung nicht geändert hätte, sodass zugunsten des Steuerpflichtigen die bisherige Rechtslage vor Änderung der Rechtsprechung weiterhin maßgeblich

ist (BFH-Urteile vom 11.10.2007, V R 27/05, BFHE 219, 266 = BStBl. II 2008, S. 438 unter II. 4. Rdnr. 57; vom 25.4.2013, V R 2/13, BFHE 241, 304 = BStBl. II 2013, S. 844 Rdnr. 10 und 20).

30 b) Nach diesen Grundsätzen ist die Klägerin so zu stellen, als habe trotz der Ausführungen unter II. 1. jedenfalls bis zum 17.2.2005 eine Organschaft mit der Klägerin als Organträgerin und der H-GmbH als Organgesellschaft bestanden.

31 aa) Die Umsatzsteuererklärung der Klägerin vom 25.8.2006 stand nach Zustimmung des FA einer Steuerfestsetzung unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gleich (§ 168 Satz 1 und 2 AO). Die unter II. 1. dargestellte Rechtsprechungsänderung ist erst im Jahr 2010 erfolgt.

32 bb) Ist danach die Klägerin so zu stellen, als sei die Rechtsprechungsänderung nicht erfolgt, reicht gemäß der früheren Rechtsprechung des BFH für eine finanzielle Eingliederung zwischen der H-GmbH als Organgesellschaft und der Klägerin als Personengesellschaft aus, dass die Mehrheit der Anteile an der H-GmbH von den Gesellschaftern der Klägerin gehalten wurden, sodass in beiden Gesellschaften dieselben Gesellschafter zusammen über die Mehrheit der Anteile oder Stimmrechte verfügten (vgl. BFH-Urteile vom 20.1.1999, XI R 69/97, BFH/NV 1999, 1136 unter II. 2. Rdnr. 12; vom 22.11.2001, V R 50/00, BFHE 197, 319 = BStBl. II 2002, S. 167 unter II. 1. a) Rdnr. 14; vom 19.5.2005, V R 31/03, BFHE 210, 167 = BStBl. II 2005, S. 671 unter II. 2. a) ee) Rdnr. 28 und vom 14.2.2008, V R 12, 13/06, BFH/NV 2008, 1365 unter II. 2. d) Rdnr. 22). Da auch die organisatorische Eingliederung (vgl. dazu BFH-Urteile vom 28.10.2010, V R 7/10, BFHE 231, 356 = BStBl. II 2011, S. 391 Rdnr. 23; vom 7.7.2011, V R 53/10, BFHE 234, 548 = BStBl. II 2013, S. 218 Rdnr. 24; vom 8.8.2013, V R 18/13, BFHE 242, 433 = BStBl. II 2017, S. 543 Rdnr. 26) und wirtschaftliche Eingliederung (aufgrund der Verpachtung des Betriebsgrundstücks, vgl. dazu BFH-Urteile vom 16.8.2001, V R 34/01, BFH/NV 2002, 223 unter II. 2. Rdnr. 21; vom 6.5.2010, V R 26/09, BFHE 230, 256 = BStBl. II 2010, S. 1114 Rdnr. 29) vorlagen, ist jedenfalls bis zum 17.2.2005 vom Vorliegen einer Organschaft auszugehen. Die am 17.2.2005 beschlossene „Zwischenschaltung“ der H-Beteiligungs-GmbH (durch Einbringung der Anteile der H-GmbH) hat daran nichts geändert.

33 c) Eines Rückgriffs auf die unionsrechtlichen Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit (vgl. dazu Urteile des EuGH vom 21.2.2018, Kreuzmayr, C-628/16, HFR 2018, 337 m. Anm. *Klenk* Rdnr. 46; vom 8.11.2018, Cartrans Spedition, C-495/17, HFR 2018, 1000 m. Anm. *Klenk* Rdnr. 55 f.) bedarf es deshalb vorliegend nicht.

34 3. Ausgehend vom Bestehen einer Organschaft hat das FG zu Unrecht angenommen, die Klägerin habe ein Vermietungsunternehmen betrieben, das die Erwerberin nicht habe fortführen können. Die Klägerin hat bis zum Wegfall der angenommenen Organschaft ein Produktionsunternehmen betrieben.

35 a) In diesem Zusammenhang trifft es zwar an sich zu, dass – wie das FG angenommen hat – die Voraussetzungen einer Geschäftsveräußerung nicht vorliegen, soweit die Erwerberin eines Verpachtungsunternehmens das erworbene Gesamt- oder Teilvermögen nicht weiterhin verpachtet, sondern für ihre

eigene unternehmerische Tätigkeit selbst nutzt (vgl. BFH-Urteile vom 24.9.2009, V R 6/08, BFHE 227, 506 = BStBl. II 2010, S. 315 Rdnr. 24; vom 6.7.2016, XI R 1/15, BFHE 254, 283 = BStBl. II 2016, S. 909 Rdnr. 33; siehe auch Urteil vom 22.11.2007, V R 5/06, BFHE 219, 442 = BStBl. II 2008, S. 448 unter II. 3. Rdnr. 17 ff., bei Geschäftsveräußerung an eine Bruchteilsgemeinschaft), weil sich ein Verpachtungsunternehmen und ein Produktionsunternehmen nicht hinreichend ähneln (vgl. BFH, Beschluss vom 15.4.2016, XI B 109/15, BFH/NV 2016, 1306 Rdnr. 29). Die Lieferung eines weder vermieteten noch verpachteten Grundstücks ist im Regelfall keine Geschäftsveräußerung (vgl. BFH, Urteil vom 11.10.2007, V R 57/06, BFHE 219, 284 = BStBl. II 2008, S. 447).

36 b) Allerdings hat die Erwerberin mit Vertrag vom 17.2.2005 von der Klägerin kein Verpachtungsunternehmen erworben, sondern einen unselbstständigen Teil eines einheitlichen Produktionsunternehmens (Maschinen- und Anlagenbau).

37 aa) Bei Bestehen einer Organschaft sind gemäß § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 UStG die Organträgerin (hier: die Klägerin) und die Organgesellschaft (hier: die H-GmbH) als ein Unternehmen (hier: zum Verkauf der von der H-GmbH auf dem Grundstück der Klägerin hergestellten Produkte) zu behandeln.

38 bb) Daraus folgt nach der Rechtsprechung des BFH, dass ein Organträger, der ein an seine Organgesellschaft vermietetes Gebäude erwirbt, das Gebäude umsatzsteuerrechtlich nicht an die Organgesellschaft vermietet, sondern durch die Organgesellschaft als Teil seines Unternehmens eigenunternehmerisch nutzt (vgl. BFH-Urteil in BFHE 230, 256 = BStBl. II 2010, S. 1114 Rdnr. 32). Der erkennende Senat hat deshalb das Vorliegen einer Geschäftsveräußerung in einem Fall verneint, in dem ein Organträger ein an die Organgesellschaft verpachtetes Grundstück an eine Dritte veräußert hat, die das Grundstück weiterhin an die Organgesellschaft verpachtet hat (vgl. BFH, Urteil vom 21.10.2015, XI R 40/13, BFHE 251, 474 = BStBl. II 2017, S. 852 Rdnr. 63). Der V. Senat des BFH hat eine Geschäftsveräußerung im umgekehrten Fall (bei Erwerb des vermieteten Grundstücks durch den Organträger) ebenfalls verneint (BFH-Urteil in BFHE 230, 256 = BStBl. II 2010, S. 1114).

39 cc) Dieser Sichtweise liegt der Gedanke zugrunde, dass die Organschaft über § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 UStG (auch) die umsatzsteuerrechtliche Qualifikation der vom Organträger erbrachten Leistungen beeinflusst (vgl. BFH-Urteile vom 29.10.2008, XI R 74/07, BFHE 223, 498 = BStBl. II 2009, S. 256 unter II. 2. d) Rdnr. 31; vom 10.8.2017, V R 64/16, BFHE 259, 166 = BStBl. II 2019, S. 455 Rdnr. 16; vom 1.3.2018, V R 23/17, BFHE 261, 369 = BStBl. II 2018, S. 503 Rdnr. 17; a. A. *Stadie*, Umsatzsteuergesetz, § 2 Rdnr. 305 ff., 312 ff.).

40 dd) Das nationale Recht widerspricht insoweit nicht dem Unionsrecht; denn es kommt unionsrechtlich zu einer Verschmelzung der Mitglieder der Mehrwertsteuergruppe (hier: der Klägerin und der H-GmbH) zu einem einzigen Steuerpflichtigen (vgl. EuGH-Urteil vom 17.9.2014, Skandia America [USA], C-7/13, HFR 2014, 1031 Rdnr. 29; BFH, Urteil vom 22.2.2017, XI R 13/15, BFHE 257, 160 = BFH/NV 2017, 1001 Rdnr. 50).

41 4. Im Ergebnis zutreffend hat das FG wiederum erkannt, dass für die Frage, ob eine Berichtigung des Vorsteuerabzugs vorzunehmen ist, entscheidungserheblich ist, ob die Übertragung des Betriebsgrundstücks eine Geschäftsveräußerung i. S. d. § 1 Abs. 1a UStG, Art. 5 Abs. 8 Richtlinie 77/388/EWG ist.

42 a) Im Streitfall findet, was das FG auf S. 28 seines Urteils (juris Rdnr. 152 f.) mit seinem Gesetzeszitat nicht hinreichend zum Ausdruck gebracht hat, § 15a UStG a. F. Anwendung; denn der zum 1.1.2005 in Kraft getretene § 15a UStG i. d. F. des Gesetzes zur Umsetzung von EU-Richtlinien in nationales Steuerrecht und zur Änderung weiterer Vorschriften (BGBl. 2004 I, S. 3310) ist gemäß § 27 Abs. 11 UStG nur auf Vorsteuerbeträge anzuwenden, deren zugrunde liegende Umsätze erst nach dem 31.12.2004 ausgeführt wurden (vgl. BFH-Urteil in BFHE 254, 283 = BStBl. II 2016, S. 909 Rdnr. 24 f.). Hieran fehlt es im Streitfall; denn die Klägerin hat die Eingangsleistungen zur Errichtung des Geschäftshauses gemäß den Feststellungen des FA in der Einspruchsentscheidung, auf die das FG gemäß § 105 Abs. 5 FGO verwiesen hat, in den Jahren 1999 bis 2003 bezogen.

43 Entsprechend hat das FA in der Einspruchsentscheidung – wie sich aus den zutreffenden Gesetzeszitatens ergibt – § 15a UStG a. F. angewendet, ohne dies allerdings durch den Zusatz „a. F.“ kenntlich zu machen.

44 b) Auch auf Basis des alten Rechts ist das FG indes zutreffend davon ausgegangen, dass die – steuerfreie – Veräußerung des Betriebsgrundstücks innerhalb des zehnjährigen Berichtigungszeitraums (§ 15a Abs. 1 Satz 2 UStG a. F.) zu einer Änderung der Verhältnisse i. S. d. § 15a Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Abs. 4 UStG a. F. geführt hätte (vgl. BFH-Urteile vom 3.7.2014, V R 12/13, BFH/NV 2014, 1603 Rdnr. 10; in BFHE 254, 283 = BStBl. II 2016, S. 909 Rdnr. 26), falls keine Geschäftsveräußerung vorläge. Dies gilt auch, soweit es im Streitfall um nachträgliche Anschaffungs- oder Herstellungskosten geht (§ 15a Abs. 3 UStG a. F.). Die Klägerin hätte dann ein zuvor ausschließlich zur Ausführung steuerpflichtiger Umsätze aus dem Verkauf der von ihr hergestellten Produkte verwendetes Grundstück nebst Gebäude nach § 4 Nr. 9 lit. a UStG steuerfrei an die Erwerberin veräußert. Die Berichtigung für das Streitjahr und die folgenden Kalenderjahre (§ 15a Abs. 6 UStG a. F.) wäre im Streitjahr vorzunehmen (§ 44 Abs. 4 Satz 3 der Umsatzsteuer-Durchführungsverordnung in der für das Streitjahr geltenden Fassung). Hierüber sowie über deren Höhe besteht zwischen den Beteiligten zu Recht kein Streit.

45 c) Bei einer Geschäftsveräußerung (§ 1 Abs. 1a UStG) hingegen wird nach § 15a Abs. 6a Satz 1 UStG a. F. (jetzt: § 15a Abs. 10 UStG) der für das Wirtschaftsgut maßgebliche Berichtigungszeitraum nicht unterbrochen. Dadurch werden Geschäftsveräußerungen i. S. v. § 1 Abs. 1a UStG von einer Berichtigung nach § 15a UStG ausgenommen (vgl. BFH, Urteil vom 6.9.2007, V R 41/05, BFHE 217, 338 = BStBl. II 2008, S. 65 unter II. 1. Rdnr. 30; siehe auch Urteil vom 19.12.2012, XI R 38/10, BFHE 240, 366 = BStBl. II 2013, S. 1053 Rdnr. 28; ebenso Abschn. 15 a.10 Satz 1 Nr. 1 und Satz 2, 15 a.2 Abs. 3 des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses).

46 5. Zu Unrecht hat das FG allerdings die Voraussetzungen einer Geschäftsveräußerung verneint; denn in Bezug auf das unter II. 3. genannte Produktionsunternehmen der Klägerin liegt eine im Vertrag vom 17.2.2005 vereinbarte, nicht steuerbare Geschäftsveräußerung vor, obwohl – insoweit entgegen der Auffassung der Klägerin – keine Gesamtbetrachtung (im Sinne eines „Gesamtplans“) anzustellen ist. Die Vorentscheidung ist deshalb aufzuheben.

47 a) Voraussetzung für das Vorliegen einer Geschäftsveräußerung ist gemäß § 1 Abs. 1a Satz 2 UStG, dass ein Unternehmen oder ein in der Gliederung eines Unternehmens gesondert geführter Betrieb im Ganzen entgeltlich oder unentgeltlich übereignet oder in eine Gesellschaft eingebracht wird.

48 Diese Vorschrift beruhte im Streitjahr unionsrechtlich auf Art. 5 Abs. 8 und Art. 6 Abs. 5 der Richtlinie 77/388/EWG (vgl. allgemein BFH, Urteil vom 28.6.2017, XI R 23/14, BFHE 258, 517 = BFH/NV 2017, 1561 Rdnr. 73). Nach Art. 5 Abs. 8 MwStSystRL können die Mitgliedstaaten die Übertragung des Gesamtvermögens oder eines Teilvermögens, die entgeltlich oder unentgeltlich oder durch Einbringung in eine Gesellschaft erfolgt, so behandeln, als ob keine Lieferung von Gegenständen vorliegt, und den Begünstigten der Übertragung als Rechtsnachfolger des Übertragenden ansehen. § 1 Abs. 1a UStG ist deshalb richtlinienkonform auszulegen (vgl. BFH-Urteile vom 18.1.2005, V R 53/02, BFHE 208, 491 = BStBl. II 2007, S. 730 unter II. 2. a), Rdnr. 24; in BFHE 240, 366 = BStBl. II 2013, S. 1053 Rdnr. 31 und 32). Die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 19 MwStSystRL kann ergänzend herangezogen werden (vgl. zum Beispiel zum umgekehrten Fall EuGH-Urteil vom 29.10.2009, SKF, C-29/08, BFH/NV 2009, 2099 Rdnr. 36 ff.; BFH, Urteil vom 4.2.2015, XI R 42/13, BFHE 248, 472 = BStBl. II 2015, S. 616 Rdnr. 25).

49 b) Der Tatbestand der Geschäftsveräußerung erfasst die Übertragung von Geschäftsbetrieben und von selbstständigen Unternehmensteilen, die als Zusammenfassung materieller und immaterieller Bestandteile ein Unternehmen oder einen Unternehmensteil bilden, mit dem eine selbstständige wirtschaftliche Tätigkeit fortgeführt werden kann (EuGH-Urteile vom 27.11.2003, Zita Modes, C-497/01, UR 2004, 19 Rdnr. 40; SKF, BFH/NV 2009, 2099 Rdnr. 37; vom 10.11.2011, Schriever, C-444/10, BStBl. II 2012, S. 848 Rdnr. 25; BFH-Urteile vom 18.1.2012, XI R 27/08, BFHE 235, 571 = BStBl. II 2012, S. 842 und vom 29.8.2018, XI R 37/17, BFHE 262, 286 = BStBl. II 2019, S. 378 Rdnr. 22).

50 c) Übertragen werden muss ein Gesamt- oder „Teilvermögen“. Bei Letzterem handelt es sich um einen autonomen unionsrechtlichen Begriff, der eine einheitliche Auslegung finden muss, um eine unterschiedliche Anwendung der Mehrwertsteuerregelung in den Mitgliedstaaten zu verhindern (vgl. EuGH-Urteile, Zita Modes, UR 2004, 19 Rdnr. 32 und 34 f. und Schriever, BStBl. II 2012, S. 848 Rdnr. 22).

51 aa) Er bezieht sich auf eine Kombination von Bestandteilen eines Unternehmens, die zur Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ausreicht, auch wenn diese Tätigkeit nur Teil eines größeren Unternehmens ist, von dem sie abgespalten wurde (vgl. BFH-Urteile in BFHE 240, 366 = BStBl. II 2013,

S. 1053 Rdnr. 35; vom 4.2.2015, XI R 14/14, BFHE 250, 240 = BStBl. II 2015, S. 908 Rdnr. 26; zum Teilbetrieb siehe BFH, Beschluss vom 16.11.2009, V B 37/09, BFH/NV 2010, 450 Rdnr. 8). Dies ist aus der Sicht des Erwerbers zu bestimmen (vgl. BFH-Urteile vom 29.8.2012, XI R 10/12, BFHE 239, 359 = BStBl. II 2013, S. 221 Rdnr. 27; BFHE 240, 366 = BStBl. II 2013, S. 1053 Rdnr. 45). Die organisatorischen Verhältnisse beim Veräußerer sind unmaßgeblich (vgl. BFH-Urteil in BFHE 248, 472 = BStBl. II 2015, S. 616 Rdnr. 20). Beim Veräußerer notwendige Gegenstände, über die der Erwerber bereits selbst verfügt, müssen deshalb zum Beispiel nicht mit übertragen werden (vgl. zum Ladenlokal EuGH-Urteil, Schriever, BStBl. II 2012, S. 848 Rdnr. 29; BFH-Urteil in BFHE 262, 286 = BStBl. II 2019, S. 378 Rdnr. 35, 38).

52 bb) Eine Geschäftsveräußerung kann auch bei Übereignung nur eines Gegenstandes erfüllt sein, wenn dieser Gegenstand die unternehmerische Tätigkeit ausmacht (vgl. BFH, Urteil vom 4.9.2008, V R 23/06, BFH/NV 2009, 426 unter II. 1. b) cc) Rdnr. 29), wobei die Übertragung einzelner Kunden, Mandanten oder Vertragspartner nicht ausreicht (vgl. BFH, Beschluss vom 11.11.2009, V B 46/09, ZSteu 2010, R165 unter 1. Rdnr. 4; Urteil in BFHE 258, 517, BFH/NV 2017, 1561 Rdnr. 75). Die Übertragung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen und die Möglichkeit zur Unternehmensfortführung ohne großen finanziellen Aufwand ist nicht erforderlich (BFH-Urteile vom 1.8.2002, V R 17/01, BFHE 200, 97 = BStBl. II 2004, S. 626; vom 28.11.2002, V R 3/01, BFHE 200, 160 = BStBl. II 2004, S. 665; vom 6.5.2010, V R 25/09, BFH/NV 2010, 1873 Rdnr. 15; in BFHE 239, 359 = BStBl. II 2013, S. 221 Rdnr. 22). Die Frage, ob ein Teilvermögen vorliegt, kann nicht nach nationalen ertragsteuerrechtlichen Kriterien, sondern nur unter Berücksichtigung der Regelung der Richtlinie entschieden werden (vgl. BFH-Urteile vom 4.7.2002, V R 10/01, BFHE 199, 66 = BStBl. II 2004, S. 662 unter II. 3. Rdnr. 20; in BFHE 240, 366 = BStBl. II 2013, S. 1053 Rdnr. 51). Nur wenn es an einer Übereignung oder Einbringung von Gegenständen des Unternehmens gänzlich fehlt, scheidet eine Geschäftsveräußerung aus (vgl. EuGH-Urteil vom 19.12.2018, Mailat, C-17/18, HFR 2019, 72 Rdnr. 23; BFH, Urteil vom 21.5.2014, V R 20/13, BFHE 246, 226 = BStBl. II 2014, S. 1029 Rdnr. 21).

53 d) Der Erwerber muss außerdem beabsichtigen, den übertragenen Geschäftsbetrieb oder Unternehmensteil zu betreiben; nicht begünstigt ist die sofortige Abwicklung der übernommenen Geschäftstätigkeit (EuGH-Urteil, Zita Modes, UR 2004, 19 Rdnr. 44; BFH-Urteile vom 18.9.2008, V R 21/07, BFHE 222, 170 = BStBl. II 2009, S. 254 unter II. 1. a) Rdnr. 20; vom 30.4.2009, V R 4/07, BFHE 226, 138 = BStBl. II 2009, S. 863 unter II. 2. a) Rdnr. 25). Der Erwerber darf aber den von ihm erworbenen Geschäftsbetrieb zum Beispiel aus betriebswirtschaftlichen oder kaufmännischen Gründen in seinem Zuschnitt ändern oder modernisieren (vgl. BFH-Urteile vom 23.8.2007, V R 14/05, BFHE 219, 229 = BStBl. II 2008, S. 165 unter II. 1. b) Rdnr. 31; in BFHE 239, 359 = BStBl. II 2013, S. 221 Rdnr. 22). Auch der Name des Unternehmens darf, wie im Streitfall durch eine Umbenennung möglicherweise geschehen, geändert werden (vgl. BFH, Urteil vom 29.8.2012, XI R 1/11, BFHE 239, 175 = BStBl. II 2013, S. 301 Rdnr. 24).

54 e) Ob das übertragene Unternehmensvermögen als hinreichendes Ganzes die Ausübung einer wirtschaftlichen Tätigkeit ermöglicht, und ob die vor und nach der Übertragung ausgeübten Tätigkeiten übereinstimmen oder sich hinreichend ähneln, ist von den nationalen Gerichten (vgl. BFH, Urteil vom 27.1.2011, V R 38/09, BFHE 232, 278 = BStBl. II 2012, S. 68 Rdnr. 53) im Rahmen einer Gesamtwürdigung (vgl. BFH-Urteile vom 5.6.2014, V R 10/13, BFH/NV 2014, 1600 Rdnr. 10; in BFHE 250, 240 = BStBl. II 2015, S. 908 Rdnr. 27) zu entscheiden. Dabei ist der Art der wirtschaftlichen Tätigkeit, deren Fortführung geplant ist, besondere Bedeutung zuzumessen (vgl. EuGH-Urteil, Schriever, BStBl. II 2012, S. 848 Rdnr. 32; BFH, Urteil vom 12.8.2015, XI R 16/14, BFHE 251, 275 = BFH/NV 2016, 346 Rdnr. 25). Die vom FG als Tatsacheninstanz vorzunehmende Gesamtwürdigung ist im Revisionsverfahren nur in den Grenzen des § 118 Abs. 2 FGO überprüfbar (vgl. BFH-Urteile in BFH/NV 2014, 1603 Rdnr. 15; in BFHE 251, 275 = BFH/NV 2016, 346 Rdnr. 32).

55 Im Rahmen der Prüfung ist – insoweit entgegen der Auffassung der Klägerin – jeder Vorgang einzeln und selbstständig zu beurteilen; Erwerbe von mehreren Personen dürfen nicht zusammengerechnet werden (vgl. EuGH-Urteil, vom 30.5.2013, X, C-651/11, UR 2013, 582 Rdnr. 47; BFH-Urteile in BFHE 250, 240 = BStBl. II 2015, S. 908 Rdnr. 29 f.; in BFHE 248, 472 = BStBl. II 2015, S. 616 Rdnr. 25 f.; in BFHE 251, 556 = BStBl. II 2017, S. 563 Rdnr. 26). Das bedeutet, dass das FG im Streitfall zu Recht angenommen hat, dass die Übertragung der Anteile an der H-GmbH & Co. KG durch die Gesellschafter der Klägerin bei der vorliegenden Beurteilung außer Betracht bleiben muss. Gleiches gilt für die anderen Leistungen zwischen P, R, der S-GmbH und der H-Beteiligungs-GmbH.

56 f) Im Streitfall hat die Erwerberin – entgegen der Auffassung des FG – die unternehmerische Tätigkeit der Klägerin fortgeführt.

57 aa) Das FG hat auf S. 27 seines Urteils (juris Rdnr. 140) das Vorliegen einer Geschäftsveräußerung mit der Begründung verneint, die Klägerin habe ein Vermietungsunternehmen gehabt, das die Erwerberin nicht habe fortführen können.

58 bb) Dies ist, wie unter II. 3. ausgeführt, bereits im Ausgangspunkt unzutreffend. Die Klägerin hat (aufgrund der Vorschrift des § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AO) als Organträgerin ein Produktionsunternehmen betrieben; die H-GmbH und die Klägerin waren insoweit als ein Unternehmen zu behandeln (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 3 UStG).

59 cc) Dieses Unternehmen hat die Erwerberin (in der Rechtsform als KG) absichtsgemäß tatsächlich völlig unverändert fortgeführt.

60 (1) Falls keine neue Organschaft mit der S-GmbH bestand, was vom Senat nach Aktenlage nicht völlig ausgeschlossen werden kann, aber von keinem Beteiligten geltend gemacht wird, tat sie dies seit dem Wegfall der Voraussetzungen der Organschaft als selbstständige Unternehmerin.

61 (2) Sofern eine neue Organschaft zur S-GmbH bestünde, deren Wirkungen auf das Inland beschränkt wären (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 2 UStG, vgl. dazu BFH, Urteil vom 22.2.2017, XI R 13/15, BFHE 257, 160 = BFH/NV 2017, 1001), gälte der

wirtschaftlich bedeutendste Unternehmensteil im Inland als Unternehmerin (§ 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 4 UStG). Dieser hätte das Unternehmen absichtsgemäß als Unternehmer fortgeführt.

62 (3) Einer Zurückverweisung bedarf es deshalb insoweit nicht.

63 g) Außerdem bildete im Streitfall das Betriebsgrundstück ein für die Fortführung der Tätigkeit ausreichendes Teilvermögen.

64 aa) Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die Klägerin ihre bisherige unternehmerische Tätigkeit in wesentlichen Teilen mit Hilfe der Erwerberin ausgeübt hat. Diese verfügte während des Bestehens der Organschaft – mit Ausnahme des Betriebsgrundstücks – ohnehin schon zivilrechtlich über sämtliche für die Fortführung der unternehmerischen Tätigkeit erforderlichen Gegenstände. Einzig das Betriebsgrundstück wurde ihr von der Klägerin zur Nutzung überlassen und musste im Streitfall zur Fortführung von ihr hinzuerworben werden.

65 bb) In einer solchen Situation (Übertragung des Betriebsgrundstücks von der bisherigen Organträgerin auf die bisherige Organgesellschaft bei Beendigung der Organschaft) bildet das Betriebsgrundstück ein hinreichendes Ganzes, mit dem die bisherige Organgesellschaft nach Beendigung der Organschaft die unternehmerische Tätigkeit als selbstständige Unternehmerin unverändert fortführen kann, wenn sie über die übrigen erforderlichen Gegenstände bereits während der Organschaft selbst verfügt hat.

66 cc) Der Annahme einer Geschäftsveräußerung in einem solchen Fall steht auch nicht entgegen, dass im sachlichen und zeitlichen Zusammenhang mit der Geschäftsaufgabe durch den Veräußerer und der Fortführung der Geschäftstätigkeit durch den Erwerber einzelne Betriebsgrundlagen nicht mitübertragen werden (vgl. BFH, Beschluss vom 18.8.2008, XI B 192/07, BFH/NV 2008, 2065 unter 1. b) und c) Rdnr. 9 f.; BFH-Urteil in BFHE 226, 138 = BStBl. II 2009, S. 863 unter II. 3. Rdnr. 31). Die Erwerberin musste insbesondere nicht zur Fortführung des Unternehmens ihre eigenen Anteile bzw. Anteile der H-Beteiligungs-GmbH erwerben. Die bei Erwerb des Betriebsgrundstücks beabsichtigte Fortführung der unternehmerischen Tätigkeit ist auch dann möglich, wenn Gesellschafterin der Erwerberin eine Dritte ist.

67 dd) Der Senat weicht damit weder vom EuGH-Urteil X (UR 2013, 582) noch von den Senatsurteilen in BFHE 250, 240 = BStBl. II 2015, S. 908 und in BFHE 248, 472 = BStBl. II 2015, S. 616 ab, an denen er festhält (vgl. zur Abgrenzung auch BFH-Urteil in BFHE 262, 286 = BStBl. II 2019, S. 378 Rdnr. 40 ff.). Einer Zusammenschau mehrerer Erwerbe bedarf es in einer solchen Situation gerade nicht.

68 ee) Nichts anderes ergäbe sich, wenn – was vom Senat nicht beurteilt werden kann – zwischen der in Österreich ansässigen S-GmbH und der Erwerberin eine Organschaft bestünde, deren Wirkungen auf das Inland beschränkt wären (vgl. dazu oben unter II. 5. f) cc)). Dass ggf. der neue Organträger und nicht die Erwerberin Unternehmerin wäre, änderte nichts daran, dass in jedem Fall der in § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 4 UStG genannte Organträger aufgrund der Übertragung des

Betriebsgrundstücks über das für eine Fortführung erforderliche Vermögen verfügen würde. Statt der Erwerberin würden dann der wirtschaftlich bedeutendste Betriebsteil im Inland mit dem Vermögen der Erwerberin (einschließlich des zivilrechtlich hinzuerworbenen Betriebsgrundstücks) über ein hinreichendes Ganzes verfügen, mit dem er die Tätigkeit fortsetzen könnte.

69 6. Dass zwischen dem schuldrechtlichen Abschluss des Vertrags vom 17.2.2005 und der Lieferung des Grundstücks am 2.4.2005 die Organschaft endete, ändert an dieser Beurteilung nichts.

70 a) Das FG hat sich auf den S. 16 ff. seiner Entscheidung (juris Rdnr. 75 ff.) ausführlich mit der Frage auseinandergesetzt, wann die Organschaft, von deren Bestehen aus Vertrauensschutzgründen am 17.2.2005 auszugehen ist, nach Auffassung des V. und XI. Senats des BFH geendet habe. Es hat dazu die Meinung vertreten, dass nach Auffassung beider Umsatzsteuersenate des BFH am 22.3.2005 die Organschaft geendet habe, und zwar entweder (juris Rdnr. 90) durch die Umwandlung der Organgesellschaft in eine KG (vgl. dazu BFH, Urteil vom 2.12.2015, V R 25/13, BFHE 251, 534 = BStBl. II 2017, S. 547) oder (juris Rdnr. 106) aufgrund eines fehlenden Unterordnungsverhältnisses (vgl. BFH, Urteil vom 2.12.2015, V R 15/14, BFHE 252, 158 = BStBl. II 2017, S. 553).

71 b) Der Senat lässt mangels Entscheidungserheblichkeit offen, ob er dieser Begründung folgen könnte (vgl. dazu BFH-Urteile vom 19.1.2016, XI R 38/12, BFHE 252, 516 = BStBl. II 2017, S. 567; vom 1.6.2016, XI R 17/11, BFHE 254, 164 = BStBl. II 2017, S. 581).

72 aa) Nach der früheren Rechtsprechung des BFH konnte eine KG – als Personengesellschaft – nicht als juristische Person i. S. d. § 2 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 UStG angesehen werden und mithin umsatzsteuerrechtlich nicht als Organgesellschaft in ein anderes Unternehmen eingegliedert sein (vgl. BFH-Urteile vom 7.12.1978, V R 22/74, BFHE 127, 262 = BStBl. II 1979, S. 356 unter I. 5.; vom 8.2.1979, V R 101/78, BFHE 127, 267 = BStBl. II 1979, S. 362 unter 5. und 6.; vom 26.6.1986, V R 57/77, juris; vom 19.5.2005, V R 31/03, BFHE 210, 167 = BStBl. II 2005, S. 671 unter II. 2. b) cc)). Soweit der BFH diese Rechtsprechung mittlerweile geändert hat (vgl. BFH-Urteile in BFHE 251, 534 = BStBl. II 2017, S. 547 und in BFHE 252, 516 = BStBl. II 2017, S. 567), dürfte dies wegen § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AO nicht zum Nachteil der Klägerin berücksichtigt werden.

73 bb) Aber auch soweit die BFH-Urteile in BFHE 251, 534 = BStBl. II 2017, S. 547 und in BFHE 252, 516 = BStBl. II 2017, S. 567 für die Klägerin günstig sind, hat die Organschaft im Streitfall vor dem 2.4.2005 geendet. Spätestens am 1.4.2005 haben P und R ihre Anteile an der H-Beteiligungs-GmbH an die S-GmbH übertragen. Davon ist auch das FG ausgegangen (juris Rdnr. 108). Auch nach den Kriterien des Art. 4 Abs. 4 Unterabs. 2 der Richtlinie 77/388/EWG bestand deshalb seit dem 1.4.2005 keine Organschaft mehr. Es bestanden zwischen (aufgrund von § 176 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 AO: den Gesellschaftern) der Klägerin und der Erwerberin keine gegenseitigen finanziellen Beziehungen mehr. Die Klägerin und die Erwerberin waren nicht mehr Schwestergesellschaften.

74 c) Rechtsfolge des Wegfalls der Organschaft war zwar, dass die Klägerin bei Lieferung des Grundstücks am 2.4.2005 nicht mehr mithilfe der Erwerberin ein Produktionsunternehmen betrieb, die Umsätze der Erwerberin nicht mehr der Klägerin zuzurechnen waren und die Lieferung des Grundstücks kein Innenumsatz mehr war. Die Erwerberin (oder die neue Organträgerin der Erwerberin) war aber an diesem Tag selbstständige Unternehmerin. Die Erwerberin führte daher bereits spätestens seit dem 1.4.2005 das Produktionsunternehmen tatsächlich fort (II. 5. f) cc)).

75 d) Dass die Fortführung des Produktionsunternehmens durch die Erwerberin vor der Übertragung des Grundstücks erfolgte, sodass bei Übertragung die Produktionstätigkeit der Klägerin schon beendet war, ist indes für die Fortführung unschädlich.

76 aa) Für diese Beurteilung spricht, dass nach der Rechtsprechung des BFH (vgl. BFH-Urteile vom 24.2.2005, V R 45/02, BFHE 210, 146 = BStBl. II 2007, S. 61 unter II. 1. a) Rdnr. 20; in BFHE 222, 170 = BStBl. II 2009, S. 254 unter II. 1. c) Rdnr. 22; vom 28.10.2010, V R 22/09, BFH/NV 2011, 854 Rdnr. 22; in BFHE 251, 275 = BFH/NV 2016, 346 Rdnr. 27) die Klägerin nach dem Wegfall der Organschaft bis zur Übertragung des Betriebsgrundstücks am 2.4.2005 kein Vermietungsunternehmen betrieb; denn eine Vermietung für allenfalls wenige Tage ist nicht nachhaltig. Es stand aufgrund von § 6 Abs. 3 des Übertragungsvertrages vom 17.2.2005 fest, dass die Vermietung mit dem Übergang von Besitz, Nutzen und Lasten am Betriebsgrundstück endet. Die unternehmerische Produktionstätigkeit der Klägerin war folglich beendet, ohne dass sie in der Zwischenzeit ein Verpachtungsunternehmen betrieben hätte, das nunmehr hätte Gegenstand einer Geschäftsveräußerung sein können.

77 Dies entspricht im Übrigen auch der Auffassung des FG auf den S. 11 und 28 seines Urteils (juris Rdnr. 42, 143 ff.); denn das FG geht nicht davon aus, dass eine (erste) Berichtigung vor dem 2.4.2005 zu erfolgen hat, weil die Klägerin ein früher umsatzsteuerpflichtig verwendetes Betriebsgrundstück nach Wegfall der Organschaft für die Zwecke einer (mangels Option) nach § 4 Nr. 12 Satz 1 UStG umsatzsteuerfreien Vermietungstätigkeit genutzt hätte, sondern sieht erst die Veräußerung am 2.4.2005 als schädlich an.

78 bb) Bestätigt wird die Unschädlichkeit der Fortführung vor der Übertragung durch das BFH-Urteil in BFH/NV 2010, 1873 (Rdnr. 19 f.) zur kurzfristigen Unterbrechung der Verpachtungstätigkeit, durch die Rechtsprechung des BFH zur Zulässigkeit von Durchgangserwerben (vgl. dazu BFH-Urteile vom 25.11.2015, V R 66/14, BFHE 251, 526 = BFH/NV 2016, 497 Rdnr. 29; in BFHE 254, 283 = BStBl. II 2016, S. 909 Rdnr. 41 f.; BFH-Beschluss in BFH/NV 2016, 1306 Rdnr. 21), die umsatzsteuerrechtliche Rechtsprechung des BFH zu leerstehenden Ferienwohnungen und Gebäudeteilen (vgl. BFH-Urteile in BFHE 226, 138 = BStBl. II 2009, S. 863 unter II. 3. Rdnr. 30; in BFH/NV 2014, 1600 Rdnr. 12), sowie die BFH-Urteile in BFHE 200, 97 = BStBl. II 2004, S. 626 und vom 30.1.2014, V R 33/13, BFH/NV 2014, 1238 und den BFH-Beschluss vom 6.6.2006, V B 142/05, BFH/NV 2006, 2088. Berücksichtigt werden darf auch, dass sich an der tatsächlichen Nutzung des Grundstücks für die Produktionstätigkeit

durch den Wegfall der Organschaft nichts geändert hat (vgl. dazu auch EuGH-Urteil vom 27.3.2019, Mydibel, C-201/18, DStR 2019, 792 Rdnr. 28 f. zu Art. 184 f. MwStSystRL) und durch den Vertrag vom 17.2.2005 sichergestellt war, dass das Grundstück auf Dauer weiter für das bisherige Unternehmen verwendet wird.

79 cc) Ist danach unschädlich, dass – wie nach dem Vertrag vom 17.2.2005 von vornherein vereinbart – zwischen der Beendigung der unternehmerischen Tätigkeit „Produktion“ durch die Klägerin nebst Fortführung durch die Erwerberin (in ihrer neuen Rechtsform als KG bzw. durch die neue Organträgerin der Erwerberin) und der Übertragung des Grundstücks ein Zeitraum von einem oder mehreren Tagen liegen kann, muss der Senat nicht entscheiden, wann genau im Streitfall die Voraussetzungen der Organschaft weggefallen sind.

80 7. Die Sache ist spruchreif. Liegt ein Fall des § 15a Abs. 6a UStG a. F. vor, ist keine Berichtigung des Vorsteuerabzugs vorzunehmen. Die Vorentscheidung, die Einspruchsentscheidung und der angefochtene Änderungsbescheid sind aufzuheben, da infolge der Außenprüfung keine weiteren Änderungen erfolgt sind.

(...)

29. Kein wirtschaftliches Eigentum eines Sondernutzungsberechtigten

BFH, Urteil vom 5.7.2018, VI R 67/15 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 12.6.2015, 4 K 4110/13)

EStG § 4 Abs. 1 Satz 2

AO § 36 Abs. 1 und 2 Nr. 1

LEITSATZ:

Der Sondernutzungsberechtigte hat über seinen Miteigentumsanteil hinaus in der Regel kein wirtschaftliches Eigentum an dem ihm zur Nutzung überlassenen Gemeinschaftseigentum.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten streiten darüber, ob ein Sondernutzungsrecht nach dem WEG wirtschaftliches Eigentum an einem landwirtschaftlich genutzten Grundstück begründet.

2 Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) sind Eheleute, die für die Streitjahre (2010 und 2011) zur Einkommensteuer zusammen veranlagt wurden. Der Kläger betreibt eine landwirtschaftliche Rinderhaltung in E. Seinen Gewinn ermittelte er nach Durchschnittssätzen gemäß § 13a EStG für das Normalwirtschaftsjahr vom 1. Juli bis zum 30. Juni des Folgejahres (§ 4a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG). Zum Betriebsvermögen gehörte u. a. das Grundstück Flur 11 Flurstück 20, auf dem sich auch das (frühere) Wohnhaus, eine Mehrzweckhalle und die Wirtschaftsgebäude des landwirtschaftlichen Betriebs befanden.

3 Mit notariellem Vertrag vom Januar 2011 teilte der Kläger dieses Grundstück in zwei Wohnungs- und Teileigentumsanteile zum Zweck der geplanten Errichtung eines Doppelhauses zu Wohnzwecken. Die Wohneinheit 1 umfasste nach der Teilungserklärung einen Miteigentumsanteil von 55/100 am Grundstück Flur 11 Flurstück 20 verbunden mit dem Sondereigentum an der südlichen Hälfte des geplanten Wohnhauses sowie mit dem Sondereigentum an sämtlichen landwirtschaftlichen Gebäuden. Die Wohneinheit 2 umfasste einen Miteigentumsanteil von 45/100 am Grundstück Flur 11 Flurstück 20 verbunden mit dem Sondereigentum an der nördlichen Hälfte des geplanten Wohnhauses. Darüber hinaus wurde das Sondereigentum an der Wohneinheit 1 mit dem Sondernutzungsrecht an der gesamten Grundstücksfläche mit Ausnahme des Gartens und der Zufahrt der Wohneinheit 2 verbunden. Dem Eigentümer der Wohneinheit 1 oblag nach dem Vertrag die Unterhaltungspflicht bezüglich der landwirtschaftlichen Gebäude und der landwirtschaftlich genutzten Grundstücksfläche.

4 Mit notariellem Vertrag vom Januar 2011 übertrug der Kläger die Wohneinheit 2 im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf seine älteste Tochter (T). Der Übergang von Besitz, Nutzungen und Lasten war bereits mit Ablauf des 31.12.2010 vereinbart. Die Kosten für die Errichtung des geplanten Doppelhauses sollten für jeden Gebäudeteil vom jeweiligen Eigentümer getragen werden. T bestellte den Klägern ein unentgeltliches Altenteilsrecht. Sie erklärte, mit der Übertragung von allen erbrechtlichen Ansprüchen gegenüber ihren Eltern abgefunden zu sein (Pflichtteilsverzicht).

5 Die Wohneinheit 1 verblieb beim Kläger. Die hierauf in der Folgezeit auf seine Kosten errichtete Doppelhaushälfte wird von ihm und seiner Familie bewohnt.

6 In seiner Gewinnermittlung für das Wirtschaftsjahr 2010/2011 gab der Kläger neben dem Grundbetrag für die landwirtschaftliche Nutzung auch einen Gewinn nach § 13a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EStG aus der Entnahme von Grund und Boden für die an T übertragene Grundstücksfläche von 202,50 m² i. H. v. 5.025 € an.

7 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) legte den Einkommensteuerbescheiden für die Streitjahre demgegenüber einen Entnahmegewinn in Höhe von insgesamt 54.103 € zugrunde. Er ging dabei davon aus, dass entsprechend dem auf T übertragenen Grundstücksanteil nicht lediglich 202,50 m², sondern 45/100 der gesamten Grundstücksfläche sowie die landwirtschaftlichen Gebäude entnommen worden seien.

8 Die hiergegen eingelegten Einsprüche hatten insoweit Erfolg, als das FA den Entnahmegewinn um den Betrag minderte, der auf die im Sondereigentum des Klägers stehenden Wirtschaftsgebäude entfiel. Im Übrigen blieben die Einsprüche erfolglos. Die daraufhin erhobene Klage wies das FG mit den in EFG 2015, 1590 veröffentlichten Gründen ab.

9 Mit der Revision rügen die Kläger die Verletzung materiellen Rechts.

10 Die Kläger beantragen sinngemäß, das Urteil des FG Münster vom 12.6.2015, 4 K 4110/13 E aufzuheben und die Einkommensteuerbescheide für 2010 vom

11.6.2012 und für 2011 vom 16.9.2013 i. d. F. der Einspruchsentscheidung vom 3.12.2013 dahin gehend zu ändern, dass die Einkünfte der Kläger aus Land- und Forstwirtschaft um jeweils 16.941 € herabgesetzt werden.

11 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

12 II. Die Revision der Kläger ist unbegründet und deshalb nach § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Das FG hat zu Recht entschieden, dass der Kläger im Wirtschaftsjahr 2010/2011 einen Gewinn aus der Entnahme von 45/100 des Grundstücks Flur 11 Flurstück 20 erzielte, der gemäß § 13a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EStG in den Durchschnittssatzgewinn einzubeziehen war.

13 1. Bei der Gewinnermittlung nach Durchschnittssätzen gemäß § 13a EStG sind Gewinne aus der Entnahme von Grund und Boden und Gebäuden, soweit sie insgesamt 1.534 € übersteigen, zusätzlich zum Grundbetrag anzusetzen (§ 13a Abs. 6 Satz 1 Nr. 2 EStG).

14 Entnahmen sind alle Wirtschaftsgüter (Barentnahmen, Waren, Erzeugnisse, Nutzungen und Leistungen), die der Steuerpflichtige dem Betrieb für sich, für seinen Haushalt oder für andere betriebsfremde Zwecke im Laufe des Wirtschaftsjahres entnommen hat (§ 4 Abs. 1 Satz 2 EStG). Dies ist durch eine eindeutige Entnahmehandlung, durch schlüssiges Verfahren oder durch einen Rechtsvorgang möglich. Eine Entnahme durch einen Rechtsvorgang liegt immer dann vor, wenn sich die Rechtszuständigkeit für das Wirtschaftsgut ändert (zum Beispiel BFH-Urteile vom 15.4.1993, IV R 12/91, BFH/NV 1994, 87 und vom 26.1.1995, IV R 39/93, BFH/NV 1995, 873, jeweils m. w. N.).

15 2. Das streitbefangene landwirtschaftlich genutzte Grundstück gehörte vor seiner Aufteilung in Miteigentumsanteile im Verhältnis 45/100 zu 55/100 zum land- und forstwirtschaftlichen Betriebsvermögen des Klägers. An der Zugehörigkeit des Grundstücks zum Betriebsvermögen hat sich durch die Teilungserklärung vom Januar 2011 nichts geändert. Es wurde hierdurch nur in zwei selbstständige Wirtschaftsgüter geteilt (BFH, Urteil vom 18.3.1994, III R 6/92, BFH/NV 1994, 780).

16 3. Das FG ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Kläger durch die Übertragung des Miteigentumsanteils von 45/100 am Grundstück Flur 11 Flurstück 20 nicht nur das rechtliche, sondern auch das wirtschaftliche Eigentum hieran verloren hat. Da Betriebsvermögen nur solche Wirtschaftsgüter sein können, die dem Betriebsinhaber als eigene zuzurechnen sind (§ 39 AO; zum Beispiel BFH, Urteil vom 22.4.2015, X R 8/13, BFH/NV 2015, 1409 Rdnr. 24), und die Übereignung des Miteigentumsanteils auf außerbetrieblichen (familiären) Gründen beruhte, hat er das Grundstück entsprechend der Miteigentumsquote der T von 45/100 seinem Betriebsvermögen entnommen (zur Erfassung von Miteigentumsanteilen im Betriebsvermögen siehe BFH-Urteile vom 2.12.2004, III R 77/03, BFHE 208, 215 = BStBl. II 2005, S. 340 und vom 8.3.1990, IV R 60/89, BFHE 160, 443 = BStBl. II 1994, S. 559).

17 a) Wirtschaftsgüter sind nach § 39 Abs. 1 AO grundsätzlich dem zivilrechtlichen Eigentümer zuzurechnen. Übt ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirt-

schaftsgut in der Weise aus, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, so ist ihm das Wirtschaftsgut zuzurechnen (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO).

18 aa) Diese Definition des wirtschaftlichen Eigentums umfasst eine Vielzahl ungleichartiger „zivilrechtlicher Rechtslagen“, die Nichteigentümern eine eigentumsähnliche Rechtsposition verschaffen. Die Anwendung des § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO erfordert deshalb nach der Rechtsprechung die Bildung von Fallgruppen und deren wertende Zuordnung (BFH, Urteil vom 13.10.2016, IV R 33/13, BFHE 255, 386 = BStBl. II 2018, 81 Rdnr. 26 f.). Ein wirtschaftlicher Ausschluss des zivilrechtlichen Eigentümers i. S. d. § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO wird u. a. angenommen, wenn der Herausgabeanspruch des Eigentümers keine wirtschaftliche Bedeutung mehr hat (BFH-Urteil in BFHE 255, 386 = BStBl. II 2018, S. 81 Rdnr. 27; grundlegend BFH, Urteil vom 26.1.1970, IV R 144/66, BFHE 97, 466 = BStBl. II 1970, S. 264 unter C. III. 1.). Ob diese Voraussetzungen vorliegen, ist nach dem Gesamtbild der Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall zu beurteilen.

19 bb) Ein schuldrechtlich oder dinglich Nutzungsberechtigter hat in der Regel kein wirtschaftliches Eigentum an dem ihm zur Nutzung überlassenen Wirtschaftsgut (BFH-Urteile vom 24.6.2004, III R 42/02, BFH/NV 2005, 164; vom 29.3.2007, IX R 14/06, BFH/NV 2007, 1471). Denn er ist lediglich befugt, eine fremde Sache zu nutzen, nicht aber wie ein Eigentümer mit der Sache nach Belieben zu verfahren. So begründet auch das eigentumsähnlich ausgestaltete (veräußerliche und vererbliche) Dauerwohnrecht i. S. d. §§ 31 ff. WEG oder ein vergleichbar ausgestaltetes schuldrechtliches Dauerwohnrecht grundsätzlich kein wirtschaftliches Eigentum (BFH-Urteile in BFH/NV 2005, 164 und in BFH/NV 2007, 1471, jeweils m. w. N.). Die anderslautenden BFH-Urteile vom 8.3.1977 VIII R 180/74 (BFHE 122, 64 = BStBl. II 1977, S. 629) und vom 21.6.1977, VIII R 18/75 (BFHE 124, 313 = BStBl. II 1978, S. 303) sind überholt (BFH, Urteil vom 26.11.1998, IV R 39/98, BFHE 187, 390 = BStBl. II 1999, S. 263 m. w. N.).

20 Etwas anderes kann dann gelten, wenn der Nutzungsberechtigte statt des Eigentümers die Kosten der Anschaffung oder Herstellung eines von ihm selbst genutzten Wirtschaftsguts trägt und ihm auf Dauer, nämlich für die voraussichtliche Nutzungsdauer, Substanz und Ertrag des Wirtschaftsguts wirtschaftlich zustehen (st. Rspr., zum Beispiel BFH-Urteile in BFHE 255, 386 = BStBl. II 2018, S. 81 Rdnr. 28 m. w. N.; vom 2.6.2016, IV R 23/13, BFH/NV 2016, 1433 Rdnr. 31).

21 b) Der Kläger ist aufgrund des in Rede stehenden Sondernutzungsrechts weder wie ein zivilrechtlicher Eigentümer zur umfassenden Nutzung des im Gemeinschaftseigentum stehenden Grundstücks berechtigt noch stehen ihm für die voraussichtliche (unbegrenzte) Nutzungsdauer des Grundstücks Substanz und Ertrag zu.

22 aa) Ein Sondernutzungsrecht ist das durch Vereinbarung begründete eigentumsähnliche Recht eines Wohnungs- oder Teileigentümers, abweichend von der Regel des § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG, Teile des Gemeinschaftseigentums allein, also unter Ausschluss der übrigen Miteigentümer, zu nutzen (zum

Beispiel BGH-Urteile vom 13.1.2017, V ZR 96/16, MDR 2017, 511 Rdnr. 31; vom 21.10.2016, V ZR 78/16, MDR 2017, 388 Rdnr. 10; vom 8.4.2016, V ZR 191/15, MDR 2016, 1324 Rdnr. 14 und vom 2.12.2011, V ZR 74/11, MDR 2012, 207 Rdnr. 10).

23 Das Sondernutzungsrecht ist regelmäßig auf Dauer der Gemeinschaft angelegt, die nach § 11 WEG grundsätzlich unauflöslich ist (Staudinger/Kreuzer, Neub. 2018, § 13 WEG Rdnr. 28). Wird sie jedoch aufgelöst, was kraft Gesetzes bei Vereinigung aller Wohnungseigentumsrechte oder durch einvernehmliche Aufhebung des Sondereigentums oder bei völliger oder teilweiser Zerstörung des Gebäudes auf Verlangen eines Wohnungseigentümers, sofern eine Vereinbarung nach § 11 Abs. 1 Satz 3 WEG dies vorsieht, möglich ist, erlischt es. Es endet ferner, sofern es nicht auflösend bedingt oder befristet begründet wurde, durch Aufhebung als „actus contrarius“ zu seiner Begründung (BGH, Beschluss vom 13.9.2000, V ZB 14/00, BGHZ 145, 133 unter III. 2.; Bärmann/Suilmann, WEG, 13. Aufl., § 13 Rdnr. 130).

24 Die Nutzungsbefugnis reicht nur, soweit sie eingeräumt ist (Bärmann/Suilmann, WEG, § 13 Rdnr. 98; Staudinger/Kreuzer, § 13 WEG Rdnr. 31 ff.). Eine schrankenlose Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums erlaubt das Sondernutzungsrecht nicht. So darf die Nutzung nicht für die anderen Wohnungseigentümer mit erheblichen Nachteilen verbunden sein. Ferner ist der Sondernutzungsrechte zur Vornahme baulicher Veränderungen und damit zur dauerhaften Umgestaltung des Gemeinschaftseigentums, die über eine ordnungsgemäße Instandhaltung und Instandsetzung hinausgeht, sowie zur Veränderung des äußeren Erscheinungsbilds der Gesamtanlage nicht befugt (Bärmann/Suilmann, WEG, § 13 Rdnr. 98). Da das Sondernutzungsrecht schuldrechtlichen Charakter hat, wirkt es überdies einem Rechtsnachfolger gegenüber nur, wenn es im Grundbuch vermerkt ist (BGH-Beschluss in BGHZ 145, 133 unter III. 3.; Staudinger/Kreuzer, § 13 WEG Rdnr. 28, 39).

25 bb) Es bedarf im Streitfall keiner Entscheidung, ob das Sondernutzungsrecht in Einzelfällen in der Weise gestaltet werden kann, dass im wirtschaftlichen Ergebnis jeder Wohnungseigentümer steuerrechtlich so gestellt wird, als ob er Alleineigentümer der Sondernutzungsflächen seines Gebäudes wäre (Staudinger/Rapp, Einl. 1 zum WEG Rdnr. 69 m. w. N.; Beck'sches Notarhandbuch/Rapp, A. III. Rdnr. 5, 52 ff.). Denn das streitgegenständliche Sondernutzungsrecht vermittelt dem Kläger jedenfalls keine einem Eigentümer vergleichbare Rechtsposition.

26 Ausweislich der Teilungserklärung vom Januar 2011 ist der Kläger lediglich zur unbefristeten landwirtschaftlichen Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums befugt. Eine anderweitige Nutzung ist nicht genannt und daher ohne Zustimmung der Miteigentümerin untersagt. Ferner enthält die Teilungserklärung vom Januar 2011 keine Bebauungsrechte an der Sondernutzungsfläche zugunsten des Klägers. Ebenso wenig hat er dauerhaft Anteil an der Substanz des mit dem Sondernutzungsrecht belasteten Bruchteilseigentums der T. Denn im Fall der Veräußerung des gesamten Grundstücks nach Auflösung der Gemeinschaft steht T als zivilrechtlicher Eigentümerin und nicht dem Kläger der Erlös für ihren Miteigentumsanteil zu. Der

Miteigentumsanteil der T von 45/100 ist damit trotz des Sondernutzungsrechts des Klägers auch nicht wertlos. Vielmehr nimmt sie bzw. ihr Rechtsnachfolger – worauf das FG zutreffend hingewiesen hat – entsprechend ihrer Miteigentumsquote an grundstücksbezogenen Wertsteigerungen oder -minderungen teil.

27 Das im Übertragungsvertrag vom Januar 2011 für bestimmte Fälle vereinbarte Rückkaufsrecht des Klägers (zum Beispiel für den Fall der Veräußerung der eigenen Wohneinheit der T ohne Zustimmung des Klägers) steht dem schon deshalb nicht entgegen, weil die Rückübertragung des Eigentums nicht – wie für die Annahme wirtschaftlichen Eigentums erforderlich – allein vom Willen und Verhalten des Klägers abhängt (BFH, Urteil vom 25.6.2009, IV R 3/07, BFHE 226, 62 = BStBl. II 2010, S. 182 unter II. 3. a)), der Kläger in diesem Fall zum Wertersatz verpflichtet wäre und das schuldrechtlich vorbehaltenene Recht eines Rückerwerbs den Übergang des wirtschaftlichen Eigentums nicht hindert (BFH-Urteile in BFHE 187, 390 = BStBl. II 1999, S. 263; vom 28.7.1999, X R 38/98, BFHE 190, 139 = BStBl. II 2000, S. 653 unter II. 2. c) und vom 25.1.2017, X R 59/14, BFHE 257, 227 Rdnr. 35 m. w. N.).

(...)

SONSTIGES

TAGUNGSBERICHT

Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 11.12.2019

Von **Sophie Blumenberg**, München¹

Am 11.12.2019 fand die erste Tagung des Wintersemesters 2019/20 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Prof. Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten, Prof. Dr. *Jens Bormann*, Präsident der Bundesnotarkammer und Vizepräsident der Rheinischen Notarkammer, Dr. *Peter Stelmaszczyk*, Geschäftsführer der Bundesnotarkammer, Referat für Gesellschaftsrecht im Brüsseler Büro der Bundesnotarkammer sowie Prof. Dr. *Jan Lieder*, Universität Freiburg, vor und übergab das Wort zunächst an *Bormann* und *Stelmaszczyk*.

Die Referenten widmeten ihren Vortrag dem Thema „Das EU-Company Law Package im Spiegel des Wettbewerbs der Rechtsordnungen“. Einleitend erörterten *Bormann* und *Stelmaszczyk* den legislativen Wettbewerb, auf dem traditionell angelsächsisch geprägte Rechtsordnungen (Common Law) mit kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen (Civil Law) konkurrieren würden. Das kontinentaleuropäische Gesellschaftsrecht sehe sich zunehmenden Expansionsbestrebungen des angloamerikanischen Rechts ausgesetzt, beispielsweise durch die Doing Business Reports der Weltbank und Legislativempfehlungen sowie Model Laws der UNCITRAL. Dabei herrsche das Narrativ vor, das angloamerikanische Company Law sei modern, effizient und günstig, während das kontinentaleuropäische Gesellschaftsrecht schwerfällig, kostspielig und gar mittelalterlich sei.

Vor diesem Hintergrund skizzierten *Bormann* und *Stelmaszczyk* sodann die wesentlichen unterschiedlichen gesellschaftsrechtlichen Ansätze. Strukturell verfolge das kontinentaleuropäische Gesellschaftsrecht einen Stakeholder-Ansatz, was sich beispielweise an der weitreichenden Ausgestaltung des Schutzes von Minderheitsgesellschaftern zeige. Das angloamerikanische Recht sei hingegen von einer anderen Leitvorstellung getragen, die die Theorie der privatautonomen Verträge und den Shareholder-Value-Ansatz zur Grundlage habe. Rudimentäre Gegensätze zeigten sich, so *Bormann* und

Stelmaszczyk weiter, insbesondere bei der Gesellschaftsgründung. Die bei der Gründung einer deutschen GmbH erforderliche Beurkundung bezwecke die Prüfung der Identität der Gesellschafter und deren Geschäftsfähigkeit, der Rechtmäßigkeit der Satzung sowie Beratung und Belehrung. Der damit verbundene Zeit- und Kostenaufwand im Vorfeld der Eintragung rechtfertige sich durch die Vermeidung von Rechtsunsicherheiten und Streitigkeiten im Lebenszyklus der GmbH. Zudem werde damit eine weitgehende Gestaltungsfreiheit bei der Ausgestaltung der Gesellschaft gewährleistet, um spezifischen Bedürfnissen der Praxis gerecht zu werden.

Während die deutsche Rechtsordnung damit als Ausgangspunkt die Komplexität des Gesellschaftsrechts wähle, habe die Limited in Großbritannien durch den Companies Act 2006 eine bewusste Deregulierung erfahren. So sei dort eine Online-Gründung ohne physische Präsenz der Beteiligten vor einer zuständigen öffentlichen Stelle möglich. Individuelle Regelungen würden – anders als im deutschen GmbH-Recht – nicht auf Satzungsebene geregelt, sondern in schuldrechtliche Gesellschaftervereinbarungen (Shareholder Agreements) ausgelagert, die keinerlei Publizität erführen. Das englische „Handelsregister“ (Companies House) sei daher bloß eine Datenbank über Unternehmen und keine verlässliche Informationsquelle für den Rechtsverkehr. Die Schnelligkeit dieses Systems ziehe Missbrauchsanfälligkeit und Unsicherheit nach sich. Ähnliches stellten die Referenten sodann hinsichtlich der amerikanischen Delaware Corporation fest. Ein hybrides Modell halte die estnische Rechtsordnung bereit, wo der Gründer einer GmbH vor der Wahl stünde, die reguläre Gründung mit Beurkundung durch einen Notar oder die unter gewissen Voraussetzungen mögliche Online-Gründung im vereinfachten Verfahren zu wählen.

Aus dem Vergleich der unterschiedlichen Gesellschaftsrechtsmodelle zogen die Referenten den Schluss, dass das deutsche Gesellschaftsrecht in der weltweiten Betrachtung zu Unrecht negativ konnotiert sei, da es die größtmögliche Gestaltungsfreiheit für die Gesellschafter bereithalte und gleichzeitig langfristige Vorteile biete, die den erhöhten Gründungsaufwand durch geringe Folgekosten rechtfertigten.

Bormann und *Stelmaszczyk* widmeten sich daraufhin dem EU Company Law Package, welches die Harmonisierung des Gesellschaftsrechts sowie die Einführung digitaler Werkzeuge

¹ Die Autorin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

und Verfahren bezwecke. Ergebnis des in nur einem Jahr durchgeführten Gesetzgebungsverfahrens sei, dass die Gründung von Kapitalgesellschaften, mindestens der GmbH, in jedem Mitgliedstaat nun vollständig online möglich sein müsste und die Gründer nicht mehr persönlich vor dem Notar zu erscheinen hätten.

Anschließend beleuchteten die Referenten die nationale Umsetzung. Den Mitgliedstaaten stehe es frei, das Online-Verfahren unter Mitwirkung des Notars auszugestalten, sodass in Deutschland die Verlässlichkeit der Handelsregisterinformation auch zukünftig gewährleistet werde. Ziel der Umsetzung sei daher die bruchfreie Übertragung der zentralen Funktionselemente der notariellen Beurkundung in die digitale Welt. Die Umsetzung halte einige Herausforderungen bereit, hinsichtlich derer die Referenten bereits Lösungsansätze anboten. *Bormann* und *Stelmaszczyk* stellten dabei den von der Bundesnotarkammer entworfenen Prototyp einer Beurkundung via Videokonferenz vor. So könne ein digitales Beurkundungsverfahren via Videokonferenz zwischen den Parteien und dem Notar eingerichtet werden, bei dem die eigenhändige Unterschrift durch die elektronische Signatur und die Identifizierung bei persönlichem Erscheinen durch den Abgleich eines vom Notar einsehbaren Lichtbildes mit dem Videobild ersetzt werden könne.

Die Referenten schlossen mit dem Fazit, dass der wertende Rechtsvergleich Vorzüge des kontinentaleuropäischen Civil Law sowohl gegenüber dem Common Law als auch gegenüber hybriden Modellen aufzeige. Der strukturelle Vorteil des kontinentaleuropäischen Gesellschaftsrechts liege – auch im digitalen Zeitalter – in seiner Einbettung in ein effizientes System der vorsorgenden Rechtspflege. In diesem System fungiere der Notar weiterhin, auch nach Einführung des EU Company Law Package, als Gatekeeper. Die Referenten begrüßten, dass das EU Company Law Package Digitalisierung und ein gut funktionierendes System der vorsorgenden Rechtspflege in Einklang brächten, während disruptive Eingriffe in etablierte Strukturen vermieden würden. *Bormann* und *Stelmaszczyk* schlossen mit einem großen Lob an den Unionsgesetzgeber dafür, dass er das vermeintlich effiziente Regelungsangebot nicht rezipiert, sondern europäische Lösungen entwickelt habe, die der Tradition folgen und vorsorgende Rechtspflege sowie den Stakeholderschutz hochhalten würden.

Den zweiten Vortrag widmete der Referent *Lieder* dem Thema „Digitalisierung im Lichte nationaler Rechtstraditionen“. Der Referent begann mit einem Blick auf die vierte industrielle Revolution (Industrie 4.0) als kombinierten Einsatz einer ganzen Reihe neuer digitaler Technologien. Die Digitalisierung sei als Aufbruch zu verstehen, die den Rechtsanwender und Gesetzgeber vor Herausforderungen stelle. Dabei eröffneten sich die Grundsatzfragen danach, welche Auswirkungen die Digitalisierung auf den Wettbewerb der Rechtsordnungen habe und welche Rolle nationale Rechtstraditionen in diesem Zusammenhang spielten.

Zunächst skizzierte der Referent die Grundlagen des Wettbewerbs der Rechtsordnungen. Dabei sei voranzustellen, dass der Wettbewerb der Rechtsordnungen ungleich des Wettbewerbs im wirtschaftlichen Sinne nicht von ökonomischen Realitäten geleitet werde, sondern vom staatlichen Rechtssetzungsmonopol. Voraussetzungen des Wettbewerbs seien An-

reize finanzieller und ideeller Art sowie die Permeabilität zwischen Rechtsstandorten. Ein solcher sei in Europa erst durch die EuGH-Rechtsprechung (*Centros* bis *Polbud*) ermöglicht worden. Zu beachten sei allerdings die Pfadabhängigkeit der nationalen Rechtsordnungen, die historisch in unterschiedliche Systeme gewachsen seien. Dies hemme im Sinne der Verhinderung von Friktionen den Wettbewerb. Die aktuelle Regulierungsentwicklung sei geprägt von horizontalem Defensivwettbewerb, der nur nachahme, anstatt innovative Rechtsprodukte auszufertigen. Mit Blick auf das europäische Gesellschaftsrecht arbeitete *Lieder* eine horizontale und eine vertikale Dimension des Wettbewerbs heraus: Einerseits veranlasste der Erfolg der englischen Limited die Mitgliedsstaaten zur Reform der kleinen Kapitalgesellschaft, in Deutschland in Form des MoMiG. Andererseits stünden sich in vertikaler Hinsicht die europäische Harmonisierung und der Wettbewerb als Antipoden gegenüber. Schließlich würde so der Spielraum des Wettbewerbs beschränkt.

Daraufhin beleuchtete der Referent die unionsweite Online-Gründung, zunächst in ihren Hintergründen und Grundlagen. Dabei verwies *Lieder* auf die Bestrebungen zur Einführung einer Online-Registrierung (SUP), die in 2014 nicht zuletzt nach der medialen Aufregung um die Panama Papers gescheitert war. Sodann ging der Referent auf die Online-Gründung im Zuge des EU Company Law Package ein. Ziel dessen sei ein fortschrittliches Gesellschaftsrecht, das die Gründung von Start-Ups, Entrepreneurship und Innovation fördere. Der Referent widmete sich unter Verweis auf den vorherigen Vortrag den Einzelheiten des EU Company Law Package, wobei er sich von dem von seinen Vorrednern vorgestellten Prototypen der Videokonferenz begeistert zeigte. Die Reform bewiese insgesamt eine bemerkenswerte Achtung nationaler Rechtstraditionen. Allgemein verdiene die unionsweite Online-Gründung damit Zustimmung. *Lieder* befasste sich sodann mit den Auswirkungen, die das EU Company Law Package auf den Wettbewerb der Rechtsordnungen habe. Die Umsetzungspflicht und die von der Richtlinie gewährten Spielräume erhöhten den Wettbewerbsdruck, während der Ansatz der Mindestharmonisierung ein grenzenloses race to the bottom verhindern würde. Im Zuge dessen bekräftigte der Dozent den hohen Nutzen und das systemprägende Gewicht der vorsorgenden Rechtspflege.

Der Referent widmete sich daraufhin der virtuellen Hauptversammlung als weiteren Schritt eines digitalisierten Gesellschaftsrechts. Rein virtuelle Versammlungen seien de lege lata bei entsprechender Regelungen im Gesellschaftsvertrag bei der GmbH ohne Weiteres zulässig, jedoch nicht bei einer AG. Insofern hänge das deutsche Aktienrecht im weltweiten Vergleich zurück. Eine rein virtuelle Hauptversammlung sei ein Innovationsmodell für den Wettbewerb um Investoren. Dabei wäre auch die Online-Beurkundung durch einen Notar angezeigt. Hinsichtlich der technischen Grundlagen führte *Lieder* die Blockchain-Theorie ins Feld. An die Grenzen ihrer Leistungsfähigkeit stoße diese Technologie allerdings dergestalt, dass sie die inhaltliche Richtigkeit der eingespeisten Daten nicht garantieren könne. Zur Gewährleistung der materiellen Richtigkeit könne jedenfalls in besonders sensiblen Bereichen auf vorsorgende Rechtspflege deutscher Provenienz, namentlich durch den Notar, nicht verzichtet werden.

Der Referent schloss mit einer kurzen Zusammenfassung. Der Wettbewerb der Gesellschaftsrechtsordnungen existiere, werde aber durch die Pfadabhängigkeit gedämpft. Sachgerechte Ausprägungen nationaler Rechtstraditionen seien zu bewahren, während dysfunktionale Regelungsstrukturen erneuert werden müssten. Dazu gehöre insbesondere die Zulassung der rein virtuellen Hauptversammlung.

Nach den Vorträgen eröffnete *Grigoleit* die freie Diskussion mit den Referenten, die sich den Fragen des Auditoriums stellten. Bei einem anschließenden Empfang hatten die Referenten und die Teilnehmerinnen und Teilnehmer die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

VERANSTALTUNGSHINWEISE

20. Wissenschaftliches Symposium des Instituts für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg

Gesellschaftsrecht im Wandel

Freitag, 19. Juni 2020, 9:15 Uhr

Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg

Aus dem Programm:

Die Auslegung von § 179a AktG in der Rechtsprechung des BGH (VorsRiBGH Prof. Dr. Ingo Drescher, Karlsruhe)

Die Vertretung der BGB-Gesellschaft – Status Quo und Perspektiven
(Prof. Dr. Johannes Wertenbruch, Universität Marburg)

Die Online-Gründung der GmbH
(Prof. Dr. Christoph Teichmann, Universität Würzburg)

Die Online-Gründung aus Sicht der notariellen Praxis – Überlegungen der Bundesnotarkammer zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie
(Notarassessor Dr. Peter Stelmaszczyk, Geschäftsführer Bundesnotarkammer, Brüssel; Notarassessor Dr. Philipp Kienzle, Bundesnotarkammer, Berlin)

Call- und Put-Optionen im Gesellschaftsrecht
(Notar Prof. Dr. Hartmut Wicke, LL.M. (Stellenbosch), München)

Das Transparenzregister in der Beratungs- und Gestaltungspraxis

(RA Dr. Christian Bochmann, LL.M. (Cambridge), Hamburg)

Die fehlerhafte Kapitalerhöhung und ihre Heilung
(Prof. Dr. Jan Lieder, LL.M. (Harvard), Universität Freiburg)

Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen
(Prof. Dr. Anatol Dutta, M. Jur (Oxford), LMU München)

§ 181 BGB im Gesellschaftsrecht – ein Best-of
(Dr. Simon Blath, DNotI, Würzburg)

Tagungsbeitrag: frei für Notarassessoren mit NotRV-Mitgliedschaft; 60 € für Notare a. D. mit NotRV-Mitgliedschaft; 105 € für Notare a. D., Notarassessoren ohne NotRV-Mitgliedschaft, Rechtsanwälte mit maximal 3-jähriger Zulassung und Notariatsangestellte; 185 € für NotRV-Mitglieder; 235 € für Nichtmitglieder.

Kontakt/Anmeldung:

Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, Fax: 0931 35576225, E-Mail: notrv@dnoti.de, weitere Informationen unter www.notarinstitut.de.

Hinweis:

Die für Montag, 15. Juni 2020 geplante Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München zum Thema „Update GbR“ wird aufgrund der Corona-Pandemie verschoben. Ein neuer Termin wird gesondert verkündet.

Ebenso wird der für Donnerstag, 16. Juli 2020 vorgesehene 2. Münchner Grundbuchtag 2020 des Amtsgerichts München – Grundbuchamt bis auf Weiteres verschoben.

Veranstaltungen des DAI

1. **Aktuelles Kostenrecht im Notariat**
(*Bachmayer*)
8.5.2020 in Essen
2. **Grundschulden in der Praxis der Notariatsmitarbeiter**
(*Tondorf*)
11.5.2020
Live-Übertragung im Internet
3. **Praxis der DSGVO im Notariat**
(*Flache*)
13.5.2020
Live-Übertragung im Internet
4. **1. Jahresarbeitstagung für Notarfachwirte und Notarfachangestellte**
(*Thon/Tiedke*)
14.-16.5.2020 in Berlin
5. **GmbH-Recht in der notariellen Praxis**
(*Berkefeld*)
15.5.2020 in Hagen
6. **Aktuelle Fragen des Erbbaurechts in der notariellen Praxis**
(*Schreinert*)
15.5.2020 in Oldenburg
7. **Unternehmensnachfolge in der notariellen Praxis**
(*Spiegelberger*)
26.5.2020 in Kiel
8. **Grundstückskaufvertrag für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(*Thon*)
27.5.2020 in Dortmund
9. **GNotKG - Ermittlung von Beurkundungsgegenständen und deren Geschäftswerte**
(*Schmidt/Tondorf*)
3.6.2020 in Bochum
10. **Grenzüberschreitendes Erbrecht**
(*Simon*)
5.6.2020 in Heusenstamm
11. **Die Notarprüfung - Aktuelle Schwerpunkte der notariellen Amtsprüfung durch die Aufsichtsbehörde**
(*Blaeschke*)
6.6.2020 in Köln
12. **Update Grundstückskaufvertrag**
(*Krauß*)
6.6.2020 in Hamburg
13. **Scheidungsfolgenvereinbarungen in der notariellen Praxis**
(*Reetz*)
10.6.2020 in Bochum
14. **Intensivkurs Erbrecht**
(*Frenz*)
12.6.2020 in Osnabrück
15. **Fachbezogenes Englisch für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(*O'Connolly*)
16.6.2020 in Köln
16. **Haftungsfallen im Erbrecht**
(*Ivo/Müller-Engels*)
22.6.2020 in Bochum
17. **Stimmgesundheit bei Notarinnen und Notaren**
(*Behrendt*)
23.6.2020 in Kassel
18. **Intensivkurs Grundstücksrecht**
(*Wegerhoff*)
25.6.2020 in Lübeck
19. **GNotKG – Ermittlung von Beurkundungsgegenständen und deren Geschäftswerte**
(*Schmidt/Tondorf*)
1.7.2020 in Heusenstamm
20. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat: Modul 3 – Grundpfandrechte, Eintragungsbewilligungen, Überlassungsvertrag einschl. GNotKG**
(*Tondorf*)
6.7.2020 in Oldenburg
21. **Modularer Lehrgang GNotKG von A-Z - Modul 1 Gebührenrechnungen mit Bezug zum Immobilienrecht**
(*Tondorf*)
8.7.2020 in Bochum

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. Baumbach/Hopt: HGB. 39. Aufl., Beck, 2020. 2.894 S., 109 €
2. Bock: Gesellschaftsvertragliche Gestaltungen zur Auflösung von Pattsituationen in der Gesellschafterversammlung. Duncker & Humblot, 2020. 301 S., 99,90 €
3. Buchs: Flexibilisierung der Beschlussmängelfolgen. Mohr Siebeck, 2020. 440 S., 104 €
4. Damrau/Tanck: Praxiskommentar Erbrecht. 4. Aufl., ZErB, 2020. 2.300 S., 169 €
5. Dassler/Schiffhauer/Hintzen/Engels/Rellermeyer: ZVG. 16. Aufl., Gieseking, 2020. 1.800 S., 140 €
6. Deixler-Hübner/Schauer: EuErbVO. 2. Aufl., Nomos, 2020. 803 S., 158 €
7. Engl: Formularbuch Umwandlungen. 5. Aufl., Beck, 2020. 1.558 S., 199 €
8. Hartmann/Toussaint: Kostenrecht. 50. Aufl., Beck, 2020. 2.365 S., 155 €
9. Hornerger: Rechtsformwahrende Sitzverlegung, Verschmelzungen und Formwechsel von Personengesellschaften innerhalb der EU. Nomos, 2020. 324 S., 84 €
10. Hüffer/Koch: Aktiengesetz. 14. Aufl., Beck, 2020. 2.439 S., 179 €
11. Jaletzke/Henle: M&A Agreements in Germany. Englischsprachige Unternehmenskaufverträge nach deutschem Recht. 2. Aufl., Beck, 2020. 622 S., 149 €
12. Kallmeyer: Umwandlungsgesetz. 7. Aufl., Otto Schmidt, 2020. 1.800 S., 179 €
13. Kanzler/Kraft/Bäumli/Marx/Hechtner: Einkommensteuergesetz. 5. Aufl., NWB, 2020. 3.508 S., 179 €
14. Kirchhof: EStG. 19. Aufl., Otto Schmidt, 2020. 2.800 S., 179 €
15. Köhler: Anwaltshandbuch Wohnungseigentumsrecht. 4. Aufl., Otto Schmidt, 2020. 1.784 S., 139 €
16. Korintenberg: GNotKG. 21. Aufl., Beck, 2020. 1.982 S., 165 €
17. Kluth: Handbuch des Kammerrechts. 3. Aufl., Nomos, 2020. 717 S., 98 €
18. Langenfeld: Münchener Vertragshandbuch. Band 6: Bürgerliches Recht II. 8. Aufl., Beck, 2020. 1.082 S., 159 €
19. Lipp/Münch: Vorsorgevollmacht – Aktuelle Probleme, Herausforderungen und Perspektiven. Deutscher Notarverlag, 2020. 97 S., 49 €
20. Manz/Mayer/Schröder: Die GmbH. Haufe, 2020. 964 S., 118 €
21. Michels: Die (Register-)Publizität der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Nomos, 2020. 275 S., 72 €
22. Nieder/Kössinger: Handbuch der Testamentsgestaltung. 6. Aufl., Beck, 2020. 1.176 S., 139 €
23. Spiegelberger: Vermögensnachfolge. 3. Aufl., Beck, 2020. 745 S., 119 €
24. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse, §§ 675c-676c (Zahlungsdienstrecht). De Gruyter, 2020. 729 S., 279,00 €
25. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 3: Sachenrecht, §§ 883-888 (Vormerkung). De Gruyter, 2020. 410 S., 159,95 €
26. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: Familienrecht, §§ 1773-1895 (Vormundschaftsrecht). De Gruyter, 2020. 1.349 S., 409 €
27. Thole: Gesellschaftsrechtliche Maßnahmen in der Insolvenz. 3. Aufl., RWS, 2020. 172 S., 49 €
28. Tilmann/Seitz: Wertermittlung von Erbbaurechten und Erbbaugrundstücken. Reguvis, 2020. 490 S., 69 €
29. Ulricher: Erbrecht. 4. Aufl., Nomos, 2020. 1.159 S., 128 €
30. Volmer: Vollzug von Kaufverträgen. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2020. 156 S., 19,90 €
31. Wernert: Das Gruppeninteresse. Duncker & Humblot, 2020. 255 S., 79,90 €

STANDESNACHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Friedrich Schwarz,
Garmisch-Partenkirchen,
verstorben am 29.3.2020

Notar a.D. Dr. Albert Ball, Speyer,
verstorben am 18.4.2020

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.4. 2020:

Notar Dr. Wolfram Waldner, Lauf a. d. Pegnitz

Mit Wirkung zum 1.5.2020:

Notar Gottfried Braun, Passau

Notar Bernhard Richter, Rosenheim

Mit Wirkung zum 1.6.2020:

Notar Dr. Gerd-Jürgen Richter, Landau i. d. Pfalz

Mit Wirkung zum 8.6.2020:

Notarin Stephanie Pelzer, Monheim

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.4.2020:

Mutterstadt	dem Notarassessor Stefan Schmitz (bisher in Haßloch, Notarstelle JR Dr. Sefrin)
-------------	--

Mit Wirkung zum 15.4.2020:

Bamberg	dem Notarassessor Dr. Luitpold Graf Wolffskeel von Reichenberg (bisher in München, Notarstelle Prof. Dr. Mayer)
---------	---

Mit Wirkung vom 1.5.2020:

Mühdorf a. Inn	dem Notarassessor Dr. Philipp Aigner (bisher in Dachau, Notarstellen Dr. Mayr und Dr. Odersky)
----------------	--

Rosenheim	dem Notar Valentin Spernath (bisher Bad Königshofen i. Grabfeld)
-----------	---

Mit Wirkung zum 1.6.2020:

Landau i. d. Pfalz	dem Notar Dr. Torsten Jäger (bisher in Landstuhl)
--------------------	---

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.3.2020:

Dr. Julia Bayer, Füssen
(Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälzholz)

Andreas Friedberger, Roth b. Nürnberg
(Notarstellen Dr. Weidlich/Dr. Soutier)

Dr. Frank Schmidt, Annweiler a. Tr.
(Notarstelle Danne)

Mit Wirkung zum 1.4.2020:

Dr. Michael Böhme, Bamberg
(Notarstelle Dr. Bord)

Dr. Timo Fiebelkorn, Haßloch
(Notarstelle JR Dr. Sefrin)

Manuel Mairgünther, Friedberg
(Notarstelle Brandt)

Anna Ostenried, Schwandorf
(Notarstelle Dr. Merkle)

Julia Schmied, Regensburg
(Notarstelle Dr. Mayer)

Elena Seng, Landau i. d. Pfalz
Notarstellen Flörsch/Spall

5. Sonstige Veränderungen

Notarassessor Daniel Schneider, Ludwigshafen am Rh.,
wurde mit Wirkung vom 11.3.2020 promoviert

ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

München, Notarstelle Dr. Weishäupl
E-Mail: Weishaeupl@notar-wh.de

Neustadt a. d. Waldnaab, Notarstelle Wollmann
Freyung 38, 92660 Neustadt a. d. Waldnaab

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Denninger Straße 169, 81925 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München,
Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: www.universalmedien.de/notarkammer.



Notare Bayern

www.notare.bayern.de