

# MittBayNot

Begründet 1864

4 | 2024

Juli | August 2024

**Herausgeber:**

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

**Schriftleitung:**

Christoph Draxinger,  
Notarassessor  
Benjamin Lorenz,  
Notarassessor

**Herausgeberbeirat:**

Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

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

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

Angelika Strähuber,  
Notarin in Regen

Michael Volmer,  
Notar in Aschaffenburg

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

Dr. Felix Wobst,  
Notar in Gerolzhofen

ISSN 0941-4193

## AUFSÄTZE

**Helm!** Aktuelles zum Arbeitszeugnis im Notarbereich –  
Praxishinweise zur Gestaltung und insbesondere zur  
Streitvermeidung 315

**Raff:** Andeutungen im Text: Zum Verhältnis von Form  
und Auslegung von Willenserklärungen 320

**Bogner:** Besprechungsaufsatz zu OLG Saarbrücken,  
Beschluss vom 17.01.2023, 5 W 89/22 331

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

**Mack zu BGH:** Ausgleichsansprüche einer Wohnungseigen-  
tümergemeinschaft wegen Sanierungsarbeiten im  
Zusammenhang mit einer Grunddienstbarkeit 346

**Sikora zu BGH:** Reallast zur wiederkehrenden Errichtung  
einer Schallschutzmauer 351

**Falkner zu KG:** Zur gestreckten Begründung von  
Sondereigentum 362

**Bühler zu BGH:** Inhaltskontrolle eines in Deutschland  
beurkundeten Ehevertrags, der einem vom Bundes-  
verwaltungsamt veröffentlichten Mustertext  
„islamische Eheverträge“ entspricht 369

**Sauer zu BGH:** Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten  
nach Ausschlagung seines Erbteils 376

**Selbherr zu OLG Karlsruhe:** Zur Auslegung eines notariellen  
Testaments 384

**Baumgartner zu FG Hamburg:** Disquotale Einlage  
in eine KGaA 410

## Impressum **MittBayNot**

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

### **Herausgeber:**

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

### **Herausgeberbeirat:**

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

### **Schriftleitung:**

Notarassessor Christoph Draxinger,  
Notarassessor Benjamin Lorenz

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

### **Design:**

INTO Branding GmbH

### **Druck:**

Universal Medien GmbH  
Fichtenstraße 8  
82061 Neuried

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2024

<b>AUFSÄTZE</b> <b>315</b>			
<b>Helm:</b> Aktuelles zum Arbeitszeugnis im Notarbereich – Praxishinweise zur Gestaltung und insbesondere zur Streitvermeidung	315		
<b>Raff:</b> Andeutungen im Text: Zum Verhältnis von Form und Auslegung von Willenserklärungen	320		
<b>Bogner:</b> Besprechungsaufsatz zu OLG Saarbrücken, Beschluss vom 17.01.2023, 5 W 89/22	331		
<b>BUCHBESPRECHUNGEN</b> <b>336</b>			
<b>Heckschen/Herrler/Münch:</b> Beck'sches Notarhandbuch (Starnecker)	336		
<b>Weingärtner:</b> NotAktVV / DONot (Wolf)	337		
<b>RECHTSPRECHUNG</b> <b>338</b>			
<b>Bürgerliches Recht</b>			
ALLGEMEINES			
1. Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung eines Grundstückskäufers durch eine Gemeinde – Verleitung des Verkäufers zum Vertragsbruch (OLG Hamm, Beschluss vom 23.02.2023, 22 W 24/22)	338		
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT			
2. Ausgleichsansprüche einer Wohnungseigentümergemeinschaft wegen Sanierungsarbeiten im Zusammenhang mit einer Grunddienstbarkeit (BGH, Urteil vom 27.01.2023, V ZR 261/21) mit Anmerkung <b>Mack</b>	342 346		
3. Reallast zur wiederkehrenden Errichtung einer Schallschutzmauer (BGH, Beschluss vom 24.03.2022, V ZB 60/21) mit Anmerkung <b>Sikora</b>	348 351		
4. Erforderliche Nachweise zur Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Grundbuchamt (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 17.01.2023, 5 W 98/22)	352		
5. Antrag auf Löschung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit bei fehlender Eintragung des Geburtsdatums des Berechtigten (OLG Nürnberg, Beschluss vom 16.02.2023, 15 Wx 249/23)	358		
6. Zur Auslegung einer Vorsorgevollmacht bezüglich der Geltung über den Tod hinaus (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.08.2023, 19 W 60/23 (Wx))	359		
7. Zur gestreckten Begründung von Sondereigentum (KG, Beschluss vom 07.02.2023, 1 W 213/22) mit Anmerkung <b>Falkner</b>	361 362		
FAMILIENRECHT			
8. Inhaltskontrolle eines in Deutschland beurkundeten Ehevertrags, der einem vom Bundesverwaltungsamt veröffentlichten Mustertext „islamische Eheverträge“ entspricht (BGH, Beschluss vom 29.11.2023, XII ZB 531/22) mit Anmerkung <b>Bühler</b>	365 369		
9. Feststellung eines Anspruchs auf Unterhaltsleistung als Nachlassverbindlichkeit im Nachlassinsolvenzverfahren (OLG Celle, Urteil vom 20.03.2023, 6 U 36/22 – Ls.)	372		
ERBRECHT			
10. Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft außerhalb des Insolvenzverfahrens (BGH, Beschluss vom 28.09.2023, IX ZA 14/23 – Ls.)	372		
11. Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten nach Ausschlagung seines Erbteils (BGH, Urteil vom 30.11.2022, IV ZR 60/22) mit Anmerkung <b>Sauer</b>	373 376		
12. Zur Auslegung eines notariellen Testaments (OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.10.2022, 14 U 125/21) mit Anmerkung <b>Selbherr</b>	379 384		
<b>Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht</b>			
13. Zur Eintragung einer Fusion von Sparkassen im Handelsregister (BGH, Beschluss vom 19.09.2023, II ZB 15/22 – Ls.)	386		
14. Einberufung der Gesellschafterversammlung bei Tod eines Gesellschafters (OLG Brandenburg, Beschluss vom 02.01.2024, 7 W 66/23)	386		



Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2024

15. Eintragungsfähigkeit eines Vereins zum „Anbau von Cannabis unter legalen Bedingungen“ (OLG München, Beschluss vom 04.10.2023, 31 Wx 153/23e)	388
--	-----

16. Voraussetzungen für die Bestellung eines Nachtragsliquidators (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.07.2023, 3 Wx 72/23 – Ls.)	391
--	-----

**Internationales Privatrecht**

17. Rückwirkungen einer Vaterschaftsanerkennung auf den Geburtsnamen (BGH, Beschluss vom 22.03.2023, XII ZB 105/22)	391
---	-----

**Beurkundungs- und Notarrecht**

18. Unzulässigkeit der Durchsuchung und Beschlagnahme bei einem Notar anlässlich dessen Geldwäscheverdachtsanzeige (LG München I, Beschluss vom 08.06.2022, 9 Qs 14/22)	395
---	-----

**Kostenrecht**

19. Zur Wertbemessung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit (OLG Köln, Beschluss vom 13.12.2023, 2 Wx 218/23)	396
---	-----

**Steuerrecht**

20. Private Veräußerungsgeschäfte: Nutzung zu eigenen Wohnzwecken bei Abtrennung und Veräußerung eines unbebauten Teils des Wohngrundstücks (BFH, Urteil vom 26.09.2023, IX R 14/22 – Ls.)	397
--	-----

21. Kein Aufteilungsgebot bei Vermietung oder Verpachtung eines Grundstücks mit Betriebsvorrichtungen (BFH, Beschluss vom 17.08.2023, V R 7/23)	397
---	-----

22. Disquotale Einlage in eine KGaA (FG Hamburg, Urteil vom 11.07.2023, 3 K 188/21) mit Anmerkung <b>Baumgartner</b>	400 410
---	------------

**SONSTIGES 413**

<b>Tagungsbericht</b>	413
-----------------------	-----

**Kochendörfer:** „Effektives ‚Enterben‘ – Schranken der Testierfreiheit im Zielfeld von Gestaltungen“

<b>Veranstaltungshinweise</b>	417
-------------------------------	-----

<b>Neuerscheinungen</b>	419
-------------------------	-----

**STANDESNACHRICHTEN 420**

# Aktuelles zum Arbeitszeugnis im Notarbereich – Praxishinweise zur Gestaltung und insbesondere zur Streitvermeidung

Von Dr. Ewald Helml, Direktor des ArbG Rosenheim a. D., Notarvertreter in Passau

Auch wenn im Bereich der Zeugniserteilung von Beschäftigten im Notariat erfreulicherweise fast keine Streitigkeiten entstehen und erst recht nicht bis zum Arbeitsgericht geführt werden, sollten die wesentlichen Grundsätze der wahrheitsgemäßen und wohlwollenden Erteilung von Arbeitszeugnissen betrachtet werden, um Diskussionen über den Inhalt und insbesondere über den Grad der Zufriedenheit, welcher im Zeugnis zum Ausdruck gebracht wird, vermeiden zu können. Im Rahmen dieses in wesentlichen Teilen auf alle Beschäftigten im Dienstleistungssektor anwendbaren und nur soweit gekennzeichnet besonders auf das Notariat zugeschnittenen Beitrags werden sowohl einige Grundsätze der aktuellen Rechtsprechung zum Zeugnisrecht dargelegt wie auch Hinweise für die Gestaltungspraxis gegeben. Zumeist geht es um den Spagat zwischen dem Erwartungshorizont des Mitarbeiters und der jeweiligen Einschätzung der Leistungen durch den Notar als Arbeitgeber.

## I. Allgemeine Grundsätze des Zeugnisrechts

Der Anspruch auf Erteilung eines qualifizierten Arbeitszeugnisses folgt aus § 109 Abs. 1 und 2 GewO, wobei in der Praxis nahezu ausschließlich das qualifizierte Arbeitszeugnis nach Abs. 1 Satz 3 von Relevanz ist. Abs. 2 Satz 1 der Norm beinhaltet, dass die Ausdrucksweise klar und verständlich sein muss, und Satz 2 verbietet die verklausulierten Ausführungen über den Arbeitnehmer. Damit lässt die gesetzliche Regelung dem das Zeugnis ausstellenden Arbeitgeber einen durchaus breiten Spielraum, wie die Formulierungen gestaltet werden. Schuldner des Zeugnisanspruchs ist der Arbeitgeber.

Dass das Arbeitszeugnis in Schriftform zu erteilen ist, kann als ebenso selbstverständlich angesehen werden wie die Angabe des Datums der Ausstellung, regelmäßig hier also das Datum der Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Sofern das Beschäftigungsverhältnis nicht volle zwei Jahre betragen hat und vertraglich keine längere Kündigungsfrist als die gesetzliche (§ 622 Abs. 1 BGB) vereinbart wurde, kann eine Kündigung beiderseits nicht nur zum Monatsende, sondern auch zum 15. eines Monats erfolgen. In der Praxis könnte dies beim potenziellen neuen Arbeitgeber, bei dem sich der Beschäftigte bewirbt, den – wenn auch unzutreffenden – Ein-

druck erwecken, das Arbeitsverhältnis wäre möglicherweise außerordentlich vom Arbeitgeber gelöst worden.

Um derartige Missverständnisse zu vermeiden, wird angeraten, Beginn und Ende des Beschäftigungsverhältnisses konkret anzugeben und auf die Länge der ordentlichen Kündigungsfrist zu verweisen. Generell dürfte bei nur relativ kurz bestehenden Arbeitsverhältnissen zu empfehlen sein, die zu erbringende Tätigkeiten zwar in der üblichen sachlichen Art und Weise in das Zeugnis aufzunehmen, sich aber bei der Ausdrucksweise über den Grad der Zufriedenheit zurückhaltend zu äußern. Dies gilt zumindest dann, wenn die Arbeitsleistung als akzeptabel eingeordnet werden kann. Regelmäßig wird die volle Zufriedenheit zum Ausdruck zu bringen sein, aber sozusagen in „distanzierter“ und „schnörkelloser“ Form. Da – nach einer älteren statistischen Erhebung – mindestens 80 % der Arbeitszeugnisse in Deutschland mehr oder weniger „überdurchschnittlich“ ausfallen (auch wenn es hier keinen festen objektiven Maßstab gibt, wann das „überdurchschnittlich“ beginnt), kann wohl festgestellt werden, dass ein bereits überdurchschnittliches Zeugnis eher der Durchschnitt ist.

Dass im Notarbereich das Arbeitszeugnis auf dem Briefkopf des Notars ausgestellt wird, ist ebenso eine Selbstverständlichkeit wie der Umstand, dass nicht der Eindruck eines „Briefbogens mit Adressenfeld“ entstehen darf, und auch die Kriterien „ungelocht“ und „keinen Knick aufweisend“ sind mittlerweile Standard. Das Zeugnis ist also auf einem DIN-A4-Blatt ohne Faltung zu übergeben/übersenden (bei Übersendung im stabilen Umschlag) und das Papier des Arbeitszeugnisses darf nicht gelocht sein. Hinsichtlich der Mindestanforderungen an die formale Gestaltung<sup>2</sup> braucht wohl nicht näher erwähnt zu werden, dass die Tätigkeitsbeschreibung in Bezug auf die verrichtete Arbeit klar strukturiert und aussagekräftig sein muss (hierzu genauer im Folgenden), wobei der Fließtext angeraten wird, aber auch eine tabellarische Aufstellung der geleisteten Arbeiten und Tätigkeiten

- 1 LAG Hamburg, Beschluss vom 07.09.1993, NZA 1994, 890: Es darf keine normale Briefvorlage ohne Adresse verwendet werden.
- 2 Hierzu ausführlich Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Müller-Glöge, 24. Aufl. 2024, § 109 GewO Rdnr. 14a und 15.

akzeptabel ist. Letztgenannte sollte sich aber nicht auf Stichwörter beschränken, was die Tätigkeit betrifft, sondern ausformulierte Sätze enthalten. Allgemeingültige Gestaltungskriterien existieren hier nicht, wobei eine Tendenz zu Aufstellungen der einzelnen Tätigkeiten in gegliederten Absätzen erkennbar ist.

## II. Inhaltliche Ausgestaltung der Tätigkeitsbeschreibung

Hinsichtlich des Inhalts des Arbeitszeugnisses sind die Kriterien der Einheitlichkeit, Vollständigkeit, Wahrheit und der wohlwollenden Beurteilung maßgeblich. Am unproblematischsten stellt sich hier das Kriterium der Einheitlichkeit dar. Die verschiedenen Tätigkeiten sind entsprechend zu beschreiben. Bei der Tätigkeitsbeschreibung sind besondere Kenntnisse und Fähigkeiten, wenn vorhanden, hervorzuheben, allerdings sozusagen „wertneutral“, denn dieser Teil des Arbeitszeugnisses ist (noch) nicht die Würdigung des Grads der Zufriedenheit. Im Rahmen der Vollständigkeit des Arbeitszeugnisses<sup>3</sup> hat der Arbeitgeber darauf zu achten, dass die wesentlichen Tätigkeiten entsprechend beschrieben werden. Lediglich Tätigkeiten, die nur in untergeordnetem Umfang anfallen und/oder die Bestandteil der „Haupttätigkeiten“ sind, können weggelassen werden. Diese Abgrenzungsfragen sollten sorgfältig erwogen werden und im Zweifelsfall all dasjenige, was bei der Tätigkeit prägend war, in die Formulierung mit einbezogen werden.

Dieser Punkt erweist sich in der gerichtlichen Praxis – insbesondere in erster Instanz – mitunter als Problem. Da es – mehr oder weniger ausgeprägt – unterschiedliche Vorstellungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer geben kann, wie die Tätigkeiten strukturiert sind und was deren wesentlicher Bestandteil ist, kommen immer wieder Berichtigungsklagen vor mit dem Ziel, dass (nicht nur) die Gesamtqualifikation angehoben werden möge, sondern auch die Detailliertheit der Tätigkeitsbeschreibung.<sup>4</sup> Um hier einen Rechtsstreit – zumindest über diesen formalen Punkt – zu vermeiden, kann bei erwarteten Ergänzungswünschen des Arbeitnehmers vor der Erteilung des Arbeitszeugnisses diesem ein Entwurf der Tätigkeitsbeschreibung übermittelt werden. Der Entwurf sollte erkennen lassen, wie der Arbeitgeber sich die Tätigkeitsbeschreibung im Zeugnis vorstellt, sodass über Änderungswünsche vor der endgültigen Abfassung des Arbeitszeugnisses gesprochen werden kann. Damit können in der Praxis überflüssige Streitigkeiten vermieden werden.

Dass die Vorstellungen über Inhalte der Tätigkeitsbeschreibung im Arbeitszeugnis, sei es im Abschlusszeugnis oder auch in einem Zwischenzeugnis, in Detailfragen auseinandergelassen werden können, ist systemimmanent. Bereiche, die subjektiv oder auch objektiv der Beschäftigte für ganz erheblich hält, ordnet der Arbeitgeber – nach seiner subjektiven Sicht – eher im nicht so essenziellen Bereich ein. Diese Einschät-

zung dürfte bei allen in den Tatsacheninstanzen tätigen Richtern der Arbeitsgerichtsbarkeit vorherrschen, insbesondere bestätigt auch von Richtern, die im Rahmen der Gerichtsleitung im Anstellungsbereich gelegentlich ein Zwischen- oder Abschlusszeugnis zu formulieren haben.

Auch wenn die Tätigkeiten am Gericht und an einer Notarstelle durchaus gewisse Ähnlichkeiten aufweisen, kann es hier für das Gericht mitunter schwierig werden, vermittelnde Vorschläge zur gütlichen Einigung zu unterbreiten. Ausmaß und konkrete Wichtigkeit und Bedeutung von Teilbereichen der verrichteten Arbeiten kennen ohnehin zumeist nur Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Bei Bedarf kann hier der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber darauf hingewiesen werden, dass die Aufnahme eher weniger bedeutender Tätigkeiten in die Tätigkeitsbeschreibung vom Leser – also dem künftigen potenziellen Arbeitgeber – negativ gewertet werden kann, ganz gleich, wie es dazu gekommen ist. Zumeist wird der Kernpunkt wie folgt ausgedrückt: Das Arbeitszeugnis soll die für das Arbeitsverhältnis typischen Verhältnisse nachzeichnen.<sup>5</sup>

## III. Formalia der Tätigkeitsbeschreibung

Auch bei den Formalia kommen gelegentlich Differenzen auf. Zunächst bei dem Punkt: Fließtext in der Zeugnistätigkeitsbeschreibung oder Aufzählung? Am einfachsten lassen sich Nachbesserungswünsche vermeiden, indem der Arbeitgeber vorab die gewünschte Art der Tätigkeitsbeschreibung beim Arbeitnehmer erfragt. Sollte eine Aufzählung mit Spiegelstrichen gewünscht sein, dann ist ebenfalls darauf zu achten, Details von Tätigkeiten, die einer „Gruppe“ im Zusammenhang angehören, hintereinander auszuführen (etwa: Durchsicht und Aufbau der Vertragsentwürfe der Beurkundungen, Einfügung von Hinweisen etc.) und dann die weiteren Bereiche der Arbeitsleistung ebenso darzustellen. Zur Vermeidung zu langer Darstellungen kann auch mit „insbesondere“-Auflistungen variiert werden. Soll die Tätigkeitsbeschreibung im Fließtext erfolgen, ist es ebenfalls empfehlenswert, Gruppen der Tätigkeiten zu bilden und hierbei dann die wesentlichen Bereiche auszuführen.<sup>6</sup>

Ein weiterer Punkt ist die Detailliertheit. Hierzu können keine allgemeinen Vorgaben getätigt werden; die Beschreibung der Arbeiten soll so vorgenommen werden, dass der Leser nachvollziehen kann, welche Bereiche Gegenstand des Arbeitsverhältnisses waren und dieses im Schwerpunkt prägen. Auch hier ist grundsätzlich zu empfehlen, dies im Vorfeld der Erstellung mit dem Arbeitnehmer zu besprechen, damit Auslassungen und Neuformulierungen des Arbeitszeugnisses vermieden werden können. Der Arbeitgeber hat bei der konkreten Ausgestaltung der Formulierung ein Ermessen und es besteht kein Anspruch darauf, dass jeder Teilaspekt der Tätigkeit ausgeführt wird.

3 Hierzu BAG, Urteil vom 11.12.2012, 9 AZR 227/11, NZA 2013, 324.

4 Zur Vollständigkeit LAG Nürnberg, Urteil vom 11.10.2018, 5 Sa 100/18, BeckRS 2018, 41126; Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Müller-Glöge, § 109 GewO Rdnr. 19.

5 Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Müller-Glöge, § 109 GewO Rdnr. 20).

6 Zu diesen Fragen und zur Reihenfolge der Auflistung LAG Rheinland-Pfalz, Beschluss vom 09.10.2020, 8 Sa 89/20, BeckRS 2020, 45161.

#### IV. Grundsatz der Zeugniswahrheit

Dieser zumeist als der „oberste Grundsatz“ bezeichnete Punkt bedeutet, dass das Arbeitszeugnis sowohl nach dem Wortlaut als auch dem Sinnzusammenhang objektiv richtig sein muss.<sup>7</sup> Weil der Begriff der „Wahrheit“ in diesem Zusammenhang subjektiv überlagert sein kann, kann man den Grundsatz der Zeugniswahrheit so zusammenfassen, dass das Zeugnis zum einen nichts Falsches enthalten und zum anderen nichts auslassen darf, was der Leser eines Zeugnisses erwarten kann.<sup>8</sup> Die auch bestehende Pflicht zur wohlwollenden Formulierung kann daher in einem erheblichen Spannungsverhältnis zur Wahrheitspflicht stehen. Der unproblematischste Punkt ist hier, dass sich die Inhalte des Arbeitszeugnisses nur auf tatsächliche Umstände stützen dürfen. Eine Tatsache ist auch die Einordnung, ob etwa ein Teilbereich der Arbeit von prägender Bedeutung im Arbeitsverhältnis war oder nur ein unerheblicher Aspekt. Wie bereits hervorgehoben ist in diesem Zusammenhang die Mitwirkung des Arbeitnehmers vor der Erstellung des Zeugnisses sachgerecht, um eventuelle Missverständnisse oder fehlerhafte Annahmen im Vorfeld klären zu können. Nach dem oben Ausgeführten dürften sich dadurch eventuelle Missverständnisse oder unterschiedliche Auffassungen in Bezug auf den Inhalt der Beschreibung der Tätigkeiten zumeist ausräumen lassen.

#### V. Hinweise auf das Ausscheiden des Arbeitnehmers oder die Gründe hierfür, wenn dies arbeitgeberseitig veranlasst sein sollte

Hierbei handelt es sich um einen in der Praxis sehr umstrittenen Bereich, in welchem im Allgemeinen angeraten wird, sich aus der Sicht des Arbeitgebers zurückhaltend auszudrücken. Der Endtermin des Arbeitsverhältnisses muss immer korrekt angegeben werden, auch wenn eine außerordentliche arbeitgeberseitige Kündigung ausgesprochen worden sein sollte,<sup>9</sup> was in der notariellen Arbeitgeberpraxis erfreulicherweise ganz selten und nur bei Vorhandensein schwerwiegender Kündigungsgründe Bedeutung haben dürfte. Zwar darf ohne sachliche Berechtigung nicht zum Ausdruck kommen, dass das Arbeitsverhältnis „im Streit“ geendet hat, wenn allerdings ein vertragsbrüchiges Verhalten eindeutig vorliegt – etwa eine Arbeitsverweigerung –, kann dies auch in der Form angedeutet zum Ausdruck kommen. Um hier Konflikte über den Wortlaut des Zeugnisses zu vermeiden, ist anzuraten, sich auch bei einem pflichtwidrigen Verhalten des Beschäftigten auf eine „Beendigung zum (...) im beiderseitigem Einvernehmen“ zu einigen und ggf. noch vorhandene Urlaubsansprüche nicht abzugelten, sondern in natura einzubringen, mit der Folge, dass sich der Beendigungszeitpunkt auf ein Datum verschiebt, das im Ergebnis auf den 15. eines Monats oder den letzten Tag des Monats fällt, verbunden mit einer einvernehmlichen Verein-

barung, wann konkret das Arbeitsverhältnis beendet ist. Da es dann um eine Beendigung des Arbeitsverhältnisses im „beiderseitigen Einvernehmen“ geht, darf dieser Umstand auch so im Wortlaut des Zeugnisses aufgenommen werden; geschieht das so, dann ist damit (auch) eine (Mit-)Veranlassung durch den Arbeitgeber zulässigerweise ausgedrückt.<sup>10</sup>

Zur Vermeidung von Berichtigungsstreitigkeiten ist hier – trotz einer nachvollziehbaren Verärgerung des Arbeitgebers über die Modalitäten der Beendigung und dessen Ursachen – Zurückhaltung bei der Ausdrucksweise zu empfehlen und eine die Umstände der Beendigung enthaltende oder zumindest andeutende Formulierung zu verwenden. Sicherlich haben hier beide Seiten ein nachhaltiges Interesse daran, dass die tatsächlichen Beendigungsgründe nicht im Rahmen eines Güte- oder gar Kammertermins vor Gericht vorgebracht werden.

Der Grundsatz der wohlwollenden Beurteilung der Arbeitsleistung im Zeugnis steht dem nicht entgegen. Sollte bis zum Vertragsbruch oder einer sonstigen schweren Vertragspflichtverletzung das Beschäftigungsverhältnis sachgerecht und zufriedenstellend funktioniert haben, ist dies selbstverständlich so zu formulieren, bevor sodann wahrheitsgemäß, aber neutral und zurückhaltend, der Grund der Beendigung des Arbeitsverhältnisses festgehalten wird. Auch bei Verärgerung über das Verhalten des Beschäftigten ist anzuraten, sich auf eine knappe und neutrale Formulierung der Beendigung zu einigen, die durchaus beim Leser des Zeugnisses die Folgerung erkennen lässt, was möglicherweise vorgefallen ist. Die Chance auf ein neues Arbeitsverhältnis sollte nicht gänzlich verbaut werden, wenn auch der neue Arbeitgeber durchaus mittels einer Andeutung erfahren soll, was im durch Zeugnis zu beurteilenden Arbeitsverhältnis vorgefallen ist.

#### VI. Empfehlungen zur Umsetzung der „wohlwollenden Ausdrucksweise“

Zur wohlwollenden Ausdrucksweise drückt sich die Rechtsprechung seit Jahrzehnten sehr salomonisch aus. Das Zeugnis soll vom Wohlwollen getragen sein (BAG seit dem Jahr 1963), der Arbeitnehmer hat keinen Anspruch auf einen bestimmten Wortlaut und die von ihm ggf. unbedingt gewollten oder zumindest nachhaltig gewünschten Formulierungen<sup>11</sup> und das Zeugnis soll auch das berufliche Fortkommen des Beschäftigten nicht unangemessen erschweren.<sup>12</sup> Hier gilt es eine sachliche Balance zu wahren. Eine deutliche Übertreibung des Wohlwollens kann dazu führen, dass sich der Beschäftigte verspottet fühlt.<sup>13</sup> Das gilt auch für die Beschreibung der sachlichen und fachlichen Qualität der Ar-

7 BAG, Urteil vom 18.11.2014, 9 AZR 584/13, NZA 2015, 435 Rdnr. 19.

8 BAG, Urteil vom 29.07.1971, 2 AZR 250/70, BB 1971, 1280.

9 BAG, Urteil vom 14.06.2016, 9 AZR 8/15, BeckRS 2016, 73357,

10 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 25.01.2007, 5 Sa 1442/06, NZA-RR 2007, 373.

11 LAG Köln, Urteil vom 08.11.1989, 5 Sa 799/89, LAGE BGB § 630 Nr. 899.

12 LAG Köln, Urteil vom 29.11.1990, 10 Sa 801/90, LAGE BGB § 630 Nr. 11.

13 ArbG Herford, Urteil vom 19.07.2017, 1 Ca 155/17, BeckRS 2017, 141829.

beitsleistung in einem in jeder Hinsicht erheblich überdurchschnittlichen Zeugnis.

In Anbetracht der fachlichen Anforderungen der Mitarbeiter im Notariatsbereich kann davon ausgegangen werden, dass es bei der Wertung der Gesamtqualifikation regelmäßig mindestens um die „volle Zufriedenheit“ gehen wird, zumeist mit dem „stets“ versehenen und um Abgrenzungsfragen zur – wenn auch das Adjektiv ein „sprachliches Ungetüm“ ist – „vollsten Zufriedenheit“, mit oder ohne „stets“. Die „vollste Zufriedenheit“ hat sich in der Praxis seit Jahrzehnten etabliert, auch wenn dieses Wort genau genommen nicht existent ist. Sofern das Arbeitsverhältnis in jeder Hinsicht bei der Qualität vorzüglich und absolut beanstandungsfrei war, dann ist die Formulierung „stets/immer zur vollsten Zufriedenheit“ zu verwenden.<sup>14</sup> Bei in den Einzelheiten und im Detail mitunter weniger zufriedenstellenden Arbeitsleistungen ist die Formulierung „der Arbeitnehmer habe die ihm übertragenen Aufgaben mit Fleiß und großem Interesse“ durchgeführt, nicht angebracht, weil dies im Ergebnis eine insgesamt dann doch überwiegend unzureichende Arbeitsleistung umschreiben würde.<sup>15</sup>

Hinsichtlich der Verhaltensbeurteilung dürften im Bereich der Arbeitszeugnisse im Notarbereich kaum Probleme auftreten: Wenn das Verhalten eines Mitarbeiters entweder gegenüber dem oder den Notar/en auffällig oder in Teilbereichen unangebracht sein sollte, kann davon ausgegangen werden, dass das Beschäftigungsverhältnis nicht allzu lange bestehen wird. Gleiches gilt, wenn Probleme im Umgang mit der Mandantschaft auftreten sollten. In diesem Zusammenhang können die Worte „höflich“, „korrekt“ und „lobenswert“ verwendet werden, mit den zusätzlichen Wörtern „immer“, „stets“ und „durchwegs“.<sup>16</sup> Das dürfte zumeist der unproblematischste Teil eines Arbeitszeugnisses in diesem Bereich sein.

## VII. Schlussformel

Die sog. Schlussformel war vor Kurzem Gegenstand eines Urteils des BAG, das im richtigen Zusammenhang gelesen werden muss.<sup>17</sup> Dass es bei den qualifizierten Arbeitszeugnissen regelmäßig üblich ist, als Abschlusssatz den „Dank“ für die erbrachte Arbeitsleistung auszusprechen, das Ausscheiden (wohl auch bei einer Eigenkündigung des Beschäftigten, eher weniger bei einer arbeitgeberseitigen verhaltensbedingten Kündigung) zu „bedauern“ und die besten – oder zumindest die guten – Wünsche für die Zukunft auszusprechen, kann als eine Selbstverständlichkeit angesehen werden. Ein Arbeitszeugnis, das diese abschließende Formulierung nicht enthält, ist aus Sicht des potenziellen neuen Arbeitgebers durchaus mit „Vorsicht“ zu werten.

Diese abrundenden Bestandteile sind aber kein notwendiger Bestandteil des Arbeitszeugnisses, denn der Wortlaut des § 109 GewO nennt diese in keinem seiner Sätze, woraus die überwiegende Ansicht in der Rechtsprechung, insbesondere die des BAG, herleitet, dass ein klageweise durchsetzbarer Anspruch auf die Aufnahme der Schlussformel nicht besteht.<sup>18</sup> Wird bei einer außergerichtlichen oder gerichtlichen Auseinandersetzung – etwa über eine vom Arbeitgeber ausgesprochene verhaltensbedingte Kündigung des Mitarbeiters – die Verpflichtung eingegangen, ein wohlwollendes Arbeitszeugnis zu erteilen, das „dem beruflichen Fortkommen dienlich ist“, dann beinhaltet diese Verpflichtung auch die Aufnahme dieser Schlussformel in das Arbeitszeugnis.<sup>19</sup> Daher ist in diesem Zusammenhang anzuraten, die in der Praxis übliche Schlussformel zu erteilen, auch wenn die Beendigung des Arbeitsverhältnisses eher im verhaltensbedingten und/oder leistungsbedingten Bereich zu verorten ist und der Umstand der Trennung von Arbeitgeber nicht „bedauert“ wird.

Zu der aktuellen Entscheidung des BAG vom 06.06.2023:<sup>20</sup> Wenn sich der Arbeitgeber bei der Formulierung des Arbeitszeugnisses entschließt, die übliche Schlussformel in das Zeugnis aufzunehmen, hat er sich für die Schlussformel auch festgelegt. Dies ist von Bedeutung, wenn es zu Korrekturen des Arbeitszeugnisses kommt. Wenn der Arbeitgeber den Änderungswünschen des Arbeitnehmers nachkommt, kann er – im Gegenzug hierzu – nicht die Schlussformel im Sinne des Dankes und der besten Wünsche weglassen.

Das BAG hat darin einen Verstoß gegen das Maßregelungsverbot nach § 612a BGB gesehen; das Verlangen der Erteilung eines „besseren Arbeitszeugnisses“, insbesondere bei der Bewertung der Qualität der Arbeitsleistung, stellt insofern ein (ausübbares) Rechts des Arbeitnehmers dar, welches er durchsetzen kann. Kritisch ließe sich hiergegen einwenden, dass es sich hierbei um eine Formel handelt, auf deren Aufnahme in das Zeugnis kein klagbarer Anspruch besteht.

Generell gilt in diesem Zusammenhang: Wenn sich der Arbeitgeber bei der Formulierung des Arbeitszeugnisses auf dessen Inhalt und die Bewertung festgelegt hat, ist insofern eine Bindung beim Wortlaut erfolgt. In einer solchen Situation muss der Arbeitgeber den Änderungswünschen des Beschäftigten nachkommen, wenn er sie entweder für berechtigt erachtet oder diese klageweise durchgesetzt werden, ohne dass er im Übrigen den Inhalt des Zeugnisses abändern könnte. Eine Verschlechterung ist nur in ganz seltenen Fällen denkbar, wenn nachträglich Umstände oder konkrete Tatsachen bekannt werden sollten, welche dies rechtfertigen könnten.

14 BAG, Urteil vom 23.09.1992, 5 AZR 573/91, BeckRS 1992, 30742556.

15 BAG, Urteil vom 24.03.1977, 3 AZR 232/76, AP BGB § 630 Nr. 12.

16 Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Müller-Glöge, § 109 GewO Rdnr. 43.

17 BAG, Urteil vom 06.06.2023, 9 AZR 272/22, NJW 2024, 379.

18 BAG, Urteil vom 11.12.2012, 9 AZR 227/11, NZA 2013, 324, a. A. LAG Mecklenburg-Vorpommern, Urteil vom 02.04.2019, 2 Sa 187/18, NZA-RR 2019, 519, das im Fehlen der Schlussformel eine Persönlichkeitsrechtsverletzung gesehen hat.

19 LAG Hamm, Urteil vom 08.09.2011, 8 Sa 509/11, NZA-RR 2012, 71,

20 Siehe Fn. 17.

### VIII. Weitere Empfehlungen

Es kann auch aus anderen Gründen nach der Erteilung zu Unstimmigkeiten über den Inhalt des Zeugnisses kommen, die bei vorheriger Klärung vermeidbar gewesen wären. Insbesondere in den Fällen der arbeitnehmerseitigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses wird im Vorfeld des Ablaufs der Kündigungsfrist, möglicherweise auch schon vor Ausspruch der arbeitnehmerseitigen Kündigung, die Frage nach dem „Warum“ aufkommen. Hier empfiehlt es sich aus Sicht des Arbeitgebers, die Zukunftspläne des jeweiligen Beschäftigten zu besprechen. Sollten diese bei einem anderen Notar liegen oder in „verwandten“ Tätigkeitsbereichen, etwa bei Gericht, einer Anwaltskanzlei oder einer Behörde, dann ist es selbstverständlich geboten, den bisherigen Tätigkeitsbereich – auch ggf. im Detail – darzustellen und auch die Leistung und Führung im Arbeitsverhältnis stringent tätigkeitsbezogen zu beschreiben und zu beurteilen. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich hier erwarten lässt, dass die Arbeiten zumindest in etwa fachlich vergleichbar sind, etwa

die Sekretariatsarbeiten und Schreibtätigkeiten im Notariat und eine avisierte Tätigkeit bei Gericht. Wenn dem nicht so sein sollte, sondern eine Tätigkeit in einem Privatunternehmen angestrebt wird, etwa in der Marketingabteilung eines Unternehmens, dann sind die Tätigkeitsbeschreibungen zweckmäßigerweise etwas „offener“ zu gestalten und mehr die besonderen Fähigkeiten des Beschäftigten generell im Verwaltungsbereich hervorzuheben. Dass dem allerdings bei einer erheblichen beruflichen Umorientierung deutliche Grenzen gesetzt sind, ist offensichtlich, denn das Arbeitszeugnis kann sinnvollerweise nichts ausführen und insbesondere auch nichts bestätigen, was bisher nicht von größerer Relevanz war. Im Rahmen der Vertretbarkeit kann durchaus angeraten werden, hier – zumindest teilweise – den Wünschen des Beschäftigten entgegenzukommen. Unter Würdigung dieser Überlegungen dürfte es dann auch bei einer avisierten beruflichen Umorientierung möglich sein, ein „berufsförderliches“ Zeugnis zu erteilen.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

# Andeutungen im Text: Zum Verhältnis von Form und Auslegung von Willenserklärungen\*

Von Notar Dr. Thomas Raff, Ludwigshafen

Bei einem Rechtsgeschäft, das eine bestimmte Form verlangt, treten die Privatautonomie des Erklärenden und Verkehrsinteressen miteinander in Konflikt: Während die Privatautonomie die Berücksichtigung des wirklich Gewollten fordert, verlangen die Formzwecke, dass die Willenserklärung in der Verkehrssprache niedergelegt ist.<sup>1</sup> Genau das ist das Spannungsfeld, in dem sich die Auslegung formbedürftiger Rechtsgeschäfte bewegt: Kommt es auf ein subjektives oder auf ein objektives Verständnis an?

Schon seit der Verfassung des BGB hat sich ein Argumentationstopos herausgebildet, nämlich die sog. Andeutungstheorie.<sup>2</sup> Sie besagt, dass das, was der Rechtsanwender einem formgebundenen Rechtsgeschäft entnimmt, in der jeweiligen Form zumindest angedeutet sein muss. Die Andeutungstheorie ist nicht als Schwächung der Form zu verstehen, sondern soll sie stärken.<sup>3</sup> Diejenigen, die Formanforderungen kritisch gegenüberstehen, wie die *Flume*-Schule etwa, tendieren nämlich dazu, den rechtsgeschäftlichen Willen gegen die Form zu ermitteln.<sup>4</sup>

Nach einem Gegenentwurf zur Andeutungstheorie genügt, dass der Erklärende subjektiv meint, der Urkundentext verdeutliche für Dritte den Inhalt der Willenserklä-

rung hinreichend.<sup>5</sup> Zur Formnichtigkeit darf es etwa nach *Häsemeyer* nur kommen, wenn die Beteiligten das Rechtsgeschäft *bewusst* der Form entzogen haben.<sup>6</sup>

Beide Konzepte überzeugen nicht. Formanforderungen können nicht etwa deswegen als erfüllt angesehen werden, weil man sich redlich um sie bemüht hat. Und es erscheint bisweilen willkürlich, was die Rechtsprechung in einer Urkunde noch als angedeutet ansieht und was nicht. Hier soll es um ein Alternativkonzept gehen: Die Erläuterung formbedürftiger Willenserklärungen mit den Methoden der Gesetzesinterpretation.

## I. Prämissen

Thesen aus einem Grundlagenbereich des bürgerlichen Rechts sind auf vielfältige Weise angreifbar. Sie gründen auf folgenden Prämissen.

### 1. Auslegung von Willenserklärungen

#### a) Keine Trennung von Auslegung und Form

Nach heutiger Rechtsprechung<sup>7</sup> und herrschender Lehre<sup>8</sup> wird zwischen der Auslegung der Erklärung einerseits und der Form der Erklärung andererseits getrennt. So soll zuerst der Sinngehalt einer Erklärung ermittelt, erst anschließend geprüft werden, ob der so ermittelte Wille formgemäß erklärt ist.

Das überzeugt nicht: Welchem Zweck dient ein Auslegungsergebnis, das über den Urkundeninhalt hinausgeht, aber dann wegen der Form nicht berücksichtigt werden darf?<sup>9</sup> 1914 schreibt *Oertmann*, der ansonsten Formanfor-

\* Schriftfassung des auf dem Pfälzisch-Bayerischen Notartag in Deidesheim 2023 gehaltenen Vortrags. Der Vortragsstil wurde teilweise beibehalten. Herr Prof. Dr. Christian Baldus, Heidelberg, und Herr Ref. iur. Eric Nies, Neustadt a. d. W., danke ich sehr für zahlreiche Hinweise zu verschiedenen Textstufen.

1 *Stumpf*, Erläuternde und ergänzende Auslegung letztwilliger Verfügungen im System privatautonomer Rechtsgestaltung, 1991, S. 236.

2 Zur Andeutungstheorie übergreifend und rechtsvergleichend *Jakob Fortunat Stagl*, Der Wortlaut als Grenze der Auslegung von Testamenten, 2005; eingehend *Staudinger/Otte*, Stand: 30.04.2021, Vor §§ 2064 ff. Rdnr. 28 ff., 83 ff. (geschlossene und konsequente Konzeption). Die Andeutungstheorie ablehnend etwa *Staudinger/Singer*, Neub. 2021, § 133 Rdnr. 31 ff.; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, 4. Aufl. 1992, § 16 2. a), S. 303; aus der Gegenrichtung ablehnend (objektive Auslegung) *Perkams*, Die Auslegung von Testamenten im deutschen und spanischen Recht, 2010, S. 79 ff. und *passim*.

3 *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064 ff. Rdnr. 29, 38 ff.

4 Vgl. etwa *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, § 16 2. a), S. 302 ff. Früher bereits *Dernburg*, DJZ 1904, 1 (Sp. 3).

5 *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971, S. 270 f. Zustimmend etwa *Wieser*, JZ 1985, 407, 408.

6 *Häsemeyer*, JuS 1980, 1, 6.

7 BGH seit BGHZ 86, 41, 47; zuletzt: Beschluss vom 10.11.2021, IV ZB 30/20, juris Rdnr. 9: „grundsätzlich für richtig gehalten [...] Prüfungsreihenfolge“.

8 *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, S. 155 ff.; *Häsemeyer*, JuS 1980, 1, 7; *Bernard*, Formbedürftige Rechtsgeschäfte, 1979, S. 1 ff., insbesondere S. 21, 30; *Staudinger/Singer*, § 133, Rdnr. 30; knapp *Staudinger/Hertel*, Neub. 2017, § 125 Rdnr. 84; *BeckOGK-BGB/Schreindorfer*, Stand: 01.10.2022, § 311b Rdnr. 278 („unabdinglich“); *jurisPK-BGB/Ludwig*, Stand: 01.02.2023, § 311b, Rdnr. 206; *Grüneberg/Weidlich*, 83. Aufl. 2024, § 2084 Rdnr. 4; a. A. *Kuchinke*, JZ 1985, 748, 749; *Soergel/Loritz*, BGB, 13. Aufl. 2003, § 2084 Rdnr. 15; *Leipold* in FS Müller-Freienfels, S. 421, 428 f.; krit. *MünchKomm-BGB/Leipold*, 9. Aufl. 2022, § 2084 Rdnr. 15. *Dötterl*, NotBZ 2006, 190.

9 *Zutr. Smid*, JuS 1987, 283, 286.

derungen kritisch gegenüber steht, dass die wesentlichen Bestandteile des formgebundenen Rechtsgeschäfts sich aus der formalen Erklärung ergeben müssten.<sup>10</sup> Eingängig spricht er vom „Existenzminimum“ des Rechtsakts.<sup>11</sup> Wenn das Wesentliche formgemäß erklärt werden muss, ergibt es wenig Sinn, die Auslegung von der Form zu trennen.<sup>12</sup> Die Trennung ist auch verführerisch: Wenn ein Richter ohne Berücksichtigung der Form zunächst ein bestimmtes Auslegungsergebnis gefunden hat, wird er vielleicht großzügiger in dem Bemühen sein, für dieses Ergebnis auch eine Andeutung zu finden.<sup>13</sup>

Der BGH hat diese Aufteilung auf prozessualer Ebene entschärft. So darf das Gericht einen Parteivortrag zu einem Auslegungsergebnis als wahr voraussetzen, um festzustellen, dass ein solcher Erblasserwille jedenfalls nicht formgemäß erklärt wäre.<sup>14</sup> Es erscheint in der Tat wenig zielführend, Zeugen für einen Erblasserwillen zu vernehmen, der sich im Testament nicht wiederfindet.<sup>15</sup>

#### b) Auslegungsfähigkeit und Auslegungsbedürftigkeit

Bei formgebundenen Rechtsgeschäften prüfen Rechtsprechung und Literatur bis heute, ob sie überhaupt auslegungsfähig seien.<sup>16</sup> Das ist eine Variante der Behauptung, klare Erklärungen müssten nicht ausgelegt werden.<sup>17</sup> Ob etwas klar, ob etwas auslegungsfähig ist, ist eine zirkuläre Frage, weil wir den Text dazu erst einmal befragen müssen.<sup>18</sup> Das steht am Ende des Auslegungsvorgangs, nicht an seinem Anfang, und ist erst recht keine Vorfrage.<sup>19</sup>

10 Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach Bürgerlichem Recht – Zugleich ein Beitrag zu den Lehren von der Auslegung der Rechtsgeschäfte und von der Revision, 1914, S. 139.

11 Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte insbesondere nach Bürgerlichem Recht – Zugleich ein Beitrag zu den Lehren von der Auslegung der Rechtsgeschäfte und von der Revision, S. 139.

12 Krit. Leibold, JZ 1983, 711, 712.

13 W. Kössinger/Najdecki in Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 23 Rdnr. 21a.

14 BGH, Urteil vom 28.01.1987, IVa ZR 191/85FamRZ 1987, 475, 477; Beschluss vom 19.06.2019, IV ZB 30/18, NJW 2019, 2317, 2319, Rdnr. 19. jurisPK-BGB/Ludwig, § 311b Rdnr. 206 will dagegen im ersten Schritt nur bewiesene Umstände berücksichtigen.

15 Zutr. MünchKomm-BGB/Leibold, § 2084 Rdnr. 15. So aber OLG Naumburg, Beschluss vom 19.07.2013, 2 Wx 44/12, FamRZ 2014, 1884, 1886.

16 BGH, Beschluss vom 09.04.1981, IVa ZB 6/80, NJW 1981, 1736. Auch in jüngerer Zeit OLG München, Urteil vom 14.05.2014, 7 U 2983/13, juris Rdnr. 48.

17 Siehe dazu in jüngerer Zeit Kroiß, Zerb 2023, 321, 323: „Ist der Text eindeutig und haben die Beteiligten keinen Zweifel über den dahinter stehenden Willen des Erblassers, so wird in aller Regel auch eine Auslegung des Testaments unterbleiben können.“

18 Zutr. Staudinger/Singer, § 133 Rdnr. 9 m. w. N.

19 Siehe dazu auch (vorsichtiger) Staudinger/Otte, Vor §§ 2064 ff. Rdnr. 50 ff.

Tatsächlich ist – beispielsweise – mit der Aussage, ein klares Testament sei weder auslegungsbedürftig noch auslegungsfähig, etwas anderes gemeint, nämlich dass der Wortlaut Grenze der Auslegung ist.<sup>20</sup> Diese Rechtsprechung hat der BGH 1982 aufgegeben.<sup>21</sup> Das ist aber kritisch zu sehen.<sup>22</sup> Entscheidend ist ja in der Regel, was der Wortlaut uns sagt.

#### c) Falsa demonstratio non nocet

Und damit kommen wir zu einem viel diskutierten Problem, das sich häufiger in der Theorie als in der Praxis finden dürfte,<sup>23</sup> nämlich zur Frage, ob auch bei formbedürftigen Rechtsgeschäften die Regel gilt, dass Falschbezeichnungen nicht schaden.

Beispiele sind falsch bezeichnete Grundstücke (Verwechslung von Flurstücken), oder die falsche Verwendung von Rechtsbegriffen („Nacherbe“ statt „Ersatzerbe“; und – recht häufig – „vererben“ statt „vermachen“).

Empfangsbedürftige Willenserklärungen sind bekanntlich nach dem objektiven Empfängerhorizont auszulegen (§§ 133, 157 BGB), nicht empfangsbedürftige allein nach § 133 BGB. Ein übereinstimmendes subjektives Verständnis geht einem objektiven generell vor.<sup>24</sup>

Bei formfreien Willenserklärungen braucht es die Lehre von der *falsa demonstratio* daher gar nicht; im Übrigen ist sie heute<sup>25</sup> vor allem eine Auslegungsregel: Bei *Übereinstimmen* der Parteien über die Bedeutung der Worte ist regelmäßig von dieser Bedeutung auszugehen.<sup>26</sup> Ein Übereinstimmen liegt nicht vor, wenn einer eine Fehlvorstellung hat, die der andere nur erkennt. Es braucht Übereinstimmung im Willen.<sup>27</sup>

Eine Falschbezeichnung bedeutet, dass das Falschbezeichnete nicht gewollt und das Gewollte nicht (richtig) be-

20 Vgl. dazu RG, Urteil vom 11.03.1909, Rep. IV. 304/08, RGZ 70, 391, 393; BGH, Urteil vom 26.04.1951, IV ZR 4/50, NJW 1951, 959, 960; Urteil vom 10.02.1960, V ZR 39/58, NJW 1960, 959, 961; Urteil vom 14.01.1965, III ZR 131/63, NJW 1965, 584; Urteil vom 04.12.1969, III ZR 31/68, BeckRS 1969, 106349 Rdnr. 16; Urteil vom 19.01.1972, IV ZR 1208/68, BeckRS 1972, 106493 Rdnr. 11.

21 BGH, Urteil vom 08.12.1982, IVa ZR 94/81, JZ 1983, 709 m. Anm. Leibold. Krit. Leibold – auch in der FS Müller-Freienfels, 1986, 421, 427 ff.

22 Zweifelnd auch Leibold, JZ 1983, 711.

23 MünchKomm-BGB/Leibold, § 2084 Rdnr. 12.

24 Siehe nur Leenen/Häublein, BGB Allgemeiner Teil, 3. Aufl. 2021, § 5 Rdnr. 52.

25 Anders im römischen Recht, vgl. Wieling, AcP 172 (1972), 297, 298; Kaser, Das Römische Privatrecht, Bd. 1, 2. Aufl. 1971, § 58, S. 240 mit Fn. 40. Dort war der Gebrauch anders; auch galt die Regel vor allem im Erbrecht. Im Vertragsrecht hätte man die Regel wohl nicht gebraucht, weil es dort ohnehin auf den psychologischen Konsens ankam.

26 So schon Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1911, S. 182. Bei einseitigen Fehlvorstellungen scheidet die Regel von vornherein aus, BGH, Urteil vom 23.06.2023, V ZR 89/22, juris Rdnr. 28.

27 Etwa BGH, Urteil vom 23.06.2023, V ZR 89/22, juris Rdnr. 28.

zeichnet wurde. Ein rein am objektiven Wortlaut orientiertes Verständnis müsste daher zu dem Ergebnis kommen, dass Falschbezeichnungen nie formgemäß erklärt wären.<sup>28</sup> Das wäre konsequent, hieße aber, gegen die jahrzehntelange Praxis zu argumentieren. Eine so konsequente Lösung wäre zu radikal, um akzeptanzfähig zu sein.

Die Andeutungstheorie kann Falschbezeichnungen nur schwer verarbeiten;<sup>29</sup> auch deswegen wird sie von denen, die einem subjektiven Auslegungsverständnis folgen, kritisiert.<sup>30</sup> Eine Theorie nämlich, die die Annahme erlaubt, mit „Mutter“ könne auch die Ehefrau gemeint sein, ist keine Andeutungs-, sondern eine Umdeutungstheorie: Gerade die Gefahr, die durch solche Umdeutungen entsteht, etwa durch Aussagen von Zeugen (die ein Eigeninteresse haben können), sollte durch die Andeutungstheorie ursprünglich vermieden werden.<sup>31</sup>

Falschbezeichnungen sind, einmal entdeckt, im Übrigen häufig auf anderer Ebene zu lösen. Flurstücksverwechslungen zum Beispiel werden zumeist im Vollzugsprozess entdeckt, insbesondere auch vom Grundbuchamt. Der Notar kann dann ggf. einen Berichtigungsvermerk gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG fertigen oder einen Nachtrag beurkunden.

Fällt der Fehler später auf, etwa weil der Verkäufer Eigentümer mehrerer Immobilien ist und versehentlich die die nicht gewollte Immobilie in die Urkunde aufgenommen wurde, wird man mit einer Auslegung nach Sinn und Zweck weiterkommen: Der Verkäufer will in der Regel nur Grundstücke verkaufen, die ihm gehören.<sup>32</sup> Wenn die Nebenakte des Kaufvertrags noch existiert, kann man dort ggf. aus der Entstehungsgeschichte weitere Schlüsse ziehen. Im Übrigen wird man auch hier im Allgemeinen eine Nachtragsurkunde fertigen können.

Geht es um die Auslegung von Verfügungen von Todes wegen, helfen unter Umständen ebenfalls Vorentwürfe oder aber Aussagen von Zeugen, um festzustellen, was der Erblasser mit einem von ihm gewählten Ausdruck gemeint hat (Auslegung nach Sinn und Zweck).

Auch bei Falschbezeichnungen setzt die Form freilich Grenzen, insbesondere dort, wo es überhaupt an einer „Bezeichnung“, etwa des Erben, fehlt.

Dass ein Begriff mehrere Bedeutungen haben kann, ist nicht nur ein Problem der Willenserklärung, sondern auch der Gesetzesauslegung: Nehmen wir etwa den in mehreren Unionsrechtsakten gebrauchten Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“. Dieser hat nicht in jeder EU-Verordnung dieselbe Bedeutung.<sup>33</sup>

28 So *Dötterl*, NotBZ 2006, 190.

29 Konsequent aber *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064 ff. Rdnr. 32 ff.: Ob eine Andeutung vorhanden ist, müsse vom Standpunkt des Erblassers aus beurteilt werden (Rdnr. 35).

30 Siehe namentlich *Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1911, S. 185, 188; *Staudinger/Singer*, § 133 Rdnr. 32 f.

31 Zutr. *Foerste*, DNotZ 1993, 84, 88.

32 BGH, Urteil vom 23.06.2023, V ZR 89/22, juris Rdnr. 27.

33 Vgl. dazu *John*, GPR 2018, 70, 76 f.

Wir halten fest: Unbewusste Falschbezeichnungen schaden auch bei formbedürftigen Rechtsgeschäften im Grundsatz nicht.<sup>34</sup>

## 2. Gesetzesauslegung

Ausgangspunkt jeder Auslegung ist der Wortlaut.<sup>35</sup> Er steht an erster Stelle, sodass jede Abweichung vom Wortlaut einer sorgfältigen Begründung bedarf.<sup>36</sup> Im Zweifel gewinnt der Wortlaut. Daneben sind die Normen systematisch auszulegen. Mit der Wortlautauslegung und aus dem Regelungszusammenhang können wir schließlich Sinn und Zweck einer Vorschrift ermitteln.<sup>37</sup>

Auch die subjektiv-historische Auslegung, also diejenige, die in Parlamentsprotokollen und Vorentwürfen Aufschluss sucht, spielt in der Rechtspraxis eine große Rolle.<sup>38</sup>

## 3. Gleichstellung von Gesetzes- und Rechts-geschäftsauslegung

In der Literatur zum Allgemeinen Teil des BGB und zur Methodenlehre finden sich zur Vertragsauslegung die Auslegungselemente wieder, die auch für die Gesetzesauslegung bekannt sind: Teils sind sie anders sortiert, teils anders gewichtet. Nur selten anzutreffende vertiefte Analysen stellen vor allem Unterschiede heraus.<sup>39</sup>

*Singer* beispielsweise baut die Leit-Kommentierung zu § 133 BGB im Staudinger derart auf, dass er unter einer Überschrift „Auslegungsmaximen und Erfahrungssätze“ folgende fünf Unterpunkte bildet: „Wortlaut der Erklärung“, „Gesamtzusammenhang (grammatische und systematische Auslegung)“, „Begleitumstände der auszulegenden Erklärung“, „teleologische Auslegung“ und „Treu und Glau-

34 Das entspricht auch der Rechtsprechung. Aus jüngerer Zeit BGH, Urteil vom 23.06.2023, V ZR 89/22, juris Rdnr. 18. Vgl. auch die Differenzierung bei *jurisPK-BGB/Ludwig*, § 311b Rdnr. 207.

35 BVerfG, Urteil vom 26.06.2014, 2 BvR 2400/13, juris Rdnr. 15 m. w. N.

36 Siehe BGH, Urteil vom 24.02.1993, IV ZR 293/91, juris Rdnr. 18 = BGHZ 121, 357, 363; *MünchKomm-BGB/Leipold*, § 2084 Rdnr. 13.

37 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 12. Aufl. 2022, § 22 Rdnr. 726: Die Ermittlung des Normzwecks als *Ziel* der Auslegung.

38 Die subjektiv-historische Auslegung ist in dieser Form aber zu kritisieren, vgl. *Baldus*, Gut meinen, gut verstehen? in *Baldus/Theisen/Vogel*, „Gesetzgeber“ und Rechtsanwender, 2013, 5 ff.

39 Siehe namentlich *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, § 16 1 d), S. 299 ff.; *Medicus/Petersen*, Allgemeiner Teil des BGB, 11. Aufl. 2016, Rdnr. 307; *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, 1966, S. 20 ff.; differenzierend *Kramer*, Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2016, S. 155 ff., *Sosnitza*, JA 2000, 708. Vgl. auch *Danz*, DJZ 1909, 281 (Sp. 285) – allerdings mit dem Hinweis, man mache bei der Erklärung von Testamenten dieselben Fehler wie bei der Auslegung von Gesetzen. In beiden Fällen will *Danz* so auslegen, dass man den Sinn des Gesetzes bzw. der Willenserklärung eruiert.

ben und Verkehrssitte“; schließlich fragt er noch nach dem „Rangverhältnis der Auslegungsmaximen“. <sup>40</sup> *Reimer* sieht zwar Gemeinsamkeiten, lehnt aber eine „Gleichschaltung“ (sicher ein unglücklich gewählter Begriff) ab. <sup>41</sup> Insbesondere meint er, dass es bei der Auslegung einer Willenserklärung nicht auf „Sinn und Zweck“ ankomme. <sup>42</sup> *Kramer* wiederum deckt anfangs zunächst die grundsätzlichen Unterschiede zwischen Willenserklärungen und Gesetzen auf, um sodann gleichwohl Parallelen zu ziehen. <sup>43</sup>

Natürlich gibt es zwischen der Auslegung von Gesetzen und der Auslegung von Willenserklärungen Unterschiede. Während Gesetze an unbestimmte Personenkreise gerichtet sind, haben manche Willenserklärungen keinen Adressaten oder häufig doch einen begrenzten Empfängerkreis. Das heißt aber nicht, dass die Methoden der Gesetzesauslegung nicht auf die Interpretation von Willenserklärungen übertragen werden könnten. Denn eine formbedürftige Willenserklärung kann „auch für Momente außerhalb des Verhältnisses der an der Setzung der rechtsgeschäftlichen Regelung Beteiligten relevant“ sein. <sup>44</sup>

Die Tatsache, dass die Kommunikationssituation eine andere ist, schadet ebenfalls nicht. Wir haben in der rechtsgeschäftlichen Situation natürlich kein Über-Unterordnungs-Verhältnis. Und der psychologische Wille des rechtsgeschäftlich Erklärenden ist etwas anderes als der „Wille“ des Gesetzgebers oder gar des Gesetzes. <sup>45</sup> Sicherlich: Bei einer privatrechtlichen Erklärung stellt sich bisweilen schon die Vorfrage, ob überhaupt ein Testament oder ein Vertrag vorliegt, bei einem Gesetz braucht man dagegen nur in die Gesetzblätter zu schauen. Gewiss sind grundsätzlich nur die Beteiligten eines Rechtsgeschäfts daran gebunden, während das Gesetz abstrakt-generell gilt. Und auch: Während man eine Willenserklärung wegen eines Irrtums anfechten kann, muss der Gesetzgeber tätig werden und das Gesetz aufheben. <sup>46</sup> Aber der Interpret, ob eines Gesetzes oder einer formbedürftigen Willenserklärung, ist in der Auslegungssituation jeweils zunächst Außenstehender und braucht für beide Fälle eine praktikable Methode.

Eine Methode, die sich konzentrieren kann auf das Gesetz bzw. die formbedürftige Willenserklärung und die daher Umstände beiseitelassen kann, die sich darin textlich niedergeschlagen haben, vereinfacht jeweils die Rechtsfindung. Wenn es um den formgemäß *erklärten* Willen, also um eine normative Betrachtung geht, sind wir nah an der

Gesetzesauslegung, denn auch dort kann es nach zutreffender Ansicht nur um die Ermittlung dessen gehen, was der Gesetzgeber tatsächlich *erklärt* hat. <sup>47</sup>

Die Parallelisierung von Gesetzesauslegung und Interpretation von formbedürftigen Willenserklärungen funktioniert nicht nur bei der einfachen Auslegung, sondern auch bei der ergänzenden Auslegung von Willenserklärungen. Es liegt nahe, die ergänzende Vertragsauslegung der Gesetzesanalogie gleichzustellen, <sup>48</sup> weil beide eine planwidrige Lücke und eine vergleichbare Interessenlage voraussetzen.

In beiden Fällen werden ähnliche theoretische Fragen diskutiert. So ist international keinesfalls ausgemacht, ob die Analogie noch Teil der Auslegung ist oder etwas anderes. In Frankreich spricht man von der *interprétation par analogie*. <sup>49</sup> Auch in Deutschland wird nicht immer getrennt. *Flume* beispielsweise spricht in einem Nebensatz von der „Gesetzesauslegung durch Lückenfüllung“ <sup>50</sup>. Umgekehrt wird gefragt, ob ergänzende Auslegung überhaupt noch Auslegung sei. <sup>51</sup> Das ist kein Glasperlenspiel: Wenn wir zwischen Auslegung und Analogie von Gesetzen bzw. erläuternder und ergänzender Auslegung von Willenserklärungen grundlegende Unterschiede sehen, ist der Begründungsaufwand und damit der Rechtfertigungsdruck für Analogie bzw. ergänzende Auslegung größer. Wer die ergänzende Auslegung als „Auslegung“ erfasst, begründet sie über § 157 BGB; wer sie dagegen als andersartige „Vertragsergänzung“ ansieht, führt sie auf § 242 BGB zurück. <sup>52</sup>

#### 4. Vermutungswirkungen von Urkunden

In Rechtsprechung und Lehre hat sich als Rechtsgrundsatz eine Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde entwickelt. <sup>53</sup> Die Vermutung erstreckt sich auf die vollständige und richtige Wiedergabe aller Erklärungen, die eine Regelung enthalten. Sie greift, wenn der „Urkundstext nach Wortlaut, innerem Zusammenhang unter Berücksichtigung der Verkehrssitte (§ 157 BGB) einen bestimmten Ge-

40 Staudinger/*Singer*, § 133 Rdnr. 44 ff.

41 *F. Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2016, Rdnr. 145.

42 *F. Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rdnr. 146.

43 *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 155 ff.

44 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, § 16 1 d), S. 300. Daraus zieht *Flume* aber nicht dieselben Konsequenzen. Er unterstreicht vielmehr die Unterschiede zwischen Vertrags- und Gesetzesauslegung (S. 299 ff.).

45 Dazu *Baldus*, Gut meinen, gut verstehen? in: *Baldus/Theisen/Vogel*, „Gesetzgeber“ und Rechtsanwender, S. 8 f.

46 Vgl. zu dieser unterschiedlichen Kommunikationssituation: *Baldus*, Gut meinen, gut verstehen? in: *Baldus/Theisen/Vogel*, „Gesetzgeber“ und Rechtsanwender, S. 8 ff.

47 Es geht ja darum, den „Sinn einer Erklärung nachzuvollziehen“, *Reimer*, Juristische Methodenlehre, Rdnr. 235 – ausgefächert in Rdnr. 236.

48 Ebenso *Kramer*, Juristische Methodenlehre, S. 158 f.

49 Siehe etwa *Bergel*, Les fonctions de l’analogie en méthodologie juridique, R. R. J. 1995-4, 1079, 1082 f.

50 *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, § 16 4 b), S. 324.

51 Vgl. dazu von *Lübtow*, Probleme des Erbrechts, 1968, S. 59 m. Fn. 230.

52 Vgl. von *Lübtow*, Probleme des Erbrechts, S. 60 ff.

53 Dazu namentlich BGH, Urteil vom 19.06.1998, V ZR 133/97, NJW-RR 1998, 1470; Urteil vom 05.07.2002, V ZR 143/01, NJW 2002, 3164, 3165 m. w. N.; Urteil vom 10.06.2016, V ZR 295/14, DNotZ 2017, 48. Dazu schon früh kritisch *Danz*, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, S. 190 ff., für den es sich lediglich um eine Auslegungsregel handeln solle (unzutr.). Grundlegend RG, Urteil vom 13.06.1902, Rep. VII. 126/02, RGZ 52, 23, 25 f.

schäftsinhalt zum Ausdruck bringt“<sup>54</sup>

Es handelt sich um eine echte Beweislastumkehr:<sup>55</sup> Die Partei, die sich auf *außerhalb der Urkunde liegende Umstände* (wie etwa Begleitumstände, Entstehungsgeschichte o. Ä.) beruft, trifft die Beweislast für deren Vorliegen.<sup>56</sup> Eine Erschütterung der Beweiswirkung genügt nicht.<sup>57</sup>

Dieser prozessuale Aspekt hat praktische Auswirkungen auf die materielle Auslegung. Geht man von der Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit aus, sind Umstände, die außerhalb der Urkunde liegen, grundsätzlich nicht zu würdigen. Das gilt insbesondere auch für abweichende Vertragsentwürfe.<sup>58</sup> Streitet man also über das Verständnis einer Klausel, ist die Urkunde grundsätzlich aus sich heraus zu würdigen. Je weiter ein Auslegungsergebnis vom objektiven Verständnis entfernt ist, desto höhere Anforderungen muss der Richter an die Überzeugungskraft des Vortrags und Beweises stellen.<sup>59</sup>

Darüber hinaus misst die herrschende Meinung namentlich dem Wortlaut des Testaments eine *tatsächliche* Vermutung dahin bei, dass er den Willen des Erblassers objektiv, also nach dem allgemeinen Sprachgebrauch wiedergibt. An eine Abweichung vom objektiven Verständnis stellt sie strenge Beweisanforderungen.<sup>60</sup>

## II. Erbvertrag und Testament

Auslegungsfragen gehören zu den Hauptaufgaben der Erbrechtsenate der OLGs in Deutschland. So sind auf der Datenbank Juris für den Zeitraum vom 30.06.2018 bis zum 30.06.2023 1.125 Entscheidungen von OLGs bzw. dem KG eingestellt, die dem Erbrecht zuzurechnen sind. Davon beschäftigen sich mindestens 400 mit Auslegungsfragen, davon wiederum gut 300 mit der Auslegung von letztwilligen Verfügungen.

### 1. Handschriftliche Testamente

Schlägt man Lehrbücher, Kommentierungen und Aufsätze zur Auslegung von Testamenten auf, so findet man teils mäandernde Ausführungen zu § 133 BGB; dazu, dass es nicht auf den Wortlaut ankomme, sondern auf den dahinter stehenden Willen des Erblassers; dass alle Umstände, auch die außerhalb des Testaments, berücksichtigt werden müs-

sen, usw.<sup>61</sup> Und irgendwann kommt dann ein Satz mit der Form, der zum Beispiel so lautet: „Im Ergebnis geht der formgerecht erklärte Erblasserwille aber jeder anderen Auslegung vor.“<sup>62</sup> Das führt immer wieder zu inneren Widersprüchen wie zum Beispiel in einer jüngeren Urteilsanmerkung, in der es zunächst heißt, dass „auch bei Klauseln mit einem zeitlichen Element *über den Wortlaut hinaus* ebenso die [...] Konstellation erfasst sein soll, in der die Bestimmung eines Schlusserben durch den Überlebenden unmöglich“ sei.<sup>63</sup> Vier Sätze später heißt es: Es werde die „Grenze der Auslegung doch *durch den Wortlaut* gezogen“.<sup>64</sup>

Zutreffend schreibt *Otte*: „[Die] Maßgeblichkeit des Erblasserwillens ändert nichts an der Formbedürftigkeit seiner Erklärung.“<sup>65</sup> Daher kann man tatsächlich sagen, dass der Wortlaut die Grenze der Auslegung des Testaments ist. Dann überrascht es nämlich nicht, dass bei der Auslegung von handschriftlichen Testamenten häufig am buchstäblichen Sinn des Ausdrucks gehaftet wird.

Eindrückliche Beispiele bilden sog. Katastrophenklauseln, wie „bei unserem gemeinsamen Tod“, „beim gleichzeitigen Versterben“, „bei beiderseitigem Versterben“ usw. Der weitaus häufigere Fall, dem zufolge der eine vor dem anderen verstirbt, ist darin häufig nicht mitgeregelt. Die einfache Auslegung kann bekanntlich eine vergessene Erbeinsetzung nicht nachholen.<sup>66</sup> Die ergänzende Auslegung führt zu keinem anderen Ergebnis. Sie fragt, welche letztwillige Anordnung der Erblasser vermutlich getroffen hätte, wenn er die Umstände gekannt hätte, die ihm bei der Testamentserrichtung unbekannt waren.<sup>67</sup> Wegen der Formbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts setzt die ergänzende Testamentsauslegung voraus, dass ein „genügender Erklärungstatbestand in Form eines Testaments“ vorliegt und nur einer oder mehrere besondere Punkte nicht geregelt sind.<sup>68</sup> In der Logik der Andeutungstheorie ist zu fragen, ob hinreichend deutlich ist, dass die Erblasser sich für den ersten Todesfall gegenseitig zum Alleinerben eingesetzt haben. Kann man sagen, dass der Fall, dass der eine zuerst stirbt, mitgedacht und mitgeregelt sei, wenn man eine Re-

54 BGH, Urteil vom 05.07.2002, V ZR 143/01, NJW 2002, 3164, 3165.

55 Str.; a. A. *Elzer*, JR 2006, 447 – Tatsachenvermutung: Anderes Beweismaß; gehören in den Bereich der Beweiswürdigung. Sie wird auch nicht widerlegt, sondern lediglich erschüttert.

56 OLG München, Urteil vom 08.02.2021, 33 U 4723/20, juris Rdnr. 47.

57 BGH, Urteil vom 19.06.1998, V ZR 133/97, NJW-RR 1998, 1470; Urteil vom 05.07.2002, V ZR 143/01, NJW 2002, 3164, 3165.

58 BGH, Urteil vom 10.06.2016, V ZR 295/14, DNotZ 2017, 48.

59 Zutr. *Staudinger/Singer*, § 133 Rdnr. 34.

60 MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 14; OLG München, Beschluss vom 18.06.2020, 31 Wx 164/18, ErbR 2021, 225, 226.

61 Vgl. etwa NK/*Kroiß/Fleindl*, BGB, 6. Aufl. 2022, § 2084 Rdnr. 8; *K. W. Lange*, Erbrecht, 3. Aufl. 2022, § 35 Rdnr. 12; *Löhnig/Fischinger*, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, Rdnr. 169, 171, 175.

62 *Kroiß*, ZERB 2023, 321, 330. Vgl. auch BGH, Beschluss vom 19.06.2019, IV ZB 30/18, juris Rdnr. 16.

63 *Bernert*, MittBayNot 2023, 162. Hervorhebungen von mir.

64 *Bernert*, MittBayNot 2023, 162. Hervorhebungen von mir.

65 *Staudinger/Otte*, Stand: 18.06.2020, Vor §§ 2064 ff. Rdnr. 25.

66 MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 17 m. w. N.

67 *Von Lübtow*, Probleme des Erbrechts, 1968, S. 57; *F. Schulz*, Gedächtnisschrift für E. Seckel, S. 73 f.

68 *Von Lübtow*, Probleme des Erbrechts, 1968, S. 67. Anders: *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Band 2, § 16 5, S. 337 f.; *Flume*, NJW 1983, 2007, 2011: Es gehe darum, „den ‚Gedanken‘ der getroffenen Regelung ‚zu Ende zu denken‘ oder die getroffene Regelung, wenn sie auf eine unrichtig angenommene Wirklichkeit bezogen ist, zur Verwirklichung des gemeinten Sinnes der andersartigen Wirklichkeit anzupassen“.

gelung für das gleichzeitige Versterben trifft? Das könnte man so sehen. Das Problem der „Andeutungstheorie“ liegt genau hierin, dass weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung Übereinstimmung darüber herrscht, welche Anforderungen an die Andeutung zu stellen sind.<sup>69</sup> Entscheidend ist in der Sache, dass eine vergessene Erbeinsetzung vergessen bleibt und auch mit der ergänzenden Testamentsauslegung nicht repariert werden kann.<sup>70</sup> Insoweit gibt es nicht nur eine „Lücke“ in der Verfügung, sondern es fehlt die Verfügung selbst. Die analoge Anwendung von Rechtsnormen kann auch nur Lücken im Gesetz schließen, nicht ganze Gesetze ersetzen.

Gewisse Ausnahmen macht die Rechtsprechung nur dort, wo Erblasser kurz nacheinander versterben, nach einem Unfall zum Beispiel innerhalb weniger Stunden bis zu wenigen Tagen. Ein darüber hinausgehender, erheblicher zeitlicher Abstand ist aber nicht mehr „gleichzeitig“.<sup>71</sup> In jedem Fall entstehen Abgrenzungsschwierigkeiten: So mag man sich fragen, ob der zulässige – kurze – zeitliche Abstand nur dasselbe Ereignis erfasst oder auch unterschiedliche. Nach Rechtsprechung und Literatur gibt ein teleologisches Argument den Ausschlag: Gemeint sind die Fälle, in denen der Längerlebende das Testament nicht mehr ändern kann.<sup>72</sup> Das taugt als Abgrenzungskriterium wiederum nur begrenzt, denn wenn jemand an einer so weit fortgeschrittenen Demenz leidet, dass er nicht mehr testierfähig ist, kann er noch mehrere Jahre leben. Er kann das Testament nicht mehr anpassen, aber das ändert nichts an der Tatsache, dass kein gleichzeitiges Versterben mehr vorliegt.<sup>73</sup>

Jedenfalls zeigt die Dogmatik um die sog. Katastrophenklauseln, dass der objektive Wortlaut von Testamenten, gerade auch von handschriftlichen Testamenten, ernst genommen wird. Das gilt auch für andere Bereiche der Testamentsauslegung.<sup>74</sup>

## 2. Notarielle Verfügungen von Todes wegen

Notarielle Verfügungen von Todes wegen sind anders zu behandeln. Der Notar beurkundet zwar den Willen der Beteiligten, sodass auf *materiellrechtlicher* Ebene auf den ersten Blick kein Unterschied zwischen einem handschriftli-

chen und einem notariellen Testament erkennbar ist. Bedeutende Unterschiede ergeben sich aber auf prozessualer Ebene.

Es herrscht die Ansicht vor, dass eine Vermutung dafür spricht, dass die vom Notar verwandten Fachbegriffe auch das meinen, was sie sagen.<sup>75</sup> Prozessual handelt es sich um einen Anscheinsbeweis.<sup>76</sup>

Da der Notar den Willen der Beteiligten erforschen soll, liegt es überdies nahe, dass bei notarieller Beurkundung der Wille des Erblassers vollständig und abschließend wiedergegeben wurde.<sup>77</sup> Es darf also, vorbehaltlich der Darlegung eines anderen Sachverhalts, davon ausgegangen werden, dass der Notar bei der Beurkundung des Willens des Erblassers weder Vermächtnis mit Erbeinsetzung noch Nacherbschaft mit Ersatzerbschaft verwechselt hat.<sup>78</sup>

Daher ist auch Vorsicht geboten, in notariellen Verträgen stillschweigende Erklärungen entdecken zu wollen. Da der Notar gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG den Willen der Beteiligten erforschen und in der Urkunde unzweideutig erfassen soll, sind stillschweigende Verfügungen die Ausnahme.

Aus alledem folgt:

Der Wortlaut einer notariellen Verfügung von Todes wegen ist grundsätzlich verlässlicher als der eines handschriftlichen Testaments. Auch eine systematische Auslegung von notariellen Verfügungen ist in der Regel ertragreicher als die von handschriftlichen, weil davon ausgegangen werden darf, dass eine Notarurkunde rational gegliedert ist. Wenn bei zwei Verfügungen in einem Erbvertrag jeweils am Ende steht: „Diese Verfügung ist vertragsmäßig getroffen“, darf man daraus beispielsweise schließen, dass alle übrigen Verfügungen einseitig, in jederzeit widerrufflicher Weise getroffen sind.

Diese Grundsätze dürften generell gelten, wenn Testamente nach professioneller Rechtsberatung zustande gekommen sind. Ist ein Erblasser, der ein handschriftliches Testament errichtet hat, erkennbar rechtlich beraten gewesen, ist es nach Auffassung des Pfälzischen OLG zulässig, die

69 Kapitulierend OLG Hamm, Beschluss vom 06.01.2011, 15 Wx 484/10, ZEV 2011, 427, 428. Krit. auch *Hertler*, ZEV 2011, 429, 430.

70 MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 2084 Rdnr. 93. Str.; a. A. etwa *Gerhards*, JuS 1994, 642, 648.

71 BGH, Beschluss vom 19.06.2019, IV ZB 30/18, DNotZ 2019, 944. A. A. *Graf Wolffskeel v. Reichenberg*, NJW 2019, 2319 (keine „zeitliche Maximalgrenzen“).

72 So etwa *NK/Gierl*, BGB, § 2269 Rdnr. 57; *Burandt/Rojahn/Braun/Schuhmann*, *Erbrecht*, 4. Aufl. 2022, § 2269 BGB Rdnr. 28; *Graf Wolffskeel v. Reichenberg*, NJW 2019, 2319. Zur – teils unterschiedlichen – Rechtsprechung näher *Staudinger/Raff*, *Neub.* 2022, § 2269 Rdnr. 59 ff.

73 Großzügiger noch *Staudinger/Raff*, § 2269 Rdnr. 67.

74 Beispiele: OLG München, Beschluss vom 18.06.2020, 31 Wx 64/18, juris Rdnr. 27 ff.; Urteil vom 14.05.2014, 7 U 2983/13, juris Rdnr. 48 ff. („Sparguthaben“ erfasst nach dem OLG nicht auch das Guthaben auf einem Girokonto).

75 „Gewisse Vermutung [...], dass der objektive Erklärungsgelton und der Erblasserwille übereinstimmen“, OLG Saarbrücken, Beschluss vom 06.01.1994, 5 W 119/93, NJW-RR 1994, 844, 846; OLG München, Beschluss vom 08.06.2010, 31 Wx 48/10, NJW-RR 2011, 12, 13. Nach Auffassung des OLG Saarbrücken (5 W 119/93) ist das aber schwächer als eine echte Tatsachenvermutung. Sehr skeptisch dagegen OLG Hamm, Beschluss vom 06.01.2011, 15 Wx 484/10, ZEV 2011, 427, 428. Siehe dazu auch *Staudinger/Otte*, Vor §§ 2064 ff. Rdnr. 63.

76 Näher *Raff*, *ErbR* 2020, 330 m. w. N.

77 DNotI, Gutachten-Nr. 26296 vom 31.07.2001. Die Verwendung von Fachbegriffen durch den Notar bietet eine erhöhte Richtigkeitsgewähr, siehe etwa *Staudinger/Singer*, § 133 Rdnr. 46.

78 So hat das OLG München zutr. einem beurkundeten „Anspruch auf das Anwesen“ aus einem Ehe- und Erbvertrag aus dem Jahr 1941 keine Erbeinsetzung entnommen: OLG München, Beschluss vom 08.06.2010, 31 Wx 48/10, NJW-RR 2011, 12, 13.

Auslegung „eng am Wortlaut“ vorzunehmen.<sup>79</sup>

Die Bedeutung des Wortlauts in notariellen Verfügungen zeigt folgender Fall:

Die E errichtet mit ihrem Mann M 1965 einen Erbvertrag. Darin heißt es:

„Im Wege des Erbvertrags vereinbaren wir in einseitig unwiderruflicher Weise: Wir setzen uns hiermit gegenseitig zu alleinigen und ausschließlichen Erben ein. Erbe des Längstlebenden von uns soll sein der Sohn des Ehemannes[,] W. (...) Diese Erbeinsetzung ist jedoch nicht die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft. Sonst wollen wir nichts bestimmen.“

W verstirbt 1996. W hat zwei Kinder, die Enkel von M, die zum Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrags bereits geboren waren.

E, verwitwet, errichtet 2012 ein notarielles Testament und setzt darin die geschiedene Ehefrau eines der beiden Enkel von M zu ihrer unbeschränkten Alleinerbin ein.<sup>80</sup>

Die Kernfrage lautet hier, ob die Eheleute im Erbvertrag eine Ersatzerbeinsetzung für den Fall des Vorversterbens getroffen haben.

Das OLG München prüft unmittelbar eine ergänzende Auslegung des Erbvertrags, mit der Begründung, eine ausdrückliche Regelung der Ersatzerbfolge finde sich im Erbvertrag nicht.

Hier deutet sich das Spannungsfeld an, in dem sich konkludente Erklärungen bewegen, die formgemäß sein müssen.<sup>81</sup> Aber fehlt es wirklich an einer ausdrücklichen Regelung? Immerhin steht im Erbvertrag nach den Klauseln zur Erbeinsetzung, dass die Eheleute „sonst nichts“ regeln wollten. Dem kann man entnehmen, dass auch keine Ersatzerbeinsetzung getroffen ist.

Dieser und weitere Aspekte reichen dem OLG aber „nur“, um eine ergänzende Erbvertragsauslegung abzulehnen. Es fehlt nach seiner Auffassung an einer planwidrigen Regelungslücke. Das OLG stützt dies zum einen auf die abschließende Klausel im Erbvertrag und zum anderen auf die Beratungsfunktion einer notariellen Urkunde. Dass eine umfassende notarielle Beratung tatsächlich stattgefunden hat, entnimmt das OLG dem klarstellenden Satz zur Vor- und Nacherbschaft: Dies deute darauf hin, dass eine umfassende Beratung durch den Notar vorausgegangen ist, auch über die Frage der Einsetzung von Ersatzschlussenerben.

Eine Auslegung nach dem Wortlaut und dem System der Urkunde hätte hier meines Erachtens gereicht – mit demselben Ergebnis: Ersatzschlussenerben sind nicht eingesetzt. Der Umweg über die ergänzende Vertragsauslegung und die Vermutungswirkung notarieller Urkunden war unnötig.

79 OLG Zweibrücken, Beschluss vom 06.10.1997, 3 W 166/97, FamRZ 1998, 581, 582 f.

80 OLG München, Beschluss vom 03.11.2021, 31 Wx 110/19, DNotZ 2022, 461.

81 Siehe dazu näher unten Abschnitt III.1.

### III. Verträge über die Veräußerung von Immobilien

#### 1. Bedeutung der Auslegungskriterien, Konkludenz und Form

Der Wortlaut ist auch in Verträgen über die Veräußerung von Immobilien von besonderer Bedeutung, wie zahlreiche Fälle aus der Rechtsprechung zeigen.<sup>82</sup> Zwei Fälle dagegen, in denen die Rechtsprechung ohne Not vom Wortlaut abgewichen ist, stellen Ausnahmen von dieser Regel dar.

##### a) Fall des OLG Brandenburg vom 31.08.2022

Zunächst geht es um eine jüngere Entscheidung des OLG Brandenburg,<sup>83</sup> die in der Praxis mit Recht auf viel Kritik gestoßen ist.<sup>84</sup> In einer Übertragung von Mutter auf Kind heißt es:

„Die Überlassung erfolgt im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter Anrechnung auf den Pflichtteil des Erwerbers am künftigen Nachlass des Veräußerers.“

Die übrigen Kinder verzichten in derselben Urkunde gegenüber der Mutter beschränkt auf den veräußerten Gegenstand auf ihre Pflichtteilsansprüche. Im Rahmen eines Erbscheinverfahrens stellt sich die Frage, wer Erbe nach M geworden ist.

Der Senat meint, der o. g. Klausel unter Bezug auf § 133 BGB entnehmen zu können, dass der Sohn nichts mehr aus dem Nachlass erhalten solle, also enterbt sei, § 1938 BGB. Das OLG erkennt zwar, dass die Enterbung „nicht wörtlich“ angeordnet wurde, referiert sodann aber Rechtsprechung, nach der eine stillschweigende Enterbung möglich ist, wenn der Ausschließungswille eindeutig zum Ausdruck kommt.<sup>85</sup>

Es mutet fast schon paradox an, zu sagen, eine stillschweigende Enterbung sei möglich, dafür aber zugleich zu ver-

82 Siehe etwa BGH, Urteil vom 23.06.2023, V ZR 89/22, juris Rdnr. 14 ff.; Urteil vom 11.10.2019, V ZR 7/19, VersR 2020, 852, 853; Urteil vom 14.03.2003, V ZR 278/01, MDR 2003, 735; Urteil vom 05.07.2002, V ZR 143/01, juris Rdnr. 6 ff.

83 OLG Brandenburg, Beschluss vom 26.09.2022, 3 W 55/22, MittBayNot 2023, 612 m. abl. Anm. Keim.

84 Siehe namentlich *Lünighöner/Woinar*, NotBZ 2023, 281; *Heckschen*, NotBZ 2023, 176; *Esskandari/Bick*, ErbStB 2023, 209; *Lotte*, DNotZ 2023, 305 ff.; *Schmidt/Wegerhoff*, FGPrax 2023, 122; *Kollmeyer/Funcke*, ZEV 2023, 503, 509: „abwegig“; *Keim*, MittBayNot 2023, 614; *BeckOGK-BGB/Reisnecker*, Stand: 01.12.2023, § 2315 Rdnr. 44.

85 OLG Hamm, Beschluss vom 09.12.2011, I-15 W 701/10, ZEV 2012, 314; OLG München, Urteil vom 29.09.2000, 21 U 2369/00, ZEV 2001, 153, 154. Zur Reformdiskussion vgl. *Staudinger/Otte*, § 2315 Rdnr. 33 ff.

langen, dass das eindeutig zum Ausdruck kommen müsse. Hier erscheint wieder die Spannung zwischen konkludenten Erklärungen und Formanforderungen.

Konkludenz heißt nicht immer „ohne Worte“. Gerade in formbedürftigen Willenserklärungen stellen konkludente Erklärungen den Rechtsanwender vor das Problem, diese im Text finden zu müssen. Sie kann es in formgebundenen Rechtsgeschäften daher nur geben, wenn sie in Textzeichen gefasst sind. Die Vertreter der Andeutungstheorie würden also sagen, es müssten sich hinreichende Anhaltspunkte dafür im Text finden.

Tatsächlich führen Kategorien wie „stillschweigend“, „konkludent“, „eindeutig“, „ausdrücklich“ usw. für die Auslegung formgebundener Rechtsgeschäfte nicht weiter. Dort, aber nur dort, wo das Gesetz mit solchen Kategorien arbeitet, etwa mit der Ausdrücklichheit in § 244 Abs. 1 BGB, brauchen wir sie, anderenfalls nicht. Denn eine konkludente Erklärung löst, abgesehen von solchen speziellen gesetzlichen Regeln, keine anderen Rechtsfolgen aus als eine ausdrückliche. Das gilt erst recht für „stillschweigende“ und „eindeutige“ Erklärungen.

Man kann, statt solche Kategorien zu verwenden, einfach sagen: Eine Regelung muss sich durch Auslegung nach Wortlaut und systematischem Zusammenhang dem Rechtsgeschäft entnehmen lassen.

Trotzdem stellt das OLG als Obersatz die Regel auf, dass eine Enterbung in der Urkunde eindeutig zum Ausdruck kommen müsse. Wenn dem so ist, dann überrascht umso mehr, warum der Senat nicht auch Gesichtspunkte berücksichtigt hat, die gegen seine Auslegung sprechen. Den wichtigsten bildet das Gesetz selbst, denn die Pflichtteilsanrechnung ist in § 2315 BGB geregelt und bedeutet etwas anderes als die Enterbung, die in § 1938 BGB steht. Die Pflichtteilsanrechnung setzt eine Verkürzung des Erbanspruchs hinter den Pflichtteil zwar voraus, keinesfalls aber ist mit ihr automatisch eine Enterbung verbunden.<sup>86</sup> Denn das hieße ja, eine Enterbung in solchen Fällen zu vermuten.

Der Sinn der Pflichtteilsanrechnung liegt darin, die Testierfreiheit des Schenkers zu erweitern. Errichtet er ein Testament und setzt andere Erben als den Beschenkten ein oder gibt ihm einen Erbteil, der hinter dem Pflichtteil zurückbleibt, dann muss sich der Beschenkte, wenn er im Erbfall seinen Pflichtteil geltend macht, die Schenkung anrechnen lassen. Namentlich bei sog. Berliner Testamenten kann damit der Längerlebende stärker vor Pflichtteilsansprüchen des Beschenkten geschützt sein.

Der Entscheidung ist also nicht zuzustimmen. Das OLG hätte vielmehr den Wortlaut ernst nehmen müssen. Wäre die Entscheidung des OLG Brandenburg richtig, müssten nun Notare überlegen, jede Schenkungsurkunde, die eine Pflichtteilsanrechnung enthält, im Zentralen Testamentsre-

gister zu registrieren. Und im Fall von Erbscheinsanträgen müsste nun nach früheren notariellen Schenkungsurkunden geforscht und geprüft werden, ob damit eine Enterbung verbunden ist.

Solche OLG-Entscheidungen haben Folgewirkungen, lösen insbesondere neue Gestaltungsvorschläge aus. So wird nun teils geraten, Klarstellungen in die Urkunde aufzunehmen, etwa dergestalt, dass mit der Pflichtteilsanrechnung ausdrücklich keine Enterbung verbunden sei. Auch wird vereinzelt empfohlen, einen Hinweis darüber aufzunehmen, dass der Notar über die Unterschiede zwischen Pflichtteilsanrechnung und Enterbung belehrt habe. Oder der Notar könnte klarstellen, dass „diese Beurkundung keine Verfügung von Todes wegen enthält“.<sup>87</sup> Das ist eigentlich nicht viel anders, als wenn in einem notariellen Testament ein Vermächtnis ausgesetzt würde und der Notar ergänzt, dass es sich nicht um eine Erbeinsetzung handelt.<sup>88</sup>

#### b) Entscheidung des BGH von 1956

Eine weitere Entscheidung mit überraschendem Ergebnis stammt aus den 1950er Jahren.

Die Stadt Hamburg verkaufte an Eheleute ein Grundstück. In dem Kaufvertrag war folgende Klausel enthalten:

„Die Käufer verpflichten sich, auf dem Grundstück ein Wohnhaus nach den Bestimmungen der Baupolizeiverordnung errichten zu lassen. Mehr als ein Wohnhaus mit zwei Wohnungen darf auf dem Grundstück nicht errichtet werden.“<sup>89</sup>

Die Käufer bauten ein Haus mit zwei Einheiten und richteten in einer Einheit einen Laden ein. Hamburg klagte auf Beseitigung des Ladens. Das OLG gab der Stadt Recht: Ein Wohnhaus mit nicht mehr als zwei Wohnungen zu errichten, schließe die Verpflichtung in sich, keinen Laden zu errichten.

Der BGH greift weit aus und findet das Ergebnis, das er offenbar haben möchte, im preußischen Fluchtliniengesetz, welches ein „Wohngebäude“ auch als solches anerkennt, wenn es einzelne Räume für gewerbliche Zwecke enthält, im Übrigen aber für den dauernden Aufenthalt von Menschen geeignet und bestimmt ist. Der BGH kommt zum Ergebnis, das OLG könnte durch seine Auslegung von „Wohnhaus“ von der „irrtümlichen Deutung des Sprachgebrauchs beeinflusst“ sein.<sup>90</sup> Daher verweist der BGH zurück. Die endgültige Entscheidung ist nicht bekannt.

Wenn man auf die Vertragsklausel blickt, lag demgegenüber eine andere Auslegung näher. Der Wortlaut spricht im

86 *Litzenburger*, ZEV 2023, 32; *Lotte*, DNotZ 2023, 305, 307; BeckOK\_BGB/Müller-Engels, Stand: 01.11.2023, § 2315 Rdnr. 8. Vgl. zum Zusammenhang von Enterbung und Pflichtteilsanrechnung auch *Staudinger/Otte*, § 2315 Rdnr. 18.

87 *Heckschen*, NotBZ 2023, 176, 177. Ähnlich: *Litzenburger*, ZEV 2023, 32.

88 Schön ist der Vergleich bei *Keim*, MittBayNot 2023, 615: „Schließlich verlangt man von einem Viehhändler auch nicht, er müsse den Kunden darüber aufklären, dass es sich bei dem verkauften Pferd nicht um eine Kuh handelt“.

89 BGH, Urteil vom 02.05.1956, V ZR 157/54, BeckRS 1956, 31373350.

90 BGH, Urteil vom 02.05.1956, V ZR 157/54, BeckRS 1956, 31373350.

ersten Satz von einem Wohnhaus. Zieht man systematisch den zweiten Satz hinzu, wird konkretisiert, was die Vertragsparteien damit meinten: Ein Haus mit höchstens zwei Wohnungen. Hat man – damalige wie heutige Wohnbaupolitik – vor Augen, sprechen schließlich auch Sinn und Zweck für eine solche Auslegung.

## 2. Zäsurwirkung der notariellen Urkunde

Speziell im Kaufrecht hat der V. Zivilsenat 2015 eine Zäsurwirkung des Kaufvertrags entwickelt: Beschreibungen von Eigenschaften und Abreden hinsichtlich der Beschaffenheit einer Immobilie aus dem Vorfeld der Beurkundung, die aber in der Urkunde selbst keinen Niederschlag gefunden haben, stellen im Zweifel keine Beschaffenheitsvereinbarung dar.<sup>91</sup> Es gilt also im Zweifel nur das zur Beschaffenheit, was in der Urkunde steht. Auch das entlastet die Rechtsanwendung, weil sie auf die Urkunde konzentriert werden kann.

## IV. Gesellschaftsverträge

Beschäftigt man sich mit der Auslegung von Gesellschaftsverträgen, wird die Nähe zur Gesetzesauslegung besonders deutlich.

### 1. Personengesellschaften

Das gilt selbst bei Personengesellschaften, obwohl Verträge von Personengesellschaften, anders als die von Kapitalgesellschaften, im Grundsatz keiner notariellen Form unterliegen.<sup>92</sup>

So nimmt *Grunewald* in einem grundlegenden Aufsatz für die Auslegung von Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften Bezug auf §§ 133, 157 BGB, um sodann zu schreiben:

„Demgemäß ist vom **Wortlaut** des Vertrages auszugehen. Ist dieser unklar oder trifft er keine Aussage, so ist zu ermitteln, was die Vertragsschließenden unter Berücksichtigung der **Vorgeschichte** und der **Systematik** des Vertrages sowie der besonderen Umstände beim Vertragsschluss mit der auszulegenden Regelung **be-zweckten** [...]“<sup>93</sup>

Nun besteht jedenfalls beim Personengesellschaftsvertrag allgemein die Besonderheit, dass bei Einigkeit *aller* Gesellschafter der Wortlaut zweitrangig sein soll, denn eine andere Vertragsübung mag dann eine Vertragsänderung darstellen.<sup>94</sup> Das Verständnis der Gesellschafter soll aber auch in diesem Fall nach umstrittener Ansicht nicht entscheidend sein, wenn die Gesellschaft auf Gesellschafterwechsel angelegt ist oder jedenfalls wenn ein Gesellschafter-

wechsel stattgefunden hat.<sup>95</sup>

Fälle der Einigkeit aller werden selten justiziabel. Relevant werden diese Fälle, wenn sich mindestens einer auf den Wortlaut beruft. Wenn der Wortlaut – nach Auslegung – hinreichend klar ist, wird man die Beteiligten daran festhalten.

*Grunewald* schlägt eine abgestufte Vorgehensweise vor: „Je klarer der Wortlaut, desto schwerwiegender müssen die Gründe sein“, um ein anderes Verständnis anzunehmen.<sup>96</sup> Man wird weiter ergänzen müssen: Je stärker Interessen Außenstehender betroffen sind, desto wichtiger wird das objektive Wortlautverständnis. Das gilt insbesondere für die Auslegung von Verträgen von Publikums-Personengesellschaften.<sup>97</sup>

Die Vorstellungen Dritter, die an der Niederlegung des Textes beteiligt waren, zum Beispiel Rechtsanwälte und Notare, sind auf der Primärebene unbeachtlich. Es kommt danach nur auf das Verständnis der Gesellschafter an. Aber: Das Verständnis der Berater kann selbstverständlich Indiz für das Verständnis der Gesellschafter sein.<sup>98</sup>

Auch bei Personengesellschaften kann die Formbedürftigkeit ausnahmsweise Auswirkung auf die Auslegung haben, namentlich dann, wenn etwa wegen § 311b BGB der Gesellschaftsvertrag mitzubeurkunden ist.<sup>99</sup> Da Personengesellschaftsverträge in der Praxis zudem regelmäßig schriftlich oder in Textform niedergelegt sind, sollte demnach auch die verwendete Form Auswirkungen auf die Auslegung haben. Denn dann *wollten* die Beteiligten ihre gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen entsprechend fixieren. Stellt man konkret auf die Interessen potenzieller Rechtsnachfolger ab und abstrakt auf die Interessen des Rechtsverkehrs, spricht vieles dafür, das individuelle Vertragsverständnis einzelner Gesellschafter grundsätzlich außen vor zu lassen.

### 2. Kapitalgesellschaften

Geht es um die Auslegung von Verträgen von Kapitalgesellschaften, differenziert die herrschende Meinung zwischen „körperschaftsrechtlichen“ und individuellen Abreden.<sup>100</sup> Nach der Rechtsprechung ist eine Satzungsbestimmung eine körperschaftsrechtliche, wenn sie für einen unbestimmten Personenkreis Bedeutung hat, zu dem gegenwärtige und künftige Aktionäre und Gesellschaftsgläubiger ge-

95 *Grunewald*, ZGR 1995, 68, 71 ff.

96 *Grunewald*, ZGR 1995, 68, 70.

97 BGH, Urteil vom 07.11.1977, II ZR 105/76, juris Rdnr. 8; Urteil vom 30.04.1979, II ZR 57/78, juris Rdnr. 10; Urteil vom 07.06.1999, II ZR 278/98, juris Rdnr. 9; Urteil vom 04.07.2005, II ZR 354/03, juris Rdnr. 22, 27.

98 *Grunewald*, ZGR 1995, 68, 72.

99 Zu diesem und weiteren Formerfordernissen siehe etwa *Erman/Lieder*, BGB, 17. Aufl. 2023, § 705 Rdnr. 20 ff. m. w. N.

100 St. Rspr. seit BGH, Urteil vom 09.06.1954, II ZR 70/53, GHZ 14, 25, 36 f.; Urteil vom 11.10.1993, II ZR 155/92, BGHZ 123, 347, juris; vgl. dazu *Grunewald*, ZGR 1995, 68, 85 ff.; *Schockenhoff*, ZGR 2013, 76, 82 ff.

91 Grundlegend BGH, Urteil vom 06.11.2015, V ZR 78/14, DNotZ 2016, 271; Urteil vom 22.04.2016, V ZR 23/15; zuletzt Urteil vom 23.06.2023, V ZR 89/22, juris Rdnr. 19 f.; dazu *Raff*, MittBayNot 2017, 451 ff.; *Herrler*, DNotZ 2020, 397, 398 ff.

92 Zu Ausnahmen sogleich.

93 *Grunewald*, ZGR 1995, 68, 68 f.

94 *Grunewald*, ZGR 1995, 68, 69 f.

hören.<sup>101</sup> Individuelle Bestimmungen sollen hingegen solche sein, die ausschließlich das Verhältnis der Gründer untereinander sowie zur Gesellschaft betreffen.<sup>102</sup> Das ist eine feinsinnige Unterscheidung, die nicht immer zweifelsfrei möglich ist. Die Rechtspraxis zeigt, dass fast alle Entscheidungen körperschaftsrechtliche Bestimmungen zum Gegenstand hatten, nur vereinzelte hingegen Individualbestimmungen.<sup>103</sup>

Körperschaftsrechtliche Bestimmungen sollen nach objektiven Gesichtspunkten einheitlich aus sich heraus ausgelegt werden:<sup>104</sup> Wortlaut, Sinn und Zweck der Regelung und dem systematischen Bezug der Klausel zu anderen Bestimmungen des Vertrags kommen danach maßgebende Bedeutung zu.<sup>105</sup> Weitere allgemein zugängliche Unterlagen, also solche, die über das Registerportal abrufbar sind, sollen zur Auslegung herangezogen werden dürfen.<sup>106</sup> Sonstige Umstände ohne ausreichende Anhaltspunkte in der Satzung bleiben dagegen außen vor.<sup>107</sup>

Individuelle Bestimmungen sollen demgegenüber nach §§ 133, 157 BGB ausgelegt werden, d. h. das Verständnis der Gesellschafter soll entscheidend sein.<sup>108</sup> Wie wir oben zur Personengesellschaft bereits gesehen haben, gilt auch bei einem Ausgangspunkt gemäß §§ 133, 157 BGB: Die Auslegung richtet sich nach Wortlaut, Regelungszusammenhang sowie Sinn und Zweck. Der einzige Unterschied liegt darin, dass ein gemeinsames Verständnis aller dem objektiven Wortlaut vorgeht. Je mehr Gesellschafter es gibt, desto theoretischer ist diese Möglichkeit.

Zahlreiche Entscheidungen zeigen, dass sich der BGH bei der Auslegung von GmbH-Gesellschaftsverträgen der Methode der Gesetzesauslegung bedient, also Wortlaut, Zusammenhang und Zweck.<sup>109</sup> Das bedeutet nicht, dass der BGH am „Buchstaben“ des Wortlauts hängen bleibt, son-

dern – wie es auch bei der Gesetzesauslegung üblich ist – aus dem Zusammenhang und damit dem Wortlaut anderer Bestimmungen den Sinn einer Klausel näher deutet.<sup>110</sup>

### 3. Beispiele

#### a) Fall des BGH aus dem Jahr 1954

In einem Fall des BGH aus dem Jahr 1954<sup>111</sup> sieht ein GmbH-Gesellschaftsvertrag einer im Vertrag näher definierten Familiengesellschaft eine Mehrheit von 9/10 für Satzungsänderungen vor und enthält zudem folgende Regelung:

„Sollte *infolge gesetzlicher Maßnahmen* der Charakter der Gesellschaft als Familiengesellschaft nicht mehr aufrecht erhalten werden können, so bedarf es zu Beschlüssen der vorstehenden Art – das sind Beschlüsse, durch welche eine Änderung des Gesellschaftsvertrags oder die Auflösung der Gesellschaft herbeigeführt werden sollen – nur der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheit.“<sup>112</sup>

An anderer Stelle des Vertrags wird gesagt, dass der Charakter als Familiengesellschaft nicht mehr besteht, wenn die – näher definierten – Familienmitglieder nicht mehr mindestens 9/10 des Gesellschaftskapitals haben.

Infolge von Geschäftsanteilsabtretungen sowie – auch gesetzlichen – Erbgängen haben die näher definierten Familienmitglieder keine Mehrheit mehr von 9/10 des Gesellschaftskapitals.

Unter Berufung auf die abgedruckte Regelung beschließt eine Mehrheit von weniger als 9/10, aber in Höhe der gesetzlichen Mehrheitserfordernisse, eine Satzungsänderung. Es folgt eine Anfechtungsklage.

Der BGH legt die Satzung sehr sorgfältig aus. Er untersucht die o. g. Regelung ebenso wie damit in Zusammenhang stehende Bestimmungen des Vertrags.

Zunächst schreibt der BGH, es sei „einwandfrei festgestellt, dass der Gesellschaftsvertrag wohlüberlegt formuliert sei“.<sup>113</sup> Daher liegt nach Auffassung des BGH nahe, dass der Gesellschaftsvertrag es entsprechend formuliert hätte, wenn das Mehrheitserfordernis schon mit Wegfall des Charakters als Familiengesellschaft hätte abgesenkt werden sollen.<sup>114</sup> Der BGH sagt, die gesetzliche Erbfolge stelle keine gesetzliche *Maßnahme*, sondern ein gesetzliches *Ereignis* dar.<sup>115</sup> Sonst müsste, so der BGH, „ein Unterschied zur testamentarischen Erbfolge gemacht worden sein, eine An-

101 BGH, Urteil vom 11.10.1993, II ZR 155/92, BGHZ 123, 347, juris Rdnr. 13 m. w. N.

102 Scholz/Cramer, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 2 Rdnr. 40.

103 Vgl. dazu die Zusammenstellung von MünchKomm-GmbHG/Heinze, 4. Aufl. 2022, § 2 Rdnr. 191 f.

104 Das ist herrschend, aber nicht unumstritten. Zu Gegenansichten eingehend MünchKomm-GmbHG/Heinze, § 2 Rdnr. 193-201.

105 BGH, Urteil vom 11.10.1993, II ZR 155/92, juris Rdnr. 15; OLG Koblenz, Urteil vom 21.07.2017, 5 U 399/17, NZG 2017, 1144, 1145 Rdnr. 21.

106 BGH, Urteil vom 16.12.1991, II ZR 58/91, juris Rdnr. 18; KG, Beschluss vom 12.02.2016, 22 W 93/15, juris Rdnr. 7. Für einen interessanten Beispielfall (überschießender Wert einer Sacheinlage – Auslegung als Forderung, die später zur Sachkapitalerhöhung herangezogen wird) siehe BayObLG, Urteil vom 12.04.1979, BReg 1 Z 13/79, juris Rdnr. 33 ff.

107 BGH, Urteil vom 20.01.1983, II ZR 243/81, ZIP 1983, 297, 298.

108 Scholz/Cramer, GmbHG, § 2 Rdnr. 39; Rowedder/Raff, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 2 Rdnr. 123.

109 Etwa BGH, Urteil vom 16.02.1981, II ZR 89/79, juris Rdnr. 25; Urteil vom 13.06.1983, II ZR 67/82, juris Rdnr. 23 ff.; Urteil vom 16.12.1991, II ZR 58/91, juris Rdnr. 13 ff.; Urteil vom 26.11.2007, II ZR 227/06, NZG 2008, 309 Rdnr. 2; Urteil vom 27.09.2011, II ZR 279/09, NZG 2011, 1420 f. Rdnr. 10.

110 BGH, Urteil vom 16.10.1989, II ZR 2/89, ZIP 1990, 586, 587: „Sinngleichheit in seiner Gesamtheit“.

111 BGH, Urteil vom 09.06.1954, II ZR 70/53, juris (= BGHZ 14, 25).

112 Hervorhebung von mir.

113 BGH, Urteil vom 09.06.1954, II ZR 70/53, juris Rdnr. 28.

114 BGH, Urteil vom 09.06.1954, II ZR 70/53, juris Rdnr. 28.

115 BGH, Urteil vom 09.06.1954, II ZR 70/53, juris Rdnr. 28.

nahme, die sich von selbst verbietet“.<sup>116</sup>

Sodann zieht der BGH Vergleiche mit anderen Verträgen: So sei es „nichts Ungewöhnliches, dass einer Minderheit von nur einem Zehntel der abgegebenen Stimmen Sperrechte eingeräumt werden“.<sup>117</sup> Schließlich meint der BGH mit Recht, dass sich die Auslegung eines Gesellschaftsvertrags in engeren Grenzen als die Auslegung anderer Erklärungen halten müsse, da die Satzung formbedürftig sei und sich an einen unbestimmten Personenkreis wende, der nur den Vertrag kenne und darauf sein Vertrauen gründe.<sup>118</sup>

#### b) Fall des BGH aus dem Jahr 1990

Als Beispiel für eine parallel zur Analogie verlaufende ergänzende Vertragsauslegung sei ein Fall des BGH aus dem Jahr 1990<sup>119</sup> herausgegriffen:<sup>120</sup>

Ein Steuerberater gründet mit einer anderen Person, die nicht Steuerberater ist, eine GmbH, um Steuerberatung zu betreiben. Der Steuerberater übernimmt 40 % der Geschäftsanteile und wird alleiniger Geschäftsführer. Die GmbH übt die Steuerberatertätigkeit allein durch den Steuerberater aus. Im Gesellschaftsvertrag ist in der Sache geregelt, dass die GmbH frühestens zehn Jahre nach Beurkundung der GmbH-Gründung kündbar ist. Ab Kündigung unterliegt der ausscheidende Gesellschafter für die Dauer von zwei Jahren einem uneingeschränkten Wettbewerbsverbot hinsichtlich der Mandanten, die zum Zeitpunkt des Ausscheidens Mandanten der GmbH sind. Knapp zwei Jahre nach Gründung der GmbH legt der Steuerberater sein Amt als Geschäftsführer nieder und kündigt das Anstellungsverhältnis. Der Steuerberater bleibt aber Gesellschafter. Sodann gründet der Steuerberater ein eigenes Steuerberatungsbüro. Die meisten Mandanten der GmbH wandern dorthin ab. Die GmbH verlangt vom Steuerberater, das vereinbarte Wettbewerbsverbot einzuhalten.

Der Gesellschaftsvertrag enthält eine Lücke (= Unvollständigkeit nach der Terminologie der ergänzenden Vertragsauslegung), weil das Wettbewerbsverbot die Tätigkeit als Geschäftsführer nicht erfasst. Diese Möglichkeit haben die Parteien bei der Redaktion des Vertrags offenbar nicht bedacht, sodass die Lücke planwidrig ist.

116 BGH, Urteil vom 09.06.1954, II ZR 70/53, juris Rdnr. 28.

117 BGH, Urteil vom 09.06.1954, II ZR 70/53, juris Rdnr. 28.

118 BGH, Urteil vom 09.06.1954, II ZR 70/53, juris Rdnr. 28.

119 BGH, Urteil vom 16.10.1989, II ZR 2/89, NJW-RR 1990, 226.

120 *Leipold*, BGB I – Einführung und Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2022, § 15 vor Rdnr. 22, behandelt den Fall anschaulich.

Der BGH verliert kein Wort zu etwa bestehendem vorrangigen dispositiven Gesetzesrecht. Richtig ist, dass für die GmbH unmittelbar keine gesetzlichen Regelungen bestehen, aber § 117 HGB oder § 88 AktG hätten vielleicht in entsprechender Anwendung herangezogen werden können. Stellt man sich auf den Standpunkt, dass weder § 117 HGB noch § 88 AktG hinreichende Anhaltspunkte für diesen Fall oder jedenfalls keine faire Lösung bieten, ist die weitere Durchführung der ergänzenden Vertragsauslegung nicht zu beanstanden.

Es geht also darum, zu ermitteln, ob die Interessenlage in beiden Fällen gleichzusetzen ist oder – nach der Terminologie der ergänzenden Vertragsauslegung – wie die Parteien den Punkt unter Beachtung von Treu und Glauben geregelt hätten.

Naheliegender kommt der BGH (anders übrigens als das Berufungsgericht) zum Ergebnis, dass „Wortlaut, Sinn und Zweck des Gesellschaftsvertrags [...] und die [...] Gesamtumstände“ dafür sprechen, dass die Parteien auch für diesen Fall ein Wettbewerbsverbot vereinbart hätten.<sup>121</sup>

## V. Fazit

Liest man nach, wie in Rechtsprechung und Literatur formgebundene Willenserklärungen ausgelegt werden, *nachdem* die Obersätze zu § 133 BGB, ggf. i. V. m. § 157 BGB, abgearbeitet sind, stößt man auf zahlreiche Parallelen zu der Auslegung von Gesetzen.

Eine an der Gesetzesauslegung orientierte Interpretation von Willenserklärungen lässt sich zusammenfassend wie folgt begründen:

- Der Urkunde kommt typischerweise eine Abschlussfunktion zu. Daraus folgt eine Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit.
- Die Beteiligten bezwecken regelmäßig eine endgültige Regelung eines Sachverhalts. Namentlich dort, wo die Beteiligten rechtlich beraten sind, sind die Klauseln aus sich heraus und technisch zu verstehen.
- Die Form unterstreicht diesen Befund. Die Form ist Wirksamkeitsvoraussetzung. Formwirksam erklärt ist grundsätzlich nur der Wille in objektiver Form.
- Je mehr Personen (Beteiligte oder Dritte) von dem jeweiligen Rechtsgeschäft betroffen sind, desto seltener

121 BGH, Urteil vom 16.10.1989, II ZR 2/89, NJW-RR 1990, 226, 227.

# Besprechungsaufsatz zu OLG Saarbrücken, Beschluss vom 17.01.2023, 5 W 89/22

Von Notarassessor Dr. Matthias Bogner, Augsburg

## 1. Sachverhalt

Am Verfahren waren unter anderem die zwei einzigen Kinder einer kurz zuvor verstorbenen Erblasserin beteiligt. Diese hatte ein privatschriftliches Testament hinterlassen, in welchem beide Kinder unstreitig als hälftige Miterben eingesetzt waren. Ihr Sohn wurde außerdem zum alleinigen Testamentsvollstrecker bestimmt, ohne dass das Testament eine ausdrückliche Aussage zu etwaigen Beschränkungen nach § 181 BGB traf.

Kurz darauf verkaufte der Sohn als Testamentsvollstrecker ein zum Nachlass gehörendes Grundstück an sich selbst und eine ihm nahestehende Person zu je hälftigem Miteigentum. Der Kaufpreis war dabei offenkundig so niedrig angesetzt, dass er dem OLG selbst „zumindest erläuterungsbedürftig“ erschien. Zudem bestellte der Sohn eine Finanzierungsgrundschuld auf das streitgegenständliche Grundstück, wobei die Darlehensvaluta vorrangig zur Ablösung offener Belastung verwendet und im Übrigen der Erbengemeinschaft ausbezahlt werden sollte.

Das Grundbuchamt hat daraufhin eine Auflassungsvormerkung und eine Grundschuld ins Grundbuch eingetragen. Hiergegen richtete sich die Beschwerde u. a. der zweiten Miterbin ans OLG Saarbrücken.

## 2. Rechtsdogmatische Vorüberlegungen

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Das OLG hat der Beschwerde vollumfänglich stattgegeben. Wer die Begründung des Beschlusses nachvollziehen möchte, verliert sich aber fast unweigerlich in einer verschachtelten Gemengelage scheinbar unzusammenhängender Rechtsbegriffe: in schneller Abfolge ist etwa die Rede von Insichgeschäften (§ 181 BGB), unentgeltlichen Verfügungen (§ 2205 Satz 3 BGB), ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung (§ 2206 Abs. 1 Satz 1, § 2216 Abs. 1 BGB), stillschweigenden Gestattungen oder verfahrensmäßigen Rechten der Miterben. Bevor diese Entscheidung näher in Augenschein genommen wird, mag man daher das dringende Bedürfnis verspüren, die einzelnen rechtlichen Schranken der Verfügungsbefugnis eines Testamentsvollstreckers dogmatisch klar zu skizzieren.

### a) Verbotene Insichgeschäfte (§ 181 BGB)

Analog § 181 BGB sind dem Testamentsvollstrecker Insichgeschäfte untersagt. § 181 BGB ist dabei zwar nicht unmittelbar anwendbar, da der Testamentsvollstrecker nicht als Vertreter, sondern als Partei kraft Amtes auftritt. Die herrschende Auffassung wendet § 181 BGB jedoch analog auf den Testamentsvollstrecker an, weil seine nach außen (fast) unbeschränkte Verfügungsbefugnis den Testamentsvoll-

strecker ebenso wie einen Vertreter in einen Interessenskonflikt bringen kann.<sup>1</sup>

Insichgeschäfte sind nach § 181 BGB jedoch zulässig, falls sie ausdrücklich gestattet wurden oder ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit bestehen. Im Kontext der Testamentsvollstreckung ist etwa die Erfüllung einer Verbindlichkeit denkbar, wenn dem Testamentsvollstrecker zugleich ein Vorausvermächtnis (§ 2150 BGB) zugeordnet wurde.<sup>2</sup> Die „Gestattung“ des Insichgeschäfts kann auf der anderen Seite wiederum auf zwei verschiedenen Wegen stattfinden: durch den Willen des Erblassers selbst oder durch den übereinstimmenden Willen sämtlicher Erben.

An dieser Stelle schlägt der BGH allerdings einen raffinierten Bogen: Nach ständiger Rechtsprechung geht er im Wege der Testamentsauslegung (§ 133 BGB) regelmäßig von einer stillschweigenden Gestattung des Insichgeschäfts aus, wenn der Testamentsvollstrecker erstens zum Miterben berufen ist und das Geschäft zweitens den Grundsätzen der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) entspricht. Bestimme der Erblasser dieselbe Person zugleich zum Miterben als auch zum Testamentsvollstrecker, zeuge das nach Auffassung des BGH von einem besonderen Vertrauen zu dieser Person. Dieses Vertrauen rechtfertige schließlich die Annahme, der Erblasser habe dem Testamentsvollstrecker auch Insichgeschäfte gestatten wollen. Die Rechtsprechung beschränkt sich dabei freilich auf die Auslegung privatschriftlicher Testamente. Die Grenze der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung begründet der BGH damit, dass § 2216 BGB nach § 2220 BGB absolut zwingendes Recht darstelle, das nicht einmal durch den Willen des Erblassers überwunden werden könne.<sup>3</sup> „Ordnungsgemäß“ sei ein solches Insichgeschäft – so der BGH weiter – nur, wenn es vollentgeltlich sei und die „verfahrensmäßigen Rechte der Erben“ gewahrt werden; mit anderen Worten: wenn den (anderen) Miterben

- 1 Grundlegend BGH, Urteil vom 29.04.1959, V ZR 11/58, NJW 1959, 1429, 1430; OLG München, Beschluss vom 28.04.2011, 34 Wx 72/11, ZEV 2012, 333, 334; OLG Hamm, Beschluss vom 27.07.2010, I-15 Wx 374/09, FGPrax 2011, 26 MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, 9. Aufl. 2022, § 2205 Rdnr. 85; *Reimann*, ZEV 2023, 318.
- 2 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.08.2013, I-3 Wx 41/13, NJW 2014, 322; MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, § 2205 Rdnr. 87.
- 3 Dazu insgesamt BGH, Urteil vom 29.04.1959, V ZR 11/58, NJW 1959, 1429, 1430; so auch BeckOK-BGB/*Lange*, Stand: 01.08.2023, § 2205 Rdnr. 19 f.; MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, § 2205 Rdnr. 88; Münchener Anwaltshandbuch ErbR/*Lorz*, 5. Aufl. 2018, § 19 Rdnr. 139.

rechtzeitig Gelegenheit gegeben wird, sich zu dem geplanten Insichgeschäft zu äußern (vgl. §§ 2218, 666 BGB).<sup>4</sup>

Dieses gesamte dogmatische Konstrukt taugt freilich nicht, um einen Katalog von distinktiven Kriterien für die Zulässigkeit solcher Insichgeschäfte zu entwickeln.<sup>5</sup> Der wahre Wille des Erblassers muss stets von Einzelfall zu Einzelfall ermittelt werden, was die Urteile des BGH übrigens gar nicht leugnen. Eine Ausnahme bildet nur die „ordnungsgemäße Nachlassverwaltung“, die der BGH als absolute Grenze für zulässige Insichgeschäfte installiert – selbst für den Erblasser.

An dieser Stelle darf an der ständigen Rechtsprechung des BGH deutliche Kritik geübt werden: So vermischt er in dogmatisch zweifelhafter Weise das rechtliche „Können“ des Testamentsvollstreckers im Außenverhältnis mit seinem rechtlichen „Dürfen“ im Innenverhältnis. Bei der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) handelt es sich nach allgemeiner Auffassung lediglich um eine Verpflichtung des Testamentsvollstreckers bezüglich der (Mit-)Erbten, deren Verletzung den Testamentsvollstrecker gegenüber der Erbengemeinschaft zum Schadensersatz verpflichtet.<sup>6</sup> Indem der BGH jedoch die „ordnungsgemäße Verwaltung“ mit dem Argument des § 2220 BGB als unabdingbare Voraussetzung für ein zulässiges Insichgeschäft definiert, konstruiert er ein daraus absolutes Verfügungsverbot im Außenverhältnis. Das steht im Gegensatz zu zentralen gesetzlichen Wertungen: Nach § 2206 Abs. 1 Satz 1 BGB sind zwar schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäfte, die der Testamentsvollstrecker dem Grundsatz der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung zuwider abschließt, unwirksam – allerdings soll dem Testamentsvollstrecker im Interesse des Verkehrsschutzes die (dingliche) Verfügungsbefugnis über Nachlassgegenstände gemäß § 2205 Satz 2 BGB ausdrücklich erhalten bleiben. Und noch mehr: Soweit der Testamentsvollstrecker rechtmäßig verfügen kann, ist nach § 2206 Abs. 1 Satz 2 BGB auch das obligatorische Verpflichtungsgeschäft wirksam.<sup>7</sup> Nicht zuletzt bleibt es dem Erblasser jederzeit unbenommen, den Testamentsvollstrecker von den Beschränkungen der Verfügungsbefugnis – ausgenommen das Verbot unentgeltlicher Verfügungen<sup>8</sup> – zu befreien (§ 2207 Satz 1 BGB).

Zumindest vor dem Hintergrund des § 2207 BGB wirkt es befremdlich und systemwidrig, wenn der BGH bei Insichgeschäften des Testamentsvollstreckers eine – wohlgermerkt auch für den Erblasser unüberwindbare – Ausnahme machen will. In der Literatur wird daher von *Reimann* zu Recht

vorgeschlagen, ein Verstoß gegen das Gebot der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung solle hier nur zu einer (unabdingbaren) Schadensersatzpflicht des Testamentsvollstreckers gegenüber der Erbengemeinschaft führen, dürfe aber nicht zu einer absoluten Grenze der Verfügungsbefugnis mutieren.<sup>9</sup> Der BGH zieht diesen Vorschlag nicht in Erwägung. Nach seiner Auffassung ist das aus § 2216 Abs. 1 BGB konstruierte Verfügungsverbot insbesondere mit Gesichtspunkten des Verkehrsschutzes vereinbar: Abgesehen vom Testamentsvollstrecker existiere schließlich keine andere Vertragspartei, deren Interesse an einem wirksamen Geschäft schützenswert sei.<sup>10</sup> Dabei übersieht der BGH völlig, dass er hier dem Willen des Erblassers selbst und damit letzten Endes der grundrechtlich geschützten Testierfreiheit (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG) eine Grenze zieht, welche das Gesetz keinesfalls intendiert hatte.

#### b) Verbot unentgeltlicher Verfügungen (§ 2205 Satz 3 BGB)

Das Verbot unentgeltlicher Verfügungen ergibt sich für den Testamentsvollstrecker zwanglos aus dem Wortlaut des § 2205 Satz 3 BGB. Es kann wegen § 2207 Satz 2 BGB nicht einmal durch den Erblasser selbst abbedungen werden. Als „unentgeltliche Verfügungen“ sieht die herrschende Ansicht dabei auch teilentgeltliche Geschäfte wie etwa Unterverkäufe oder die berühmte „gemischte Schenkung“ an. Auf subjektiver Seite fordert der BGH außerdem die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis des Testamentsvollstreckers von der fehlenden Vollentgeltlichkeit.<sup>11</sup> Ferner sieht § 2205 Satz 3 BGB zwei Ausnahmetatbestände vor, nämlich bei Schenkungen, die einer „sittlichen Pflicht“ oder einer „auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht“ entsprechen; für den notariellen Alltag dürften diese Ausnahmen kaum relevant sein, sodass nicht weiter auf sie eingegangen werden muss.

Am Rande bemerkt: folgt man der Jurisdiktion des BGH, spielt die Unentgeltlichkeit des Geschäfts gleich eine doppelte Rolle – einmal als Kriterium einer ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB), einmal bei der direkten Anwendung des § 2205 Satz 3 BGB. In beiden Fällen zieht die Unentgeltlichkeit ein Verfügungsverbot nach sich. Auch dieses kuriose dogmatische Doppelspiel ist ein Zeichen dafür, dass die Rechtsprechung systemwidrig handelt, wenn sie § 2216 Abs. 1 BGB zu einem echten, objektivrechtlichen Verfügungsverbot erhebt.

### 3. Beschluss des OLG Saarbrücken

Nach diesem Rundflug über die einzelnen Schranken der Verfügungsbefugnis ist es schließlich an der Zeit, den Beschluss des OLG Saarbrücken näher zu beleuchten. Das OLG stellt zunächst einige Vorüberlegungen zum Prüfungs-

4 BGH, Urteil vom 29.04.1959, V ZR 11/58, NJW 1959, 1429, 1430 (nennt nur den Unterwerterwerb explizit); MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, § 2205 Rdnr. 89.

5 Gegen eine pauschale Betrachtungsweise auch BeckOK-BGB/*Lange*, § 2205 Rdnr. 19; *Reimann*, ZEV 2023, 318.

6 MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, § 2205 Rdnr. 69; *R. Kössinger/Zintl* in *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 15 Rdnr. 41 f.

7 Näher zur Logik des Gesetzes BeckOK-BGB/*Lange*, § 2205 Rdnr. 15; § 2206 Rdnr. 1 f.

8 Dazu sogleich unter b).

9 *Reimann*, ZEV 2023, 318 (allerdings mit Einschränkungen bei evident missbräuchlichem Selbstkontrahieren).

10 BGH, Urteil vom 29.04.1959, V ZR 11/58, NJW 1959, 1429, 1430; so auch BeckOK-BGB/*Lange*, § 2205 Rdnr. 19.

11 Insgesamt BGH, Urteil vom 15.05.1963, V ZR 141/61, NJW 1963, 1613, 1614; Urteil vom 24.02.2016, IV ZR 342/15, NJW-RR 2016, 457; MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, § 2205 Rdnr. 75.

maßstab an (a)), um dann einzeln auf die Eintragung der Auflassungsvormerkung (b)) und der Grundschuld (c)) einzugehen.

#### a) Prüfungsumfang des Grundbuchamts

Verfahrensrechtlich aufschlussreich sind die Ausführungen des OLG zur Prüfungsbefugnis des Grundbuchamtes. Prinzipiell ist im Grundbuchverfahren gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 und § 19 GBO nur die formellrechtliche Antrags- bzw. Bewilligungsberechtigung der Beteiligten zu prüfen.

Bei § 181 BGB handelt es sich im Ausgangspunkt um eine lediglich materiellrechtliche Einschränkung. Jedoch hat die ständige Rechtsprechung anerkannt, dass vorliegend das materielle Zivilrecht auf das formelle Grundbuchrecht durchschlägt: In der Antragstellung oder Bewilligung sei die materiellrechtlichen Erklärung regelmäßig enthalten.<sup>12</sup> Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen: die Bewilligung gegenüber dem Grundbuchamt wird auch vom materiellen Zivilrecht gefordert, um eine Vormerkung zur Entstehung zu bringen (§ 885 Abs. 1 Satz 1 BGB) oder eine Grundschuld mit bindender Wirkung zu bestellen (vgl. § 873 Abs. 2 BGB). Könnte das Grundbuchamt in diesem Zusammenhang nicht prüfen, ob die materiellrechtliche Erklärung wegen eines Verstoßes gegen § 181 BGB unwirksam ist, müsste es einen einheitlichen Lebenssachverhalt auseinanderreißen und aktiv zur materiellen Unrichtigkeit des Grundbuch beitragen.

#### b) Die Auflassungsvormerkung: ein verbotenes Insichgeschäft des Testamentsvollstreckers

Die Bewilligung der Auflassungsvormerkung war nach Auffassung des OLG Saarbrücken insgesamt unwirksam, da sie (ebenso wie der schuldrechtliche Kaufvertrag) ein verbotenes Insichgeschäft darstellte (§ 181 BGB). Auch soweit neben dem Testamentsvollstrecker eine weitere Person Miteigentum an dem Grundstück erwerben wollte, konnten der Vertrag und die Vormerkung keinen Bestand haben (§ 139 BGB). Daher war ein Widerspruch gegen die Vormerkung ins Grundbuch einzutragen.

Im Ergebnis ist dieser Entscheidung zuzustimmen, wenn man dem Fall die – durchaus kritikwürdige, aber vorherrschende – Auffassung des BGH zugrunde legt. Zu einer stillschweigenden Gestattung des Insichgeschäfts könnte man zwar im Wege der Testamentsauslegung gelangen, da der Testamentsvollstrecker zugleich zum Miterben berufen war und daher eine besonders vertrauenswürdige Stellung genießen sollte. Eine stillschweigende Gestattung musste vorliegend aber an der Hürde der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) scheitern. Das folgt schon daraus, dass der Testamentsvollstrecker die Miterben vor Vertragsabschluss nicht hinreichend angehört oder sonst beteiligt hatte. Ferner bestand der begründete Verdacht eines Unterwertverkaufs, was das Grundbuchamt noch näher zu prüfen haben wird. Sollte sich dieser Ver-

dacht erhärten, ist darin ein zusätzlicher Verstoß gegen das Gebot der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung und somit gegen § 181 BGB (bzw. gegen § 2205 Satz 3 BGB) zu sehen.

Dennoch wird man als unbefangener Betrachter den Eindruck nicht los, das OLG habe sich phasenweise in dem oben skizzierten, schier undurchdringlichen Gestrüpp rechtsdogmatischer Ansätze verloren. So schlussfolgert das Gericht, „mangels entsprechender Anordnung der Erblasserin“ und „ohne das Einverständnis sämtlicher Miterben“ habe der Testamentsvollstrecker das streitbefangene Grundstück nicht „außerhalb des gesetzlich vorgesehenen Verfahrens“ an sich selbst veräußern dürfen.<sup>13</sup> Mit anderen Worten: Hätte es eine anderweitige „Anordnung der Erblasserin“ gegeben, hätte der Testamentsvollstrecker das Grundstück sehr wohl abweichend von dem „gesetzlich vorgesehenen Verfahren“ veräußern dürfen – so zumindest suggeriert es das OLG. Soll das also bedeuten, der Erblasser kann den Testamentsvollstrecker doch von der Pflicht zur ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung befreien? Dieser Schluss steht jedenfalls im entschiedenen Gegensatz zu der – im Ansatz auch vom OLG geteilten – These des BGH, welcher das Gebot der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung wegen § 2220 BGB als objektive, unüberwindbare Grenze der Testamentsauslegung ansieht.

Am Ende bleibt nur die ernüchternde Erkenntnis, dass der Beschluss im Ergebnis richtig, in der Begründung jedoch gelegentlich logisch inkohärent ist. Bemerkenswert ist übrigens auch die unklare Linie anderer OLGs: Das OLG Köln<sup>14</sup> etwa hat im Jahr 2022 das Insichgeschäft eines Testamentsvollstreckers ebenfalls am Gebot der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung geprüft, jedoch die verfahrensmäßigen Rechte der anderen Miterben nicht einmal erwähnt. Nach dem OLG Köln komme es einzig und allein auf die Unentgeltlichkeit der Verfügung an. Die eigentliche Wurzel all dieser Unstimmigkeiten dürfte darin liegen, dass der BGH das zwingende Gebot der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung ungeachtet seiner systematischen Stellung zu einem absoluten Verfügungsverbot im Außenverhältnis erhoben hat.

Im Übrigen: Dem OLG Saarbrücken hätte sich hier eine großartige Gelegenheit geboten, jenen dogmatischen Ansatz des BGH in Zweifel zu ziehen. Bei genauer Betrachtung kann der BGH mit seinem Standardargument, der Verkehrsschutz spiele bei Insichgeschäften ohnehin keine Rolle,<sup>15</sup> im erörterten Fall nicht durchdringen. Denn hier existierte neben dem Testamentsvollstrecker ein zweiter Miterwerber – auch ihn trifft wegen § 139 BGB die Folge des unwirksamen Insichgeschäfts. Leider hat es das OLG Saarbrücken versäumt, sich mit der Besonderheit dieser Fallgestaltung auseinanderzusetzen.

<sup>12</sup> So auch BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 01.08.2023, Sonderbeurteilung Rdnr. 65; MünchKomm-BGB/Zimmermann, § 2205 Rdnr. 104; Schönert/Stöber, Grundbuchrecht, 17. Aufl. 2024, Rdnr. 3562.

<sup>13</sup> Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung.

<sup>14</sup> OLG Köln, Beschluss vom 05.10.2022, 2 Wx 195/22, ZEV 2023, 317.

<sup>15</sup> Dazu näher unter Ziffer 2. a).

c) Die Grundsschuldbestellung: eine verbotene entgeltliche Verfügung

Schließlich hatte das OLG Saarbrücken zu beurteilen, ob die Bestellung der Finanzierungsgrundsuld gegen das Verbot unentgeltlicher Verfügungen (§ 2205 Satz 3 BGB) verstößt. Dieser letzte Teil der Entscheidung ist auch in rechtsdogmatischer Hinsicht gut nachvollziehbar und eignet sich als klare Richtschnur für die Rechtspraxis.

Die Grundsschuldbestellung kann im Sinne des § 2205 Satz 3 BGB nur als „vollentgeltlich“ bezeichnet werden, wenn sich das Gesamtvermögen der Erbengemeinschaft trotz der pfandrechtlichen Belastung nicht verringert. Das ist der Fall, wenn dem Nachlass in Gestalt der Darlehensvaluta ein Vermögenswert zufließt, welcher die Grundstücksbelastung summenmäßig mindestens aufwiegt.

Nach zutreffender Auffassung des OLG müssen Kaufvertrag und Grundsuld dabei zwei Kriterien erfüllen: Erstens muss schon die Kaufvertragsurkunde zur Zahlung des (darlehensfinanzierten) Kaufpreises ein Konto der Erbengemeinschaft, nicht beispielsweise ein Privatkonto des Testamentsvollstreckers, benennen. Schon daran fehlte es im streitgegenständlichen Kaufvertrag mangels genauerer Bestimmung eines Zahlkontos. Zweitens müssen auch die Bestimmungen zur Verwendung des Kaufpreises gewährleisten, dass die Darlehensvaluta nur der Erbengemeinschaft zugutekommt. In dem erörterten Fall sollte der Kaufpreis vorrangig zur Ablösung aller der Auflassungsvormerkung vorgehenden Belastungen verwendet werden. Das ist solange unproblematisch, als die Grundstücksbelastung eine eigene Schuld der Erbengemeinschaft (zum Beispiel eine Erblässerschuld) absichert. Wenn die Darlehensvaluta nämlich eine Schuld der Erbengemeinschaft tilgt, wird deren Vermögen durch die Grundstücksbelastung unterm Strich nicht geschmälert. Eine Vermögenseinbuße erleidet die Erbengemeinschaft hingegen, wenn die abgelöste Belastung die Schuld eines Dritten, zum Beispiel den Kredit eines Verwandten, sichert. Die Zahlungsbestimmung in dem erörterten Fall hatte gerade nicht gewährleistet, dass aus der Darlehensvaluta nur eigene Schulden der Erbengemeinschaft getilgt werden dürfen, sodass die Bestellung der Grundsuld nicht erwiesenermaßen als „entgeltlich“ qualifiziert werden konnte.

Die Frage, ob eine Grundsschuldbestellung eine „entgeltliche“ Verfügung ist, stellt sich freilich auch, wenn der Testamentsvollstrecker ausdrücklich von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. Somit dürfte jener letzte inhaltliche Komplex des Beschlusses für die Praxis von wesentlich größerer Bedeutung sein als die zuvor erörterte, doch recht spezifische Frage, wann Insichgeschäfte des Testamentsvollstreckers zulässig sind.

#### 4. Auswirkungen auf die Praxis

Insichgeschäfte des Testamentsvollstreckers sind und bleiben für den Praktiker ein dogmatischer Sumpf. Zwar lassen sich aus der Begründung des OLG-Beschlusses einige einleuchtende Grundlinien herausarbeiten, inwieweit ein Testamentsvollstrecker von den Beschränkungen des § 181

BGB befreit ist, jedoch wird vor allem das Kriterium der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) in der Rechtsprechung uneinheitlich behandelt, wobei die Judikatur des BGH nicht unbedingt zur Entspannung der Rechtslage beiträgt. Beruhigend rechtsklar sind im Gegensatz dazu die Ausführungen des OLG zur Bestellung einer Finanzierungsgrundsuld durch den Testamentsvollstrecker.

##### a) Folgen für die Gestaltung letztwilliger Verfügungen

Der Notar kann etlichen verworrenen Rechtsproblemen im Dunstkreis der Testamentsvollstreckung ausweichen, indem er bei der Gestaltung letztwilliger Verfügungen unmissverständlich zum Ausdruck bringt, ob der Testamentsvollstrecker von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist.

Möglicherweise erfährt der Notar schon bei der Beratung eines Erblassers, dass dem Testamentsvollstrecker erlaubt sein soll, ein Nachlassgrundstück zu einem besonders günstigen „Familienpreis“ zu erwerben. Man mag intuitiv auf den Gedanken kommen, die Testamentsvollstreckung entsprechend auszugestalten, etwa indem man dem Testamentsvollstrecker einen Unterwerterwerb ausdrücklich, namentlich auch ohne vorherige Anhörung der Miterben, erlaubt. Hier ist jedoch Vorsicht geboten. Vom Verbot (teil-) unentgeltlicher Geschäfte kann der Testamentsvollstrecker wegen § 2207 Satz 2 BGB schlechthin nicht befreit werden. Ähnliches gilt für die „verfahrensmäßigen Rechte der Miterben“: Nach den Entscheidungen vieler Gerichte kann nicht einmal der Erblasser selbst den Testamentsvollstrecker vom Gebot der ordnungsgemäßen Nachlassverwaltung befreien, selbst wenn er ihm Insichgeschäfte gestattet. Jedes Grundbuchamt könnte in diesem Kontext auf die Idee kommen, entsprechende Eintragungen wegen Verstoßes gegen §§ 181, 2216 Abs. 1 BGB abzulehnen.

Indessen gibt es sicherere Möglichkeiten, den Testamentsvollstrecker letztwillig zu begünstigen. Ordnet der Erblasser beispielsweise ein (Voraus-)Vermächtnis zugunsten des Testamentsvollstreckers an, kann dieser das Vermächtnis gemäß § 181 BGB unproblematisch „in Erfüllung einer Verbindlichkeit“ an sich selbst erfüllen. Aus gleichem Grunde steht ihm das Verbot unentgeltlicher Verfügungen nicht mehr im Weg. Und wenn der Wunsch des Erblassers ist, dass der Testamentsvollstrecker frei entscheiden solle, ob und zu welchem Zeitpunkt er ein Grundstück – auch unter Wert – aus dem Nachlass erwerben möchte, kann das Vorausvermächtnis auch als Ankaufvermächtnis ausgestaltet und jenes Ankaufsrecht nach dem Erbfall mit einer Vormerkung abgesichert werden.

##### b) Folgen für Geschäfte des Testamentsvollstreckers

Was aber, wenn das sprichwörtliche Kind in den Brunnen gefallen ist? Hat der Erblasser ein (handschriftliches) Testament hinterlassen, das keine Aussage über Insichgeschäfte des Testamentsvollstreckers enthält, bewegt sich der Notar auf schwierigerem Terrain.

Möchte der Testamentsvollstrecker ein Grundstück aus dem Nachlass erwerben, so ist dem Notar dringend zu

empfehlen, ihn eingehend über die soeben umrissenen rechtlichen Risiken des Geschäfts aufzuklären. Da alle hier diskutierten obergerichtlichen Entscheidungen im Kern auf der Auslegung letztwilliger Verfügungen fußen, kann der Notar nicht einmal eindeutige Kriterien für die Zulässigkeit solcher Geschäfte mit letzter Sicherheit benennen. Der sicherste Weg der Vertragsgestaltung kann letztlich nur darin liegen, sämtliche oben diskutierte Kriterien kumulativ einzuhalten.

Im Einzelnen lässt sich allen Entscheidungen entnehmen, dass eine stillschweigende Befreiung des Testamentsvollstreckers von den Beschränkungen des § 181 BGB nur plausibel ist, wenn er zugleich Miterbe ist. Zweitens sind wegen § 2216 Abs. 1 BGB die „verfahrensmäßigen Rechte der Miterben“ zu wahren. Dazu gehört vor allen Dingen die Anhörung der übrigen Miterben vor Abschluss des Insichgeschäfts. Der Nachweis hierfür kann und muss jedoch nicht in der strengen Form des § 29 Abs. 1 GBO geführt werden. In der Praxis könnte er erbracht werden, indem den übrigen Miterben der Verkauf rechtzeitig per eingeschriebenem Brief angekündigt und ihnen die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt wird. Drittens muss der Testamentsvollstrecker den Nachweis der Vollentgeltlichkeit des Geschäfts führen. Dieser Nachweis muss ebenso wenig den Anforderungen des § 29 Abs. 1 GBO genügen und kann beispielsweise durch ein nachvollziehbares Wertgutachten erfolgen.<sup>16</sup>

Besondere Anforderungen sind außerdem an die Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld zu stellen. Wie unter 3. c) dargelegt, gilt dies nicht nur für Insichgeschäfte, son-

dern für alle Verkäufe, die der Testamentsvollstrecker aus dem Nachlass tätigt. Schon bei der Gestaltung des Kaufvertrags ist darauf zu achten, dass als Zahlkonto ein gemeinsames Konto der Erbengemeinschaft benannt wird. Sind aus dem (darlehensfinanzierten) Kaufpreis außerdem Grundstücksbelastungen abzulösen, muss im Zweifel der Nachweis erbracht werden können, dass jene Lasten ausschließlich eigene Verbindlichkeiten der Erbengemeinschaft sichern. Im Grundbuch gesicherte Schulden Dritter dürfen hingegen allenfalls aus der eigenen Tasche des Käufers (oder des Testamentsvollstreckers) beglichen werden. Nebenbei bemerkt sind solche Maßnahmen in Anbetracht des Verbots unentgeltlicher Verfügungen (§ 2205 Satz 3 BGB) nicht nur bei darlehensfinanzierten, sondern bei jeglichen Verkäufen des Testamentsvollstreckers aus dem Nachlass zu empfehlen.

So mancher Testamentsvollstrecker wird sich sein erhofftes Geschäft angesichts dieser Rechtslage noch einmal durch den Kopf gehen lassen. Idealerweise kann der Notar darauf hinwirken, dass der Testamentsvollstrecker – falls möglich – doch die (Nach-)Genehmigung aller Miterben einholt.<sup>17</sup> Denn dieser Weg führt ihn in jedem Fall wohlbehalten um das verworrene Dogmengeflecht herum, das rund um die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers wuchert.

<sup>16</sup> OLG München, Beschluss vom 07.11.2017, 34 Wx 321/17, FamRZ 2018, 1200; *Keim*, ZEV 2014, 648; MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, § 2205 Rdnr. 103.

<sup>17</sup> Der Genehmigung durch die Erben stehen § 181 BGB und § 2207 Satz 2 nicht im Weg, vgl. näher MünchKomm-BGB/*Zimmermann*, § 2205 Rdnr. 73, 83 (zu § 2207 Satz 2 BGB) und 91 (zu § 181 BGB); *Keim*, ZEV 2014, 648 (zu § 2207 Satz 3 BGB); Münchener Anwaltshandbuch ErbR/*Lorz*, § 19 Rdnr. 141 (zu § 2207 Satz 3 BGB).

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Heribert Heckschen/Sebastian Herrler/Christof Münch:**

### **Beck'sches Notarhandbuch**

8. Aufl., Beck, 2024. 3226 S., 209 €

Von Notar Dr. **Tobias Starnecker**, Bayreuth

Nach nunmehr gut vier Jahren seit der siebten Auflage folgt die Neuauflage des Beck'schen Notarhandbuchs und wird auch in der neuen Fassung zu den Standardwerken der notariellen Fachliteratur zählen (so bereits zur Voraufgabe: *Leidner*, DNotI-Report 2020, 78).

Die vergangenen Jahre waren von umfangreichen, vielfach tiefgreifenden Reformen notarrelevanter Regelungen geprägt, welche den Praktiker sowohl im materiellen als auch im Berufsrecht vor immer neue Herausforderungen stellten und weiterhin stellen. Umso wichtiger ist es, dass diese Neuerungen Eingang in das Beck'sche Notarhandbuch gefunden haben, um mit der Neuauflage schnell und auf einen Blick wesentliche Punkte der gesetzlichen Bestimmungen erkennen zu können. Allein die Zunahme des Werks um rund 200 Seiten auf mittlerweile stolze 3226 Seiten verdeutlicht dies bereits. Auch der Verlag spricht von einer sog. „Reform-Auflage“.

Als Beispiele für die großen Baustellen im Recht der letzten Jahre seien bloß die Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts, die Novelle des Umwandlungsrechts, die Schuldrechtsreform sowie die Jahrhundertreform im Personengesellschaftsrecht durch das MoPeG genannt.

Mit einem neu eingefügten Kapitel (§ 16a Vormundschaft, Pflegschaft, Betreuung und Minderjährigenrecht) reagiert die Neuauflage praxisgerecht auf das Bedürfnis, die Neuerungen durch die Reform im Vormundschafts- und Betreuungsrecht detailliert darzustellen und für den gestaltend tätigen Juristen die notarrelevanten Handlungsfelder herauszustellen.

Auch das erst Anfang 2024 in Kraft getretene MoPeG findet ausführlichen Niederschlag insbesondere in den Bestimmungen zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Vertragsbeteiligter in § 1 (Grundstückskaufvertrag) sowie im gesellschaftsrechtlichen Teil des Werks in § 20 (Personengesellschaft).

Die für den Berufsstand relevanten Neuerungen, zum Beispiel NotAktVV, Einführung des elektronischen Urkunden-

verzeichnisses und Neufassung der DONot, finden an zahlreichen Stellen Eingang in das Werk (etwa § 31 Beurkundung, § 34 Amtsführung und Büro). Gänzlich neu sind so beispielsweise die Ausführungen zur Online-Beurkundung mit rund 150 Randnummern, welche hilfreiche Formulierungen zur Online-Beurkundung für die Praxis enthalten.

Die bereits einige Zeit zurückliegende Reform des WEG durch das WEMoG im Jahr 2020 wird bei den Ausführungen in § 3 (Wohnungseigentum) berücksichtigt und das Werk auch insoweit auf den neuesten Stand gebracht. So erläutert Naumann beispielsweise instruktiv die Fragen zur Begründung von „Annex-Sondereigentum“ nach § 3 Abs. 2 WEG.

Auch zu sich zwar nicht täglich, aber immer häufiger stellenden Rechtsfragen, beispielsweise dem Kinderwunsch gleichgeschlechtlicher Paare mittels Insemination, werden wertvolle Impulse für die sich stellenden Probleme geliefert. Hier hätte sich gleichwohl der ein oder andere Praktiker gewiss noch über ein Formulierungsmuster für eine Kinderwunschvereinbarung gleichgeschlechtlicher Paare trotz der bestehenden rechtlichen Unsicherheiten gefreut.

Letztlich untermauern diese ins Detail gehenden Denkanstöße den positiven Gesamteindruck des Werks. Damit gelingt die Symbiose aus der Funktion des Praktikerhandbuchs mit umfangreichen Gesamtmustern zu allen notarrelevanten Themen einerseits und aus der wissenschaftlichen Bearbeitung von Detailfragen andererseits auch der Neuauflage mit Bravour.

Sowohl Berufsanfängern als auch erfahrenen Notaren bietet das Beck'sche Notarhandbuch hervorragende Unterstützung in nahezu allen Bereichen des notariellen Arbeitsalltags. Sie ist damit auch in der achten Auflage aus der täglichen Notarpraxis nicht wegzudenken und ihre Anschaffung als Wegbegleiter für die Bewältigung der sich stellenden Fragen kann uneingeschränkt empfohlen werden.

**Helmut Weingärtner:**

## **NotAktVV / DONot mit Praxisteil zum Kostenrecht – Kommentar**

Carl Heymanns Verlag, 2024. 1014 S., 169 €

Von Notar Dr. **Ingmar Wolf**, Eichstätt

Mit Bearbeitungsstand September 2023 ist der durch den verstorbenen Prof. Dr. *Helmut Weingärtner* begründete und nunmehr durch ein Autorenteam aus Notaren, Rechtspflegern und einem Richter herausgegebene Kommentar in der mittlerweile 15. Auflage neu erschienen. Der Umstand, dass die zentralen Vorschriften nunmehr in der (gegenüber der DONot) höherrangigen NotAktVV geregelt sind, führte zu einer Änderung des Titels des eingeführten Kommentars.

Inhaltlich gliedert sich das Werk in vier Teile. Zunächst werden in Teil 1 die 64 Paragraphen der NotAktVV auf insgesamt 264 Seiten kommentiert. Es schließt sich eine Kommentierung der DONot mit einem Umfang von 366 Seiten an, welche aufgrund der Schaffung der NotAktVV und der nunmehr in dieser enthaltenen Regelungen zur Führung der Akten, Bücher und Verzeichnisse zum 01.01.2022 vollständig neu gefasst wurde. Zwar ist die DONot in den einzelnen Bundesländern separat erlassen und verkündet worden (vgl. <https://www.notar.de/der-notar/berufsrecht/dienstordnung>), jedoch inhaltsgleich, sodass, wie es in der Vorbemerkung zu Teil 2 heißt, „in diesem Kommentar unverändert die Vorschriften als Teil einer gedanklich einheitlichen »DONot« behandelt“ werden. Anschließend folgt als Teil 3 auf 119 Seiten ein Überblick über das Kostenrecht in der Praxis, ehe sich als Teil 4 mit einem Umfang von 153 Seiten die Wiedergabe derjenigen Vorschriften der DONot alte Fassung anschließt, die gleichwohl und trotz der Neufassung der DONot noch von Bedeutung sind (ohne dass die Kommentierung dieser nicht mehr gültigen Vorschriften inhaltlich aktualisiert wurde). Abgerundet wird der Kommentar durch einen Anhang, der auf 64 Seiten verschiedene Materialien und Quellen beinhaltet, insbesondere die Richtlinienempfehlungen der BNotK, deren Verhaltensregeln zu technischen und organisatorischen Maßnahmen („TOM“) im Hinblick auf elektronische Aufzeichnungen und die zur Führung notarieller Akten und Verzeichnisse verwendeten elektronischen Hilfsmittel, die Geldwäschegesetzmeldepflichtverordnung-Immobilien mitsamt deren amtlicher Begründung, das (leider schon aus dem Jahr 2009 stammende) Bauträgermerkblatt der LNotK Bayern sowie Bedingungen für Anderkonten und Anderdepots von Notaren.

Hervorzuheben sind folgende Aspekte, die bei der Befassung mit dem Kommentar und dessen Heranziehung bei der Beantwortung von sich in der notariellen Praxis stellenden Fragen festgestellt werden konnten:

In der Kommentierung der NotAktVV wird an verschiedenen Stellen (vgl. exemplarisch § 31 NotAktVV Rdnr. 13 oder § 33 NotAktVV Rdnr. 12) auf Ungereimtheiten und fehlende ausdrückliche Regelungen in der Verordnung hingewiesen,

samt Empfehlungen an den Ordnungsgeber zur Nachbesserung. Inwieweit solche Verbesserungsvorschläge an den Ordnungsgeber von diesem gehört und gar künftig aufgegriffen werden, kann nicht prognostiziert werden. Dem Anwender in der notariellen Praxis wäre ggf. im Einzelfall mehr geholfen mit (auch für die Mitarbeiter im Notarbüro) klaren Handlungsempfehlungen.

Eine sehr umfangreiche Behandlung erfahren die Vorschriften zur Verwahrung, nämlich zum einen zusätzlich zur Kommentierung der §§ 21 ff. NotAktVV in einer ausführlichen Vorbemerkung zu diesen Vorschriften, und zum anderen in der Kommentierung von § 10 DONot (zusammen 81 Seiten). In diesem Zusammenhang sind als umfassend behandelte Themen beispielhaft zu nennen die Frage des berechtigten Sicherungsinteresses (§ 41 NotAktVV Rdnr. 12 ff.) sowie die Thematik des Widerrufs von Verwahrungsanweisungen, die in der Vorbemerkung zu §§ 21 ff. NotAktVV Rdnr. 49 ff. eingehend erläutert werden.

Ein weiterer Schwerpunkt des Kommentars ist die Thematik der Amtsprüfung. 174 Seiten oder 728 Randnummern stellen schon fast ein Handbuch bzw. einen Ratgeber zu dieser Thematik dar, deren Lektüre mit der ausführlichen Darstellung von praktischen Hinweisen für den Notar und den Notarprüfer mit typischen Feststellungen und häufig wiederkehrenden Fehlern jedem Notar ans Herz gelegt werden kann.

Hingegen vermag der Überblick zum Kostenrecht in der Praxis meines Erachtens nicht vollständig zu überzeugen. Weder erfolgt hier eine Kommentierung der Vorschriften des GNotKG noch handelt es sich um ein schlagwortbezogenes umfassendes Nachschlagewerk. Vielmehr ist Gegenstand ein Leitfaden, der – auch nach eigener Besprechung der Verfasser – „neben einer allgemeinen Einführung in die notarielle Kostenberechnung konkrete Abrechnungshinweise zu den am häufigsten vorkommenden notariellen Verfahren und Geschäften, teils anhand praxisrelevanter Beispiele“, enthält. Geeignet ist die Darstellung somit wohl am ehesten für jemanden, der sich im Wege eines Erstzuges einen Überblick zum notariellen Kostenrecht verschaffen will.

Als Fazit bleibt festzuhalten: Der Kommentar zur NotAktVV und zur DONot ist eine bereichernde Ergänzung für jedes Notarbüro, um bei auftretenden Fragen zur praktischen Handhabung der Vorgaben der NotAktVV und der DONot eine Hilfestellung samt Umsetzungsempfehlungen für den Arbeitsalltag zu finden. Dies gilt insbesondere für die Themen Verwahrung und Verwahrungsgeschäfte sowie Amtsprüfung.



### Bürgerliches Recht

#### ALLGEMEINES

#### 1. Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung eines Grundstückskäufers durch Gemeinde – Verleitung des Verkäufers zum Vertragsbruch

OLG Hamm, Beschluss vom 23.02.2023, 22 W 24/22

*BauGB § 24 Abs. 1, § 25*

*BGB §§ 826, 839, 894*

*GG Art. 21 Abs. 2, 34*

*ZPO §§ 935, 938, 940, 941*

#### LEITSÄTZE:

1. Ein Anspruch aus Delikt wird nicht alleine aus der bloßen Beteiligung an einem fremden Vertragsbruch begründet. Erforderlich sind zum einen die positive Kenntnis des Dritten über die vertragliche Bindung und zum anderen besondere Umstände, die in der Verleitung des Schuldners zum Vertragsbruch, insbesondere in Kombination mit der Freistellung von Ersatzansprüchen, einem kollusiven Zusammenwirken von Schuldner und Drittem zum Nachteil des Vertragsgläubigers oder im Bruch besonderer Treuepflichten liegen können. Dies ist stets im Rahmen einer Gesamtbetrachtung aller Umstände zu beurteilen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Bei der Verfolgung der eigenen Interessen der öffentlichen Hand dürfen diese nicht mit denselben Mitteln durchgesetzt werden, wie sie für eine Privatperson noch als hinnehmbar gehalten werden. Die öffentliche Hand darf hierbei ihre mit der amtlichen Autorität verbundene Vertrauensstellung nicht missbräuchlich verwenden. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

11. Der Antragsteller begehrt im Wege der einstweiligen Verfügung die Eintragung eines Widerspruchs im Grundbuch betreffend eines Hausgrundstücks B-Straße (...) in A, eingetragen im Grundbuch, G01, G02, G03.

2 Dem Begehren liegt Folgendes zugrunde:

3 Mit notariellem Vertrag vom 14.12.2021 (...) kaufte der Antragsteller von dem damaligen Eigentümer Herrn C (im Folgenden Verkäufer) das streitgegenständliche Hausgrundstück. Als Kaufpreis wurden 355.000 € vereinbart. Zugunsten des Antragstellers sollte eine Eintragungsvormerkung eingetragen werden (...), was aber nicht erfolgte. Die Parteien erklärten die Auflassung. Der Antragsteller zog zum 04.03.2022 in das Objekt ein und nutzte das Ladengeschäft als Parteibüro für die Partei „D“, die rechtsextremistische Ansichten vertritt und vom Verfassungsschutz beobachtet wird.

4 Am 24.02.2022 teilte der Bürgermeister der Antragsgegnerin dem Verkäufer mit, er werde den dinglichen Vollzug des Kaufvertrages mit allen Mitteln verhindern (...).

5 Der beurkundende Notar beantragte am 01.03.2022 bei der Antragsgegnerin die Ausstellung eines Negativzeugnisses über das Nichtbestehen bzw. die Nichtausübung eines etwaig bestehenden Vorkaufsrechts (...) und die Mitteilung der Valutierung der zugunsten der Antragstellerin eingetragenen Zwangssicherungsgrundrechte (...). Die Antragsgegnerin erteilte das Negativzeugnis nicht. Ihr war von einem von ihr beauftragten Rechtsanwalt gutachterlich mit Schriftsatz vom 03.03.2022 (...) unter Hinweis auf die ganz herrschende Meinung und einheitliche Rechtsprechung mitgeteilt worden, dass kein gemeindliches Vorkaufsrecht bestehe und dieses nicht mit Rückwirkung begründet werden könne. In dieser gutachterlichen Empfehlung wurden auch weitere Möglichkeiten beleuchtet, um einen Betrieb einer Parteizentrale zu untersagen oder zu erschweren.

6 Entgegen dem gutachterlichen Rat beschloss der Rat der Antragsgegnerin am 06.04.2022 eine Satzung zur Ausübung des besonderen Vorkaufsrechts nach § 25 BauGB (...). Ferner wurde eine Änderung der Nutzungsart des streitgegenständlichen Grundstücks beschlossen. Die Festsetzung „Allgemeines Wohngebiet“ wurde verändert in „Gemeinbedarf mit Zweckbestimmung: Sozialen Zwecken dienende Gebäude und Einrichtungen hier: Unterkünfte für Flüchtlinge und Asylbegehrende sowie Ort der Integration und Begegnung“ (...). Am 25.05.2022 beschloss der Rat der Antragsgegnerin die Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 24 Abs. 1 Nr. 2 BauGB. Die Antragsgegnerin erließ am 30.05.2022 den entsprechenden Bescheid mit der Anordnung der sofortigen Vollziehung (...). Den Bescheid leitete der Verkäufer an den Antragsteller weiter. Der Antrag des Antragstellers auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO war vor dem VG Arnberg erfolgreich (...). Die Beschwerde der Antragsgegnerin wies das OVG mit Beschluss vom 15.09.2022 zurück (...), u. a. mit dem Hinweis, dass der Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts offensichtlich materiell rechtswidrig sei. Am 29.09.2022 erteilte das VG Arnberg in der Hauptsacheklage gegen die Ausübung des Vorkaufsrechts und die Erteilung des Negativzeugnisses den Hinweis, dass die Klage des Antragstellers voraussichtlich erfolgreich sein werde (...).

7 Mit notariellem Vertrag vom 12.10.2022 (...) verkaufte der Verkäufer das streitgegenständliche Grundstück zu einem Kaufpreis von 355.000 € an die Stadt A, diese vertreten durch den Bürgermeister und die Fachbereichsleiterin, obwohl der Vertrag des Verkäufers mit dem Antragsteller noch bestand. Auf Grundlage der ebenfalls erklärten Auflassung wurde die Antragsgegnerin am 28.11.2022 als Eigentümerin eingetragen (...).

8 Mit Schriftsatz vom 07.12.2022 beantragte der Antragsteller den Erlass der einstweiligen Verfügung.

**9** Der Antragsteller hat gemeint, der zwischen Antragsgegnerin und Verkäufer geschlossene Kaufvertrag und die Auflassung seien gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weswegen ihm ein Anspruch auf Berichtigung des Grundstücks gemäß § 894 BGB zustehe. Ihm stünden auch Ansprüche gemäß § 826 BGB und § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG zu.

**10** Das LG hat mit dem angefochtenen Beschluss den Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung zurückgewiesen. Der Antragsteller habe keinen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 894 BGB. Weder das Verpflichtungs- noch das Verfügungsgeschäft zwischen dem Antragsgegner und dem Verkäufer seien gemäß § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig. Es könne nicht festgestellt werden, dass der Verkäufer sittenwidrig gehandelt habe. Denn es sei nicht glaubhaft gemacht, dass dieser von den verwaltungsgerichtlichen Verfahren Kenntnis gehabt habe. Er habe darauf vertrauen dürfen, dass der Bescheid rechtmäßig sei. Selbst wenn er davon gewusst habe, müsste er das sittenwidrige Handeln der Antragsgegnerin gebilligt, gefördert oder ausgenutzt haben, was ebenfalls nicht glaubhaft gemacht sei.

**11** Wegen des weiteren erstinstanzlichen Sach- und Streitstand inkl. des Antrags und der Begründung im Einzelnen wird auf die angefochtene Entscheidung Bezug genommen.

**12** Mit seiner sofortigen Beschwerde verfolgt der Antragsteller sein erstinstanzliches Begehren weiter. Der Verkäufer sei über den gesamten Verlauf der Angelegenheit auch nach Erlass des Vorkaufsrechtsbescheides informiert gewesen, da er in ständigem Austausch mit ihm – Antragsteller – und seiner Prozessbevollmächtigten gestanden habe. Er habe u. a. den Beschluss des Verwaltungsgerichts Arnsberg erhalten. Da die Antragsgegnerin in seine allgemeine Handlungsfreiheit eingegriffen habe, hätte die Antragsgegnerin öffentlichrechtlich handeln müssen. Auch der Verkäufer habe sittenwidrig gehandelt, weil er in Kenntnis der Tatsachen am Vertragsbruch mitgewirkt habe. Zudem habe das LG den geltend gemachten Anspruch gemäß § 826 BGB verkannt. Ein Herausgabeanspruch der Buchposition bestehe überdies gemäß § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG. Die Nichtigkeit des geschlossenen Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfts ergebe sich auch aus § 134 BGB i. V. m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 3, 20 Abs. 3 GG. Wenn die in privatrechtlichen Formen agierende öffentliche Hand Grundrechte eines am Rechtsgeschäft beteiligten Grundrechtsträgers verletze, sei das Rechtsgeschäft grundsätzlich nichtig. Da er ein Anwartschaftsrecht besessen habe, sei er für den primär geltend gemachten Widerspruch aktivlegitimiert. Zumindest könne er im Wege einer gewillkürten Prozessstandschaft vorgehen.

**13** Der Antragsteller beantragt primär,

I. der Beschluss des LG Siegen vom 08.12.2022, Az. 1 O 298/22, aufzuheben und

II. im Grundbuch von A des AG Siegen (...) zugunsten des Antragstellers einen Widerspruch gegen die Eintragung der Antragsgegnerin als Eigentümerin des Grundstücks einzutragen;

III. das zuständige Grundbuchamt zu ersuchen, den Widerspruch in das Grundbuch einzutragen.

**14** Hilfsweise mit Schriftsatz vom 06.02.2023

IV. im Grundbuch von A des AG Siegen (...) zugunsten des Antragstellers eine Vormerkung zur Sicherung seines Anspruchs auf Auflassung des Grundstücks aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung und vorsätzlicher Amtspflichtverletzung einzutragen;

V. das zuständige Grundbuchamt zu ersuchen, die Vormerkung in das Grundbuch einzutragen.

**15** Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde und die Hilfsanträge zurückzuweisen.

**16** Sie verteidigt die angefochtene Entscheidung. Es liege weder ein Verfügungsanspruch noch ein Verfügungsgrund vor. Für den primär geltend gemachten Widerspruch sei der Antragsteller nicht aktivlegitimiert. Bei dem zwischen ihr und dem Eigentümer abgeschlossenen Kaufvertrag sei nicht gegen § 138 BGB verstoßen worden. Sie habe das in Streit stehende Grundstück für einen legitimen Zweck erworben, nämlich, um geflüchteten Menschen Wohnraum zu bieten. Der Antragsgegnerin sei der Widerstand in der Bevölkerung gegen die vom Verfassungsschutz beobachtete Partei „D“ nicht zuzurechnen. Für einen Eigentumsverschaffungsanspruch gegen den Voreigentümer sei sie nicht aktivlegitimiert.

**17** Das LG hat der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt (...).

**18** II. Die zulässige sofortige Beschwerde des Antragstellers ist teilweise begründet.

(...)

**20** 2. Die sofortige Beschwerde ist auf die Hilfsanträge begründet, im Hinblick auf die Hauptanträge aber unbegründet.

**21** a. Die Hauptanträge – gerichtet auf Eintragung eines Widerspruchs und Ersuchen des Grundbuchamts auf Eintragung des Widerspruchs – sind unbegründet. Der Antragsteller hat nach seinem Vortrag keinen Verfügungsanspruch.

**22** aa. Ein solcher ergibt sich insbesondere nicht aus § 894 BGB.

(I) Eine Nichtigkeit des Verpflichtungs- und des Verfügungsgeschäfts an dieser Stelle unterstellt, hätte der Antragsteller keinen Anspruch auf Grundbuchberichtigung. Gläubiger eines Berichtigungsanspruchs ist, wer durch die Unrichtigkeit unmittelbar beeinträchtigt ist. Dies ist nur der wirkliche Rechtsinhaber (vgl. BGH, Urteil vom 14.03.2000, XI ZR 14/99, juris Rdnr. 9; OLG Hamm, Beschluss vom 15.01.2009, 5 U 157/06, BeckRS 2009, 25481; vgl. auch BeckOGK-BGB/Hertel, § 894 Rdnr. 40 ff.). Eine Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts zwischen dem Verkäufer und der Antragsgegnerin unterstellt, hätte nur der Verkäufer einen Anspruch gemäß § 894 BGB. Der Antragsteller ist unstreitig



nie Eigentümer geworden. Der von dem Antragsteller geltend gemachte deliktische Eigentumsverschaffungsanspruch gegen den Verkäufer wird durch § 894 BGB nicht geschützt.

**23 (II)** Entgegen der Ansicht des Antragstellers ergibt sich aus seiner Stellung als Auflassungsempfänger nichts anderes. Diese Stellung begründet kein Anwartschaftsrecht. Voraussetzung eines Anwartschaftsrechts ist es, dass dieses durch den Vertragspartner nicht mehr einseitig vernichtet werden kann. Vorliegend wurde das Recht auf Eigentumsverschaffung des Antragstellers durch den Verkauf und den Vollzug des Kaufvertrags unmöglich, § 275 BGB, was zeigt, dass der Antragsteller gerade kein Anwartschaftsrecht hatte.

**24** Erforderlich für die Annahme eines Anwartschaftsrechts ist, dass der Erwerber nach bindender Erklärung der Auflassung und Bewilligung der Eigentumsumschreibung unter Vorlage der Auflassungsurkunde Antrag auf Umschreibung des Eigentums beim Grundbuchamt gestellt hat (vgl. BGH, Urteil vom 25.02.1966, V ZR 129/63, NJW 1966, 1019; Beschluss vom 01.12.2008, V ZB 10/88, NJW 1989, 1093). Ein Antrag auf Umschreibung des Eigentums beim Grundbuchamt hat der Antragsteller nicht gestellt. Die Bevollmächtigung des Notars in XI. des notariellen Vertrages ist nicht ausreichend. Bei einem vorrangigen Antrag des Antragstellers hätte der zweite Kaufvertrag auch nicht – wie erfolgt – vollzogen werden können.

**25** Aus der vom Antragsteller zitierten Entscheidung des OLG Hamm (OLG Hamm, Beschluss vom 17.01.1975, 15 Wx 190/74, juris) ergibt sich nichts anderes. Maßgeblicher Grund für die Annahme eines Anwartschaftsrechts war, dass eine Auflassungsvormerkung im Grundbuch eingetragen war, was vorliegend nicht der Fall ist.

**26** Auf die weiteren Bedenken kommt es deswegen nicht an. Insbesondere erscheint es systemwidrig, ein nicht in das Grundbuch einzutragendes Anwartschaftsrecht durch eine analoge Anwendung des § 894 ZPO zu schützen. Eine planwidrige Regelungslücke ist nicht ersichtlich. Hierfür gibt es auch – zumindest in der vorliegenden Konstellation – kein Bedürfnis, wie die nachfolgenden Ausführungen zu II. 2. b) zeigen.

**27 (...)**

**29 bb.** Soweit der Antragsteller erstinstanzlich seinen Widerspruch auf deliktische Anspruchsgrundlagen gestützt hat (§ 826 BGB und § 839 BGB i. V. m. Art. 34 GG), führen diese als Rechtsfolge nicht zur Eintragung eines Widerspruchs. Sie haben als Rechtsfolge einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß §§ 249 ff. BGB zum Gegenstand.

**30** Ein solcher Anspruch auf Übertragung des deliktisch erlangten Eigentums ist – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – durch eine Vormerkung sicherbar, ein Anspruch auf Geld durch einen Arrest.

**31 b.** Der Antragsteller hat aber Tatsachen hinreichend glaubhaft gemacht, die einen durch eine Vormerkung sicherbaren Anspruch auf Eigentumsverschaffung gegen die Antragsgegnerin gemäß § 826 BGB als Verfügungsan-

spruch begründen. Es ist nach dem jetzigen Sach- und Streitstand überwiegend wahrscheinlich (vgl. zum Beweismaßstab BGH, Beschluss vom 11.09.2003, IX ZB 37/03, BGHZ 156, 139-147, juris Rdnr. 8 m. w. N.; Zöller/Vollkommer, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 935 Rdnr. 8), dass die Antragsgegnerin den Antragsteller vorsätzlich sittenwidrig geschädigt hat.

Im Einzelnen:

**32** Es ist anerkannt, dass die bloße Beteiligung an einem fremden Vertragsbruch keinen Anspruch aus Delikt begründet. Neben der stets erforderlichen positiven Kenntnis des Dritten – hier der Antragsgegnerin – von der vertraglichen Bindung müssen besondere Umstände vorliegen. Als Fallgruppen sind insoweit anerkannt: die Verleitung des Schuldners zum Vertragsbruch, insbesondere in Kombination mit der Freistellung von Ersatzansprüchen, das kollusive Zusammenwirken von Schuldner und Drittem zum Nachteil des Vertragsgläubigers und der Bruch besonderer Treuepflichten (vgl. MünchKomm-BGB/Wagner, § 826 Rdnr. 75 ff.; Staudinger/Oechsler, Neub. 2021, § 826 Rdnr. 371 ff.). Hierbei ist stets eine Gesamtbetrachtung aller Umstände anzustellen. Die öffentliche Hand – wie vorliegend die Antragsgegnerin – darf dabei die Verfolgung ihrer eigenen Interessen nicht mit denselben Mitteln durchsetzen, wie sie für eine Privatperson noch als hinnehmbar gehalten werden. Sie darf ihre mit ihrer amtlichen Autorität verbundene Vertrauensstellung nicht missbräuchlich einsetzen (vgl. BGH, Urteil vom 02.06.1981, VI ZR 28/80, NJW 1981, 2184 m. w. N.).

**33** Nach diesem Maßstab hat der Antragsteller seine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung durch den Zweitkauf der Antragsgegnerin hinreichend glaubhaft gemacht. Auch wenn dieser Fall nicht eindeutig einer der oben dargestellten Fallgruppen zugeordnet werden kann, hat das Vorgehen der Antragsgegnerin in der Gesamtschau überwiegend wahrscheinlich ein sittenwidriges Gepräge. Dies ergibt sich aus Folgendem:

**34 aa.** Soweit die Antragsgegnerin in diesem Verfahren bestreitet, der Antragsteller habe den ersten Kaufvertrag nicht abgeschlossen, kann sie damit nicht gehört werden. Hiermit setzt sie sich in Widerspruch zu ihrer durchgängig vertretenen Ansicht, dass ihr ein Vorkaufsrecht zustehe. Es ist auch unstreitig, dass der erste Kaufvertrag der Antragsgegnerin übersandt worden ist. Eingereicht worden ist zunächst eine Kopie einer Ausfertigung des abgeschlossenen Notarvertrages, der eine Urkundenrollennummer aufweist. Eine solche wird nur vergeben, wenn eine Beurkundung vorgenommen wurde. Anhaltspunkte für eine Fälschung vermag die Antragsgegnerin nicht aufzuzeigen. Zudem hat die Antragsgegnerin im Bescheid vom 30.05.2022 selbst auf die Übersendung des notariellen Kaufvertrages abgestellt. Nach dem Maßstab des § 138 ZPO ist das Bestreiten der Antragsgegnerin daher unbeachtlich. Zudem wurde – nach dem unzulässigen Bestreiten durch die Antragsgegnerin – die Kopie der Originalurkunde eingereicht (...). Diese – nach Vertragsschluss zu Tage tretende Vorgehensweise der Antragsgegnerin – stellt ein Indiz für die sittenwidrige Schädigungsabsicht der Antragsgegnerin schon zum Vertragszeitpunkt dar. Denn bei diesem Bestreiten handelt es sich

nicht um ein legitimes Verteidigungsverhalten. Vielmehr lässt dieses Verhalten den Schluss darauf zu, dass der Antragsgegnerin „jedes Mittel recht ist“, sei es von der Rechtsordnung gedeckt oder nicht. Dies steht in Übereinstimmung mit dem bereits vorher von der Antragsgegnerin an den Tag gelegten Verhalten.

**35 bb.** Die Kenntnis der Antragsgegnerin von der vertraglichen Bindung zwischen dem Antragsteller und dem Verkäufer ist damit unstrittig.

**36** In Kenntnis dieser Vertragsbindung hat der Bürgermeister der Antragsgegnerin, der grundsätzlich zur Vertretung befugt ist (vgl. § 40 Abs. 2 GO), am 24.02.2022 gegenüber dem Verkäufer erklärt, er werde dafür sorgen, dass der Verkäufer in den Medien erscheine und dass er den Verkauf mit allen Mitteln verhindern werde (...). Diese unstrittige und durch eine eidesstattliche Versicherung glaubhaft gemachte Drohung mit einer öffentlichen Bloßstellung und die Ankündigung, „alle Mittel“ zu benutzen, sind mit der Rechtsordnung schlechterdings nicht vereinbar. Einschränkend ist insoweit nur zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin die Drohung der öffentlichen Diffamierung nicht umgesetzt hat.

**37 cc.** Umgesetzt hat die Antragsgegnerin aber den Versuch, die Eigentumsumschreibung mit allen Mitteln zu verhindern.

**38** Obwohl ihr spätestens seit Einholung des Rechtsrates am 03.03.2022 (...) bekannt war, dass sie nicht rückwirkend ein Vorkaufsrecht begründen konnte, hat sie genau dies versucht. So hat der Bürgermeister der Antragsgegnerin in der Ratssitzung am 06.04.2022 ohne Hinweis auf die ganz herrschende Meinung und ständige Rechtsprechung (u. a. des BVerwG, Beschluss vom 14.04.1994, 4 B 70/94) erklärt, zur Ausübung des Vorkaufsrechts bestünden unterschiedliche Auffassungen (...). Das Vorgehen der Antragsgegnerin, rückwirkend ein Vorkaufsrecht zu begründen, war nach Auffassung des VG Arnsberg (...) und des OVG Münster (...) offensichtlich rechtswidrig. Aufgrund des eingeholten Rechtsrats war dies der Antragsgegnerin auch bekannt. Dennoch hat sie sich über diese Kenntnis hinweggesetzt. Einen sachlichen Grund für dieses offensichtlich rechtswidrige Vorgehen hat die Antragsgegnerin nicht vorgetragen.

**39** Die nachträgliche Änderung der Nutzungsart des streitgegenständlichen Grundstücks von „Wohngebiet“ zu „Fläche für Gemeinbedarf – Anlagen oder Einrichtungen, die der Allgemeinheit dienen und in denen eine öffentliche Aufgabe wahrgenommen wird, mit der Zweckbestimmung als Anlage für soziale Zwecke mit Unterkünften für Flüchtlinge und Asylbegehrende“ erfolgte mit überwiegender Wahrscheinlichkeit zu dem Zweck, eine formale Voraussetzung für das Vorkaufsrecht zu begründen. Denn ein solches Vorkaufsrecht setzt gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BauGB voraus, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts für öffentliche Zwecke erforderlich ist. Anhaltspunkte für andere Gründe für die Ausübung des Vorkaufsrechts (vgl. § 24 Abs. 1 Nr. 2 bis 8 BauGB, § 25 BauGB) sind nicht dargetan. Der zeitliche Ablauf und der Zusammenhang mit der Verkaufssatzung sprechen dafür, dass die Antragsgegnerin sämtliche

Maßnahmen mit dem Ziel eingeleitet hat, ein Vorkaufsrecht zu begründen.

**40** Dies entspricht der Wahrnehmung in der Presse (...).

**41** Die Präambel in dem notariellen Zweitkaufvertrag (...) ist bei dieser Sachlage überwiegend wahrscheinlich nur der untaugliche Versuch einer Rechtfertigung. Auffällig ist insoweit, dass der beiden Vertragsparteien bekannte erste Kaufvertrag nicht mit einer Silbe erwähnt wird, obwohl beide Kaufverträge im Wesentlichen wörtlich gleich lauten. Auch eine Belastungsvollmacht wird – ebenso wie im ersten Kaufvertrag – aufgeführt, obwohl die Antragsgegnerin – was auch typisch für die öffentliche Hand ist – für die Finanzierung eine dingliche Belastung des Objekts gerade nicht benötigte. Es ist auch unwahrscheinlich, dass die in dem notariellen Kaufvertrag aufgeführte mehrfache Besichtigung stattgefunden hat. Der zweite Kaufvertrag stellt sich damit – überwiegend wahrscheinlich – als das unzulässige Vorhaben dar, unter Umgehung der Vorschriften der §§ 24 ff. BauGB letztlich eine Art Vorkaufsrecht auszuüben. Ob dies als Formwahlmissbrauch zu würdigen ist, kann an dieser Stelle offen bleiben.

**42 dd.** Als die Ausübung des Vorkaufsrechts gescheitert war oder zu scheitern drohte und ggf. nachdem das VG Arnsberg im Hauptsacheverfahren am 29.09.2022 darauf hingewiesen hat, dass die Antragsgegnerin auch im Hauptsacheverfahren betreffend das Vorkaufsrecht voraussichtlich verlieren werde, hat – dies ist aus Sicht des Senats aufgrund des Zeitablaufs überwiegend wahrscheinlich – die Antragsgegnerin Kontakt mit dem Verkäufer aufgenommen.

**43** Die entsprechenden Verhandlungen wurden überwiegend wahrscheinlich im kollusiven Zusammenwirken zwischen der Antragsgegnerin und dem Verkäufer „geheim“ geführt (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BGH, a. a. O.). Der Antragsteller war unstrittig nicht informiert. Auch der Abschluss des Kaufvertrages vom 12.10.2022 wurde geheim gehalten. Noch mit Schriftsatz vom 15.11.2022 an das VG Arnsberg (...), d. h. nach Abschluss des Zweitkaufvertrages und vor Eintragung, wurde dieser Gesichtspunkt nicht offenbart, sondern eine Äußerung bis zum 15.12.2022 angekündigt. Auch der Verkäufer hat dem Antragsteller den Abschluss des Kaufvertrages verheimlicht (...). Eine Information des Antragstellers erfolgte erst am 06.12.2022 (...), d. h. nach Eintragung der Antragsgegnerin als Eigentümerin am 28.11.2022.

**44** Der Abschluss des zweiten Kaufvertrages wurde auch nicht in einer Gemeinderatssitzung erörtert, obwohl dies bei einem gewöhnlichen Vorgehen zu erwarten gewesen wäre, gerade wegen der vorangegangenen verlorenen Prozesse und der erst kurz vorher erfolgten Änderung der Nutzungsart. Plausibel wird dieses Geschehen durch den Inhalt der eingereichten Presseartikel (...). Hiernach haben die Stadtverordneten sich verabredet, über die Schritte gegen „D“ nicht öffentlich zu diskutieren. Dies zeigt, dass nach dem jetzigen Sach- und Streitstand überwiegend wahrscheinlich der zweite Kaufvertrag primär mit dem Ziel des Vertragsbruches abgeschlossen wurde, um „D“ aus dem Gemeindegebiet der Antragsgegnerin zu vertreiben.

**45** Zudem hat die Antragsgegnerin vorher schon „geheim“ agiert. Entgegen der rechtlichen Verpflichtung hat sie den Antragsteller vor Erlass des Bescheides der Ausübung des Vorkaufsrechts nicht angehört (vgl. zum Beispiel VGH München, Urteil vom 02.10.2013, 1 BV 11.1944, BeckRS 2013, 57752; BeckOK-BauGB/Grziwotz, § 28 Rdnr. 21).

**46 ee.** Der Senat verkennt nicht, dass die Antragsgegnerin den Verkäufer ausweislich des angeforderten notariellen Kaufvertrags nicht von Ansprüchen des Antragstellers freigestellt hat. Ob im Hinblick auf die Eintragungen zu Nr. 4 und 7 (Sicherungshypotheken für die Stadt A) verdeckte ergänzende Kaufpreiszahlungen vorliegen, ist möglich, aber nicht vorgetragen. Auffällig ist insoweit, dass nach den vertraglichen Regelungen die Stadt A teilweise den Kaufpreis mit Treuhandabrede an sich selber zahlen musste, was wenig lebensnah ist. Dieser Gesichtspunkt ist ggf. im Hauptsacheverfahren weiter aufzuklären.

**47 ff.** Parallel zu dem Versuch, ein Vorkaufsrecht auszuüben, hat die Antragsgegnerin versucht, durch eine von ihr initiierte Ordnungsverfügung des zuständigen Kreises, dem Antragsteller „das Leben schwer zu machen.“ Auch dieses Vorgehen war rechtswidrig (vgl. den Beschluss des OVG Münster vom 17.11.2022, [...]) und lässt wiederum den Schluss auf eine sittenwidrige Gesinnung der Antragsgegnerin zu.

**48** Zudem belegt dieses Vorgehen die Zielrichtung der Antragsgegnerin, nicht primär Unterkünfte für Flüchtlinge zu schaffen, sondern gegen „D“ vorzugehen.

**49 gg.** Allein die Tatsache, dass der Antragsteller im Ladenlokal des streitgegenständlichen Objekts ein Bürgerbüro einer rechtsextremistischen Partei betreibt, steht der Sittenwidrigkeit nicht entgegen. Denn diese Partei ist nicht nach Art. 21 Abs. 2 GG durch das BVerfG verboten und darf sich – bis zu ihrem Verbot – an der politischen Meinungsbildung beteiligen (vgl. auch Beschluss des OVG Münster vom 14.11.2022, 15 B 893/22, S. 10 [...]). Der von der Antragsgegnerin praktizierte Rechtsbruch ist im Übrigen ein unzulässiges und auch unzumutbares sowie wenig überzeugendes Mittel, um Vereinigungen entgegenzutreten, die gegen den Rechtsstaat, also auch die Unverbrüchlichkeit der Rechtsordnung, und die verfassungsmäßige Ordnung agitieren.

**50 hh.** In der Gesamtschau dieser Gesichtspunkte ist überwiegend wahrscheinlich, dass die Antragsgegnerin – zumindest nach dem die Antragsgegnerin als öffentliche Verwaltung treffenden Maßstab – sittenwidrig gehandelt hat. Die Antragsgegnerin legt keine eidesstattlichen Versicherungen vor, aus denen sich eine Relativierung der oben angesprochenen Gesichtspunkte ergibt.

**51** Der Senat verkennt nicht, dass sich im Hauptsacheverfahren etwas anderes ergeben kann, insbesondere wenn zu den Hintergründen und Absprachen im Zusammenhang des Zweitverkaufs zwischen der Antragsgegnerin und dem Verkäufer vorgetragen wird.

**52 ii.** Die weiteren Voraussetzungen eines Anspruchs gemäß § 826 BGB hat der Antragsteller ebenfalls glaubhaft

gemacht. Gerade aufgrund der Äußerung des Bürgermeisters vom 24.02.2022, dass er alle Mittel einsetzen werde, um einen Eigentumserwerb des Antragstellers zu hindern, und dem folgenden Geschehensablauf ist ein Schädigungsvorsatz überwiegend wahrscheinlich. Eine Schädigung des Antragstellers hat die Antragsgegnerin dabei – überwiegend wahrscheinlich – zumindest billigend in Kauf genommen.

**53 jj.** Als Rechtsfolge kann der Antragsteller das positive Interesse verlangen, d. h. die Herausgabe der Kaufsache in natura – also Besitz und Eigentum – (vgl. BeckOGK-BGB/Spindler, § 826 Rdnr. 44), allerdings nur Zug-um-Zug gegen Zahlung des Kaufpreises (vgl. MünchKomm-BGB/Wagner, § 826 Rdnr. 78). Ob noch weitere im Wege der Vorteilsausgleichung zu berücksichtigende Positionen einzustellen sind, kann an dieser Stelle offen bleiben. Denn vorliegend geht es nur um die Sicherung des Herausgabeanspruchs, nicht um die Höhe der Zug um Zug vom Antragsteller zu erbringenden Leistung.

**54 c.** Schon wegen des öffentlichen Glaubens des Grundbuchs und der Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs (vgl. §§ 891, 892 BGB) besteht für den Antragsteller ein Verfügungsgrund, was sich auch aus der Wertung des § 899 Abs. 2 Satz 2 BGB ergibt. Bei der vorliegend überwiegend wahrscheinlich sittenwidrig handelnden Antragsgegnerin besteht das Risiko eines Weiterverkaufs und einer Weiterübertragung. Hierdurch würde der Anspruch des Antragstellers auf Herausgabe der Kaufsache in natura unmöglich oder zumindest erschwert werden.

(...)

## Bürgerliches Recht

### SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

#### 2. Ausgleichsansprüche einer Wohnungseigentümergeinschaft wegen Sanierungsarbeiten im Zusammenhang mit einer Grunddienstbarkeit

BGH, Urteil vom 27.01.2023, V ZR 261/21 (Vorinstanz: OLG Dresden, Urteil vom 16.11.2021, 13 U 2180/20)

BGB § 744 Abs. 2, §§ 748, 1021  
WEG § 9a Abs. 2

#### LEITSÄTZE:

- 1. Gehört zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstück, kann zwischen den Eigentümern des dienenden und des herrschenden Grundstücks mit dinglicher Wirkung vereinbart werden, dass die Pflicht zur Unterhaltung der Anlage zwischen ihnen aufgeteilt wird.**
- 2. Möglich ist auch eine Vereinbarung, die sich auf die – anteilige – Verpflichtung zur Übernahme der zur Unterhaltung der Anlage erforderlichen Kosten beschränkt, ohne eine Pflicht zur tatsächlichen Unterhaltung zu begründen.**

3. **Wenn sich eine Anlage auf zwei Grundstücke erstrecken soll und beide Eigentümer zur Nutzung der Anlage (auch) auf dem jeweils anderen Grundstück berechtigt sein sollen (hier: Tiefgarage), können wechselseitige Grunddienstbarkeiten bestellt werden; die Grundstücke sind dann zugleich herrschendes und dienendes Grundstück. Auch in diesem Fall ist es möglich, die Unterhaltungskosten der Anlage unter den beteiligten Eigentümern durch eine dinglich wirkende Vereinbarung nach einer bestimmten Quote zu verteilen.**
4. **Auch wenn der Eigentümer des herrschenden Grundstücks zur (anteiligen) Unterhaltung der Anlage bzw. zur anteiligen Kostentragung verpflichtet ist, genügt für die dingliche Wirksamkeit der Vereinbarung die Eintragung in das Grundbuch des dienenden Grundstücks. Einer zusätzlichen Eintragung auf dem Grundbuchblatt des herrschenden Grundstücks bedarf es nicht.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Klägerin ist eine Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE). Zu der Wohnungseigentumsanlage gehören auch Tiefgaragenstellplätze. Die Tiefgarage befindet sich allerdings nicht ausschließlich auf dem Gemeinschaftsgrundstück, sondern erstreckt sich auf weitere Grundstücke, unter anderem auf die des Beklagten und seiner Streitpartnerinnen. Es gibt eine zentrale und gemeinschaftliche Ein- und Ausfahrt, wobei sich auf dem Gemeinschaftsgrundstück 197 und auf dem Grundstück des Beklagten 20 Tiefgaragenstellplätze befinden. Errichtet wurde die Tiefgarage in den Jahren 1995/1996 auf der Grundlage einer notariellen Urkunde vom 30.01.1995. Hierin bewilligten die Eigentümer der Grundstücke, auf der die Tiefgarage errichtet werden sollte, unter Ziffer 5 wechselseitige Grunddienstbarkeiten. Diese räumen dem jeweiligen Eigentümer des berechtigten Grundstücks das Recht ein, an das auf dem belasteten Grundstück befindliche Tiefgaragengebäude anzuschließen bzw. auf dem berechtigten Grundstück und auf dem belasteten Grundstück eine gemeinsame Tiefgarage zu errichten, zu belassen und zu unterhalten. Der jeweilige Eigentümer wurde berechtigt, die auf dem belasteten Grundstück befindlichen Zu- und Abfahrtswege sowie die Fahrbahn innerhalb der Tiefgarage zum Gehen und Fahren ebenso mitzubeneutzen wie die auf dem belasteten Grundstück befindlichen Technikräume bzw. Anlagen, Be- und Entlüftungsräume und -anlagen, Sprinklerbecken und -anlagen, Maschinenräume und -anlagen, Treppenhäuser, Flure, Ausgänge sowie die sonstigen in der Tiefgarage befindlichen Gemeinschaftsräume und -anlagen. Zu den Kosten der Unterhaltung der Tiefgarage wurde festgehalten, dass diese von den Eigentümern der berechtigten Grundstücke und von dem Eigentümer des belasteten Grundstücks im Verhältnis der angeschlossenen Tiefgaragenplätze getragen werden. Die Grunddienstbarkeiten sowie die unter Ziffer 6 der Urkunde zusätzlich bestellten wechselseitigen Reallasten wurden jeweils in das Grundbuch eingetragen. Nachdem in der Tiefgarage Abdichtungsprobleme aufgetreten waren und Sachmängelansprüche gegen das Unter-

nehmen, das die Tiefgarage errichtet hatte, wegen dessen Insolvenz nicht durchgesetzt werden konnten, beauftragte die Klägerin ein Ingenieurbüro mit der Sanierungskonzeption. Auf deren Grundlage ließ sie die Instandsetzungsarbeiten durchführen.

2 Mit der Klage hat die Klägerin ursprünglich die Zahlung eines Betrages von 50.142,65 € zzgl. Zinsen und vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten verlangt. Bei dem Hauptsachebetrag handelt es sich um – auf der Grundlage von 20 Tiefgaragenplätzen berechnete – anteilige Aufwendungen der Klägerin für Verwaltungs- und Sanierungskosten in den Jahren 2012 bis 2014. Nach einem Teilerfolg in erster Instanz und wechselseitigen Berufungen wendet sich die Klägerin mit der von dem Senat zugelassenen Revision der Sache nach dagegen, dass das OLG einen Zahlungsanspruch i. H. v. 45.000,21 € nebst Zinsen und vorgerichtlichen Anwaltskosten abgewiesen hat. Der Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

3 I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts ist die Klage zulässig. Insbesondere sei die Klägerin zur Geltendmachung der Ausgleichsansprüche ihrer Mitglieder berechtigt, weil die Wohnungseigentümer die Prozessführung der Klägerin durch Beschluss vom 18.12.2017 genehmigt hätten. In der Sache sei die Klage unbegründet. Als Anspruchsgrundlage für die Ansprüche der Klägerin, deren materielle Ausübungsbefugnis sich aus § 9a Abs. 2 WEG ergebe, komme § 748 BGB in Betracht. Dessen Voraussetzungen lägen nicht vor. Die Eigentümer der Grundstücke, denen mit den am 30.01.1995 bestellten Grunddienstbarkeiten wechselseitige Rechte an der Tiefgarage eingeräumt worden seien, gehörten zwar einer Bruchteilsgemeinschaft im Sinne von § 741 BGB an. Die Klägerin habe aber nicht hinreichend dargelegt, dass es sich bei den Kosten, die den streitgegenständlichen Rechnungen zugrunde lägen, jeweils um gemäß § 748 BGB auszugleichende Kosten der Erhaltung, Verwaltung oder gemeinschaftlichen Benutzung gehandelt habe. Soweit es um die Verwaltungskosten gehe, scheidet eine Erstattung bereits deshalb aus, weil die kostenauslösenden Maßnahmen entgegen § 744 Abs. 1, § 745 BGB nicht auf dem Einvernehmen und zumindest auf Mehrheitsbeschlüssen der Teilhaber der Tiefgaragengemeinschaft beruhen. Im Hinblick auf die abgerechneten Kosten für die Sanierung der Tiefgarage habe die Klägerin nicht hinreichend dargelegt, dass es sich um notwendige Erhaltungsmaßnahmen im Sinne von § 744 Abs. 2 BGB handele. Auch wenn die Vorschrift nicht auf Eilmaßnahmen beschränkt sei, komme es darauf an, inwieweit die anderen Teilhaber im einzelnen Fall daran interessiert sein könnten, an der fraglichen Maßnahme mitzuwirken. Eine bedeutsame Maßnahme, durch die erhebliche Verpflichtungen für die Gemeinschaft oder die anderen Teilhaber begründet würden, könne nur dann als notwendig angesehen werden, wenn sie so dringend sei, dass eine Beteiligung der anderen Teilhaber nicht mehr rechtzeitig möglich sei. Das habe der BGH zu der in § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelten Notgeschäftsführung eines Miterben entschieden (Verweis auf BGH, Urteil vom 08.05.1952, IV ZR 208/51, BGHZ 6, 76). Für das in § 744 Abs. 2 BGB entsprechend niedergelegte Recht des einzelnen Teilhabers könne nichts anderes gelten. Hier

seien die von der Klägerin abgerechneten Arbeiten Teil einer umfangreichen Sanierung gewesen. Eine Dringlichkeit dieser Sanierungsarbeiten in dem Sinne, dass eine vorherige Beteiligung des Beklagten und der anderen Teilhaber nicht möglich gewesen sei, behauptete die Klägerin nicht.

**4** Mit den am 30.01.1995 beurkundeten Erklärungen seien die nach § 744 Abs. 1, § 745 BGB bestehenden Mitwirkungsrechte der Teilhaber weder abbedungen noch eingeschränkt worden. Die Kostenausgleichspflicht der Teilhaber sei auch nicht erweitert worden. Mehr als der Wille, die Teilhaber an den Unterhalts-, Betriebs- und Instandhaltungskosten zu beteiligen, lasse sich der notariellen Urkunde nicht entnehmen. Deshalb müsse auf die gesetzlichen Regelungen in §§ 744, 745 BGB zurückgegriffen werden. Die Voraussetzungen für einen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder für einen Bereicherungsanspruch habe die Klägerin nicht dargelegt.

**5 II.** Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung lassen sich die von der Klägerin weiter verfolgten Ansprüche nicht verneinen.

**6 1.** Zu Recht erachtet das Berufungsgericht die Klage für zulässig. Insbesondere ist die Klägerin für die mit der Klage geltenden gemachten Ansprüche prozessführungsbefugt. Insoweit kommt es auf die von dem Berufungsgericht zur Begründung angeführte Genehmigung der Prozessführung durch die Klägerin aufgrund des Beschlusses vom 18.12.2017 nicht an. Die Prozessführungsbefugnis der Klägerin folgt jedenfalls aus § 9a Abs. 2 WEG. Nach dieser Vorschrift, die am 01.12.2020 in Kraft getreten ist und auch hier Anwendung findet, übt die GdWE unter anderem solche Rechte der Wohnungseigentümer aus, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern. Diese ist hier sowohl im Hinblick auf mögliche Ansprüche der Wohnungseigentümer aus einer Bruchteilsgemeinschaft im Sinne von § 741 BGB als auch im Hinblick auf weitere Ansprüche geboten, die sich aus den in der Urkunde vom 30.01.1995 getroffenen Vereinbarungen ergeben können. Hiervon geht im Ergebnis auch das Berufungsgericht zutreffend aus, auch wenn es § 9a Abs. 2 WEG nur zur Begründung der materiellen Ausübungsbefugnis der Klägerin heranzieht. Die Vorschrift betrifft allerdings sowohl die Prozessführungsbefugnis als auch die Aktivlegitimation der GdWE (vgl. Senat, Urteil vom 15.07.2022, V ZR 127/21, NJW 2022, 3154 Rdnr. 8).

**7 2.** Die Ausführungen des Berufungsgerichts tragen jedoch die Abweisung der Klage als unbegründet nicht.

**8 a)** Hierfür kann offenbleiben, ob die Klägerin und der Beklagte Teilhaber einer Bruchteilsgemeinschaft sind und – bejahendenfalls – der Klägerin dem Grunde nach ein Ausgleichsanspruch gemäß §§ 748, 744 Abs. 2 BGB zusteht. Ein solcher Anspruch wäre zu verneinen, wenn den dem Beklagten anteilig in Rechnung gestellten Aufwendungen keine „zur Erhaltung des Gegenstands notwendigen Maßregeln“ im Sinne des § 744 Abs. 2 BGB zugrunde lägen, wovon das Berufungsgericht ausgeht. Wie es zutreffend steht, können nach der Rechtsprechung des BGH zu der inhaltlich mit § 744 Abs. 2 BGB im Wesentlichen übereinstimmenden

Vorschrift des § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB bedeutsame Maßnahmen, durch die erhebliche Verpflichtungen für den Nachlass oder die anderen Miterben begründet werden, nur dann als notwendig angesehen werden, wenn sie so dringend sind, dass die Zustimmung der anderen Miterben nicht mehr rechtzeitig erlangt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 08.05.1952, IV ZR 208/51, BGHZ 6, 76; siehe auch Urteil vom 06.10.2004, XII ZR 323/01, NJW-RR 2005, 375, 376). An einer solchen Eilbedürftigkeit fehlt es auf der Grundlage der von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen, weil die Klägerin die Möglichkeit gehabt hätte, eine Zustimmung des Beklagten einzuholen. Ob die Rechtsprechung des BGH zu § 2038 Abs. 1 Satz 2 BGB, die in der Literatur ganz überwiegend Zustimmung gefunden hat (vgl. MünchKomm-BGB/Gergen, 9. Aufl., § 2038 Rdnr. 58 m. w. N., Grüneberg/Weidlich, 82. Aufl., § 2038 Rdnr. 11; BeckOGK-BGB/Rißmann/Szalai, Stand: 01.11.2022, § 2038 Rdnr. 56; BeckOK-BGB/Lohmann, Stand: 01.05.2022, § 2038 Rdnr. 10; a. A. Staudinger/Löhnig, Neub. 2020, § 2038 Rdnr. 30), auch im Rahmen des § 744 Abs. 2 BGB Anwendung findet, ist höchstrichterlich bislang nicht geklärt und in der Literatur umstritten (gegen das Erfordernis einer Unaufschiebbarkeit der Maßnahme Staudinger/von Proff, Neub. 2021, § 744 Rdnr. 23; BeckOK-BGB/Gehrlein, Stand: 01.08.2022, § 744 Rdnr. 7; BeckOGK-BGB/Fehrenbacher, Stand: 01.08.2022, § 744 Rdnr. 22; Grüneberg/Sprau, § 744 Rdnr. 3 m. w. N.).

**9 b)** Diese Frage bedarf hier aber keiner Entscheidung, weil das Berufungsgericht eine weitere Anspruchsgrundlage rechtsfehlerhaft nicht in den Blick genommen hat, deren Voraussetzungen auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen dem Grunde nach vorliegen. Die Klägerin kann nämlich im Hinblick auf die wechselseitig in der Urkunde vom 30.01.1995 bestellten Grunddienstbarkeiten gemäß § 1108 Abs. 1 i. V. m. § 1021 Abs. 2 BGB von dem Beklagten Ausgleich der für die erforderlichen Unterhaltungsmaßnahmen der Tiefgarage angefallenen Kosten in Höhe der auf ihn entfallenden Quote verlangen.

**10 aa)** Gehört zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstück, so kann bestimmt werden, dass der Eigentümer dieses Grundstücks (sog. dienendes Grundstück) die Anlage zu unterhalten hat, soweit das Interesse des Berechtigten es erfordert (§ 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB). Steht dem Eigentümer das Recht zur Mitbenutzung der Anlage zu, so kann bestimmt werden, dass der Berechtigte (Eigentümer des herrschenden Grundstücks) die Anlage zu unterhalten hat, soweit es für das Benutzungsrecht des Eigentümers erforderlich ist (§ 1021 Abs. 1 Satz 2 BGB). Ist eine solche Unterhaltungspflicht vereinbart, finden nach § 1021 Abs. 2 BGB die Vorschriften über die Reallasten entsprechende Anwendung. Dies bedeutet, dass der Eigentümer, der zur Unterhaltung der Anlage verpflichtet ist, unter anderem gemäß § 1108 Abs. 1 BGB für die während der Dauer seines Eigentums fällig werdenden Leistungen (auch) persönlich haftet; dementsprechend haftet auch der unterhaltungspflichtige Dienstbarkeitsberechtigte bei entsprechender Vereinbarung nicht nur dinglich, sondern auch persönlich (vgl. zur Grundbucheintragung in einem solchen Fall unten Rdnr. 14).

**11 bb)** Nach dem Wortlaut des § 1021 Abs. 1 BGB wird bei den möglichen Vereinbarungen zwischen dem Eigentümer des dienenden und dem Eigentümer des herrschenden Grundstücks danach unterschieden, ob nur der Dienstbarkeitsberechtigten die Anlage nutzen darf oder aber dem Eigentümer des belasteten Grundstücks ein Recht zur Mitbenutzung der Anlage zusteht. Während im ersten Fall vereinbart werden kann, dass der Eigentümer des dienenden Grundstücks die Anlage zu unterhalten hat, ist im zweiten Fall eine Vereinbarung dahin gehend möglich, dass den Eigentümer des herrschenden Grundstücks die Unterhaltungspflicht trifft. Es steht aber in Rechtsprechung und Literatur außer Streit, dass beide Möglichkeiten miteinander kombiniert werden können. Gehört zur Ausübung einer Grunddienstbarkeit eine Anlage auf dem belasteten Grundstück, kann zwischen den Eigentümern des dienenden und des herrschenden Grundstücks mit dinglicher Wirkung vereinbart werden, dass die Pflicht zur Unterhaltung der Anlage zwischen ihnen aufgeteilt wird. In der Festlegung des Verteilungsschlüssels sind die Eigentümer des herrschenden und des dienenden Grundstücks frei (vgl. KG, OLGZ 1970, 372, 375; Staudinger/Weber, Neub. 2017, § 1021 Rdnr. 13; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1021 Rdnr. 5; BeckOGK-BGB/Kazele, § 1021 Rdnr. 57).

**12 cc)** Möglich ist auch eine Vereinbarung, die sich auf die – anteilige – Verpflichtung zur Übernahme der zur Unterhaltung der Anlage erforderlichen Kosten beschränkt, ohne eine Pflicht zur tatsächlichen Unterhaltung zu begründen. (vgl. KG, OLGZ 1970, 372, 374; Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 13; BeckOGK-BGB/Kazele, § 1021 Rdnr. 57). Dies folgt aus einem Erst-Recht-Schluss. Wenn die Beteiligten schon eine Vereinbarung über die Unterhaltungspflicht als solche treffen können, muss ihnen auch die Möglichkeit eingeräumt werden, sich nur über die Tragung der Unterhaltungskosten zu verständigen.

**13 dd)** Die vorstehenden Ausführungen betreffen den „Normalfall“, dass sich die Anlage ausschließlich auf dem mit der Grunddienstbarkeit belasteten Grundstück befindet, sodass es nur ein dienendes und ein herrschendes Grundstück gibt. Wenn sich eine Anlage auf zwei Grundstücke erstrecken soll und beide Eigentümer zur Nutzung der Anlage (auch) auf dem jeweils anderen Grundstück berechtigt sein sollen, wie dies beispielsweise bei einem Weg oder auch bei einer Tiefgarage der Fall sein kann, können wechselseitige Grunddienstbarkeiten bestellt werden; die Grundstücke sind dann zugleich herrschendes und dienendes Grundstück. Die Eigentümer der Grundstücke dürfen das jeweils andere Grundstück nutzen, sodass sie insoweit Eigentümer des herrschenden Grundstücks sind. Gleichzeitig müssen sie aber auch die Nutzung des eigenen Grundstücks durch den anderen Eigentümer dulden, sodass sie insoweit Eigentümer des dienenden Grundstücks sind. Auch in diesem Fall ist es möglich, die Unterhaltungskosten der Anlage gemäß § 1021 Abs. 1 BGB unter den beteiligten Eigentümern durch eine dinglich wirkende Vereinbarung nach einer bestimmten Quote zu verteilen.

**14 ee)** Damit einer Vereinbarung im Sinne des § 1021 Abs. 1 BGB dingliche Wirkung zukommt und die Wirkungen einer

Reallast gemäß § 1021 Abs. 2 i. V. m. § 1107 f. BGB eintreten können, muss (auch) die Vereinbarung in das Grundbuch eingetragen werden. Da es sich insoweit um den Inhalt der Grunddienstbarkeit handelt, muss die Vereinbarung allerdings nicht selbst in den Eintragungsvermerk aufgenommen werden. Vielmehr genügt es, wenn insoweit nach § 874 BGB auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen wird (vgl. OLG Düsseldorf, OLG-Report 2003, 356; Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 1 m. w. N.). Auch wenn der Eigentümer des herrschenden Grundstücks zur (anteiligen) Unterhaltung der Anlage bzw. zur anteiligen Kostentragung verpflichtet ist, genügt nach ganz überwiegender und zutreffender Auffassung für die dingliche Wirksamkeit der Vereinbarung die Eintragung in das Grundbuch des dienenden Grundstücks (vgl. § 10 GBV). Einer zusätzlichen Eintragung auf dem Grundbuchblatt des herrschenden Grundstücks bedarf es nicht (vgl. Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 14 m. w. N.; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1021 Rdnr. 7; Grüneberg/Herrler, § 1021 Rdnr. 1; Ring/Grziwotz/Schmidt-Räntsch/Otto, BGB, 5. Aufl., § 1021 Rdnr. 15; BeckOGK-BGB/Kazele, § 1021 Rdnr. 60; BeckOK-BGB/Reischl, § 1021 Rdnr. 9). Dass die Unterhaltungspflicht nach § 1021 Abs. 2 BGB reallastähnlich ausgestaltet ist, ändert daran nichts (a. A. LG Ellwangen, BWNotZ 1987, 141, 142). Sie ist nämlich keine selbstständige Belastung des herrschenden Grundstücks, sondern gehört, wenn auch als Nebenpflicht, zum Inhalt der Dienstbarkeit und bildet mit dieser ein einheitliches Recht (vgl. Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 14 m. w. N.; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1021 Rdnr. 7; BeckOGK-BGB/Kazele, § 1021 Rdnr. 60). Wird – wie hier – gleichwohl zusätzlich auf dem Grundbuchblatt des herrschenden Grundstücks eine Reallast eingetragen, liegt eine Doppelsicherung vor, derer es wegen der in § 1021 Abs. 2 BGB angeordneten Reallastwirkung nicht bedarf und die deshalb unzulässig ist (vgl. Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 7; Grüneberg/Herrler, 81. Aufl., § 1021 Rdnr. 1; Volmer, MittBayNot 2000, 387, 388). Dies lässt jedoch die Reallastwirkung aus § 1021 Abs. 2 BGB unberührt. Sind die Grundstücke bei – wie hier – wechselseitigen Grunddienstbarkeiten sowohl herrschendes als auch dienendes Grundstück, muss konsequenterweise auf beiden Grundstücksblättern eine Eintragung erfolgen, aber auch in diesem Fall nur insoweit, als das Grundstück die Funktion des dienenden Grundstücks hat.

**15 ff)** Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze hat die Klägerin gegen den Beklagten dem Grunde nach einen Anspruch auf Erstattung der (anteiligen) erforderlichen Kosten für die Unterhaltung der Tiefgarage in dem hier relevanten Zeitraum nach § 1108 Abs. 1 i. V. m. § 1021 BGB.

**16 (1)** Maßgeblich ist insoweit die notarielle Urkunde vom 30.01.1995. Hierin haben die (damaligen) Eigentümer der Grundstücke, auf der die Tiefgarage als Anlage im Sinne des § 1021 Abs. 1 BGB errichtet wurde, unter Ziffer 5 wechselseitige Grunddienstbarkeiten bestellt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts sind diese Grunddienstbarkeiten in das Grundbuch eingetragen worden. Dass das Berufungsgericht keine näheren Feststellungen zu der konkreten Form der Eintragung getroffen hat, ist unerheblich. Entweder sind die Grunddienstbarkeiten in vollem Umfang in das Grundbuch eingetragen worden oder aber es ist

– was naheliegt – wegen des näheren Inhalts der Grunddienstbarkeiten zulässigerweise (§ 874 BGB) auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen worden. Es kommt auch nicht darauf an, ob die maßgeblichen Vereinbarungen zu der Tragung der Unterhaltungskosten zusätzlich auf dem Grundbuchblatt des jeweils herrschenden Grundstücks eingetragen worden sind, da die Eintragung auf dem Grundstücksblatt des jeweils dienenden Grundstücks genügt.

**17 (2)** Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist in der Bestellsurkunde auch nicht lediglich der (allgemeine) Wille der Urkundsbeteiligten zum Ausdruck gekommen, sich an den Unterhaltungskosten zu beteiligen. Bei der gebotenen objektiven Auslegung von Grundbucheintragungen, die das Revisionsgericht in vollem Umfang überprüfen kann, kommt es maßgebend darauf an, wie die Eintragung nach Wortlaut und Sinn für einen unbefangenen Betrachter nächstliegend zu verstehen ist (vgl. Senat, Urteil vom 04.05.2018, V ZR 163/17, NJW-RR 2018, 1419 Rdnr. 9). Die von dem Berufungsgericht vorgenommene Auslegung ist nicht nächstliegend. Der Wortlaut in der Urkunde ist eindeutig. Hiernach sollten die Kosten der Unterhaltung der Tiefgarage „im Verhältnis der angeschlossenen Tiefgaragenplätze getragen werden“. Die Urkundsbeteiligten wollten hiermit erkennbar eine praktisch handhabbare und rechtlich verbindliche Regelung dazu treffen, wie die im Zusammenhang mit der gemeinsamen Unterhaltung der Tiefgarage anfallenden Kosten aufgeteilt werden sollten. Dafür, dass es sich, wie das Berufungsgericht meint, insoweit um bloße Absichtserklärungen handeln und (nur) auf die gesetzlichen Ausgleichsregeln nach §§ 748, 744 Abs. 2 BGB verwiesen werden sollte, ergeben sich aus der Urkunde keine Anhaltspunkte. Deshalb scheidet ein Rückgriff auf § 748 BGB im Hinblick auf die vorrangige Vereinbarung der Urkundsbeteiligten aus (vgl. auch Staudinger/Weber, § 1021 Rdnr. 12). Aus den von der Revisionserwiderung zitierten Entscheidungen des Senats, in denen für die Frage der Tragung der Unterhaltungskosten bei einer gleichberechtigten Mitbenutzung einer Anlage durch den Berechtigten einer Grunddienstbarkeit und den Eigentümer des dienenden Grundstücks Vorschriften über die Bruchteilsgemeinschaft herangezogen wurden (vgl. Urteil vom 08.03.2017, V ZR 343/17, NJW 2019, 2615 Rdnr. 10 f., 14 f.; Urteil vom 27.09.2019, V ZR 1/18, juris Rdnr. 11), ergibt sich nichts anderes. Den Entscheidungen lagen nämlich Fallgestaltungen zugrunde, bei denen es – anders als hier – an entsprechenden Vereinbarungen im Sinne des § 1021 Abs. 1 BGB gerade fehlte.

**18 (3)** Dass in der Vereinbarung nicht geregelt ist, wen die Unterhaltungspflicht in natura treffen soll, ist unerheblich. Wie oben dargelegt, kann sich die Vereinbarung auf die Pflicht zur Übernahme der Unterhaltungskosten beschränken (Rdnr. 12). Ebenso lässt es die Wirksamkeit der Vereinbarungen unberührt, dass zugunsten der Urkundsbeteiligten zusätzlich zu den Grunddienstbarkeiten nebst der Vereinbarung zu der Tragung der Unterhaltungskosten wechselseitige Reallasten bestellt und in das Grundbuch eingetragen wurden (vgl. oben Rdnr. 14).

**19 III.** Das Berufungsurteil ist deshalb aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Rechtsstreit ist zur neuen Verhandlung und

Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, da er nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 ZPO).

**20 1.** Das Berufungsgericht hat – von seinem Ausgangspunkt folgerichtig – keine Feststellungen dazu getroffen, ob es sich bei den von der Klägerin geltend gemachten Kosten um solche handelt, die für eine ordnungsgemäße Unterhaltung der Tiefgarage erforderlich waren. Maßgeblich ist insoweit das Benutzungsinteresse der Eigentümer. Darunter fällt in erster Linie ihr Interesse an der Gebrauchsfähigkeit und Funktionsfähigkeit der Tiefgarage (vgl. Senat, Urteil vom 07.02.2020, V ZR 128/19, NJW-RR 2020, 897 Rdnr. 12). Hierzu gehören im Ausgangspunkt auch die (erforderlichen) Kosten für die Verwaltung, ohne die eine Tiefgarage nicht betrieben werden kann. Da es für die Frage der Erforderlichkeit der Unterhaltungskosten auf eine objektive Betrachtung ankommt, ist es unerheblich, ob der Beklagte den kostenauslösenden Maßnahmen zugestimmt hat.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Benedikt Mack**, Regen

#### 1. Ausgangssituation: Gemeinschaftstiefgarage auf zwei Grundstücken

Die Entscheidung betrifft einmal mehr eine Tiefgarage, die sich als „Unterbau“ unter zwei Wohnanlagen-Grundstücke erstreckt. Anders als in dem mit viel Aufmerksamkeit bedachten Beschluss des BGH vom 15.06.2023<sup>1</sup> ist die Tiefgarage im Besprechungsfall keinem einheitlichen Stammgrundstück zugeordnet, sondern der jeweilige Tiefgaragenabschnitt dem jeweils darüberliegenden Wohngrundstück, das Eigentum an der Tiefgarage also „vertikal geteilt“. Diese vertikale Teilung der Tiefgarage war bis zum Inkrafttreten des WEMoG 2020 mit der Rechtsunsicherheit behaftet, ob an den Stellplätzen unter einem WEG-Grundstück bei einer zum Nachbargrundstück seitenoffenen Tiefgarage überhaupt Teileigentum gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F. („Garagenstellplätze“) begründet werden kann.<sup>2</sup> Mit der erweiterten Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen gemäß § 3 Abs. 1 Satz 2 WEG ist diese Unsicherheit für die unter dem eigenen Grundstück liegenden Stellplätze entfallen. Erfreulicherweise stehen damit beide Gestaltungsmöglichkeiten bei einer grundstücksübergreifenden Tiefgarage – Zuordnung zu einem Stammgrundstück oder vertikale Teilung – grundsätzlich auf rechtssicheren Füßen.<sup>3</sup> Nachteil der vertikalen Teilung bleibt jedoch, dass an den Stell-

1 V ZB 12/22, MittBayNot 2024, 33.

2 Vgl. zum Streitstand unter alter Rechtslage: *Bernhard*, MittBayNot 2020, 341, 343 f.; teilweise wurde für die Sondereigentumsfähigkeit eine bauliche Trennung der Tiefgaragenteile (z. B. durch eine Grenz wand mit Durchfahrtsöffnung oder Pfeilerreihen) gefordert; vgl. *Bauer/Schaub/Schneider*, GBO, 4. Aufl. 2018, Teil E Rdnr. 84.

3 Eingehend zur Stammgrundstücks-Variante: *Berner/Bühler*, DNotZ 2023, 885; *Johannsen/Bulgrin*, MittBayNot 2024, 33, 37.

plätzen, die ganz oder teilweise unter dem fremden Grundstück liegen, gemäß § 1 Abs. 4 WEG kein Sondereigentum, sondern lediglich Sondernutzungsrechte begründet werden können.<sup>4</sup> Entscheiden sich die Beteiligten gleichwohl für die vertikale Teilung, steht die Absicherung der Nutzung des jeweils „fremden“ Tiefgaragenabschnitts durch wechselseitige Dienstbarkeiten im Mittelpunkt.<sup>5</sup> Die damit zusammenhängenden Fragen zur Unterhaltung und Kostentragung sind Gegenstand der vorliegenden Entscheidung.

## 2. Zusammenfassung der Entscheidung

Der BGH hatte zu entscheiden, ob die Eigentümer eines Tiefgaragenabschnitts (Kläger) vom Eigentümer des anderen Abschnitts (Beklagter) Erstattung der anteiligen Verwaltungs- und Sanierungskosten für die Tiefgarage verlangen können. Die kostenauslösenden Maßnahmen waren vom Kläger ohne gesonderte Zustimmung des Beklagten durchgeführt worden. In den wechselseitigen Grunddienstbarkeiten zur gemeinsamen Nutzung der Tiefgarage war geregelt, dass die „Kosten der Unterhaltung der Tiefgarage“ von beiden Eigentümern im Verhältnis der angeschlossenen Tiefgaragenstellplätze getragen werden.

Die Entscheidung gibt einen guten Überblick über das – im Gesetz eher unübersichtlich geregelte – System der Unterhaltung und Kostentragung bei Dienstbarkeiten.<sup>6</sup> Ihre Kernaussagen sind übertragbar auf sonstige Anlagen, die den Eigentümern mehrerer Grundstücke dienen, zum Beispiel gemeinsame Wegeflächen, Leitungen und Grenzmauern oder zwischen Mehrhausanlagen belegene Mülltonnenhäuschen oder Kinderspielplätze:

- a) Die Regelungsmöglichkeiten des § 1021 Abs. 1 Satz 1 BGB (Unterhaltungspflicht des dienenden Eigentümers) und des § 1021 Abs. 1 Satz 2 BGB (Unterhaltungspflicht des herrschenden Eigentümers bei Mitbenutzungsrecht des dienenden Eigentümers) können beliebig kombiniert werden. Möglich ist insbesondere eine Aufteilung der Unterhaltungspflicht zwischen dienendem und herrschendem Eigentümer nach einem bestimmten Verteilungsschlüssel.
- b) Die Grundsätze zur freien Lastenverteilung gemäß § 1021 Abs. 1 BGB gelten nicht nur im gesetzlichen Regelfall, der von *einem* dienenden und einem herrschenden

Grundstück ausgeht, sondern auch bei grenzüberschreitenden Anlagen, wenn beide Grundstücke zugleich herrschendes und dienendes Grundstück sind.

- c) Eine Regelung nach § 1021 Abs. 1 BGB kann sich auch auf die Verteilung der durch die Unterhaltung ausgelösten Kosten beschränken.
- d) Für die Durchsetzung einer *vereinbarten* Unterhaltungs- oder Kostentragungspflicht gilt – auch gegen den Eigentümer des herrschenden Grundstücks – gemäß § 1021 Abs. 2 BGB Reallastrecht. Die Vorschriften gehen dem Gemeinschaftsrecht gemäß §§ 741 ff. BGB vor. Existiert eine Vereinbarung nach § 1021 Abs. 1 BGB, besteht ein Anspruch auf Kostenerstattung unabhängig davon, ob von den beteiligten Eigentümern hierüber ein Mehrheitsbeschluss gefasst wurde (§ 744 Abs. 1, § 745 Abs. 1 BGB) bzw. ob es sich um eine notwendige Erhaltungsmaßnahme (§ 744 Abs. 2 BGB) handelt. Für einen Rückgriff auf die §§ 741 ff. BGB verbleiben damit nur die Fälle, in denen beide<sup>7</sup> Eigentümer zur Nutzung einer Anlage berechtigt sind und gerade keine Regelung nach § 1021 Abs. 1 BGB getroffen wurde.<sup>8</sup>

## 3. Sicherung der Kostentragungspflicht des herrschenden Grundstücks

Die Dienstbarkeit und eine damit einhergehende Unterhaltungslast sind im Grundbuch des herrschenden Grundstücks nicht erkennbar, sofern bei diesem – wie in der Mehrzahl der Praxisfälle – kein Herrschvermerk gemäß § 9 Abs. 1 GBO eingetragen ist. Die Eintragungsfähigkeit einer gesonderten Reallast zur Sicherung der Unterhaltungs- bzw. Kostentragungspflicht des herrschenden Eigentümers lehnt der BGH in der Entscheidung als unzulässige Doppelsicherung ab.<sup>9</sup> Es bedarf näherer Betrachtung, wie sich die fehlende Grundbucheintragung auf den Bestand (dazu a)) und die Durchsetzbarkeit (dazu b)) der Pflichten des Eigentümers des herrschenden Grundstücks auswirkt:

- a) Im Hinblick auf die Beständigkeit der Pflichten des herrschenden Eigentümers schafft die Entscheidung teilweise Rechtssicherheit, da der BGH die dingliche Wirkung und damit die Bindung von Rechtsnachfolgern an eine Vereinbarung im Sinne des § 1021 Abs. 1 BGB uneingeschränkt und ohne Rücksicht auf die fehlende Grundbucheintragung bei dem herrschenden Grundstück be-

4 BeckOGK-WEG/Müller, Stand: 01.12.2023, § 3 Rdnr. 43; zu der verbleibenden Möglichkeit der Begründung von Sondernutzungsrechten an Dienstbarkeitsflächen: BayObLG, Beschluss vom 10.05.1990, 2 Z 33/90, BayObLGZ 1990, 124; BeckOGK-WEG/Falkner, Stand: 01.03.2023, § 10 Rdnr. 440.

5 Neben diesen Nutzungsdienstbarkeiten sollten durch Rechtsausschlussdienstbarkeiten gemäß § 1018 Var. 3 BGB Überbaurechte ausdrücklich abbedungen werden, um eine Eigentumszuordnung der Tiefgarage zu einem Grundstück nach Überbaugrundsätzen sicher auszuschließen; vgl. BGH, Urteil vom 26.04.1961, V ZR 203/59, BB 1961, 653; Urteil vom 16.01.2004, V ZR 243/03, NJW 2004, 1237, 1238; *Monreal* in FS 25 Jahre DNotI, S. 201, 207. ff.

6 Dazu eingehend Keller, MittBayNot 2022, 1.

7 Ist der dienende Eigentümer nicht mitnutzungsberechtigt, hat der herrschende Eigentümer die Anlage gemäß § 1020 Satz 2 BGB alleine zu erhalten, soweit keine anderweitige Regelung getroffen ist.

8 Zwar gilt auch in diesem Fall § 1020 Satz 2 BGB, jedoch mit der Einschränkung, dass der herrschende Eigentümer bei Mitbenutzung durch den dienenden Eigentümer nur anteilig zur Kostentragung verpflichtet ist, und zwar in entsprechender Anwendung von §§ 748, 742 BGB im Zweifel zur Hälfte: BGH, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, DNotZ 2005, 617, 620; Urteil vom 07.07.2006, V ZR 156/05, MittBayNot 2006, 495, 496.

9 So bereits zuvor Staudinger/Weber, Neub. 2017, § 1021 Rdnr. 7; Grüneberg/Herrler, 82. Aufl. 2023, § 1021 Rdnr. 1; a. A. Berg, RNotZ 2018, 505, 521 f.

stätigt.<sup>10</sup> Ein gutgläubiger (unterhaltungs-)lastenfreier Erwerb durch einen Rechtsnachfolger des herrschenden Eigentümers ist damit ausgeschlossen.

Aus Sicht des dienenden Eigentümers bleibt jedoch das Risiko, dass der herrschende Eigentümer die Dienstbarkeit gemäß § 875 Abs. 1 BGB insgesamt aufgibt und sich so seiner Beteiligungspflicht an bevorstehenden Unterhaltungsmaßnahmen einseitig entzieht. Eine Mitwirkung des dienenden Eigentümers an der Löschung der Dienstbarkeit ist weder materiell- noch grundbuchverfahrensrechtlich erforderlich. Auch die materiellrechtlich notwendige Zustimmung von Rechtsinhabern (insbesondere Grundpfandrechtsgläubigern) am herrschenden Grundstück gemäß § 876 Satz 2 BGB ist meistens keine große Hürde für die Löschung, da das Grundbuchamt dieses Zustimmungserfordernis nach § 21 GBO nur beachten muss, wenn im Grundbuch des herrschenden Grundstücks ein Herrschervermerk eingetragen ist. Diese Entledigungsmöglichkeit – freilich um den Preis der Aufgabe des Nutzungsrechts – hätte sich nur durch Eintragung einer selbstständigen Reallast für den dienenden Eigentümer am herrschenden Grundstück sicher ausschließen lassen.<sup>11</sup>

b) Unklar bleibt, welchen Rang die „unselbstständige Reallast“<sup>12</sup> gemäß § 1021 Abs. 2 BGB im Verhältnis zu den weiteren Belastungen des herrschenden Grundstücks einnimmt. Im Schrifttum zeichnen sich drei Ansichten ab: (1.) Ein genereller Vorrang der Unterhaltungslast vor allen Rechten am herrschenden Grundstück gemäß § 914 BGB analog,<sup>13</sup> (2.) eine Ermittlung des Rangs entsprechend § 879 Abs. 1 Satz 2 BGB, d. h. nach dem Tag der Eintragung der Grunddienstbarkeit im Grundbuch des dienenden Grundstücks,<sup>14</sup> sowie (3.) die generelle Ablehnung eines rangklassenfähigen Anspruchs im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 4 ZVG, sodass sich die Reallastwirkung beim herrschenden Grundstück in der persönlichen Haftung des jeweiligen Grundstückseigentümers gemäß § 1021 Abs. 2 in Verbindung mit § 1108 BGB erschöpft.<sup>15</sup> Der Umstand, dass der BGH kein Sicherungsbedürfnis für eine selbstständige Unterhaltungsreallast erkennt, spricht für die Annahme eines dinglichen Anspruchs zumindest im Rang einer zum Zeitpunkt der Dienstbarkeitseintragung

bestellten Reallast entsprechend § 879 Abs. 1 Satz 2 BGB.<sup>16</sup>

Für die Vertragsgestaltung empfiehlt sich zusätzlich, die Erfüllung der Unterhaltungspflichten des herrschenden Eigentümers als Bedingung für die Ausübung der Dienstbarkeit vorzusehen.<sup>17</sup>

16 Zu der wichtigen Folgefrage, wie die Zwangsvollstreckung aus dem dinglichen Recht stattfindet, ohne dass das dingliche Recht erlischt vgl. *Amann*, DNotZ 1982, 396, 399, 403, *Volmer*, MittBayNot 2000, 387, 388 Fn. 12 m. w. N.; mit Lösungsvorschlägen insbesondere *Amann*, DNotZ 1993, 222.

17 *Heinemann*, ZfIR 2023, 382, 387; zur zulässigen Absicherung von Leistungspflichten des Dienstbarkeitsberechtigten durch Ausübungsbedingung vgl. BGH, Urteil vom 19.03.2021, V ZR 44/19, MittBayNot 2022, 142; *Everts*, MittBayNot 2022, 111.

### 3. Reallast zur wiederkehrenden Errichtung einer Schallschutzmauer

BGH, Beschluss vom 24.03.2022, V ZB 60/21 (Vorinstanz: OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.09.2021, 15 W 3528/21)

*BGB § 1105 Abs. 1*

*GBO § 13 Abs. 1 Satz 2*

#### LEITSATZ:

**Ob eine Leistung nur einmal oder mehrfach und damit „wiederkehrend“ im Sinne des § 1105 Abs. 1 BGB erbracht werden soll, bestimmt sich alleine danach, ob die Leistungspflicht als wiederkehrende Verpflichtung ausgestaltet ist. Ist dies zu bejahen, hat die Reallast einen zulässigen Inhalt. Wie wahrscheinlich es ist, dass die Pflicht mehrfach entsteht, ist unerheblich.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit notariellem Vertrag vom 15.03.2021 verkaufte die Beteiligte zu 1 ihr Grundstück mit der Flurstück-Nr. 1991/6 an die Beteiligte zu 2. Auf dem Grundstück befindet sich eine Schallschutzmauer. Diese liegt an der Grenze zu dem Grundstück mit der Flurstück-Nr. 1991/5. In dem Vertrag, an dem auch die Eigentümerin des Flurstücks 1991/5 beteiligt war, ist unter anderem Folgendes geregelt:

„2.1.1

Der Verkäufer sowie mit seiner Zustimmung jeder Eigentümer des Flurstücks 1991/5 sind berechtigt, aber nicht verpflichtet, jederzeit die Schallschutzmauer auf eigene Kosten zu entfernen und durch einen Zaun zu ersetzen, vorausgesetzt die Entfernung ist öffentlich-rechtlich zulässig. Der Käufer erteilt bereits jetzt hierzu für sich, seinen Mieter und etwaige Rechtsnachfolger die Zustimmung.

10 Ebenso die ganz h. L., siehe nur *Staudinger/Weber*, § 1021 Rdnr. 14; *BeckOGK-BGB/Kazale*, Stand: 01.02.2024, § 1021 Rdnr. 60; *MünchKomm-BGB/Mohr*, 9. Aufl. 2023, § 1021 Rdnr. 7; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 1153d; a. A. *LG Ellwangen*, Urteil vom 13.03.1987, 1 S 343/86-10, *BWNNotZ* 1987, 141.

11 *Berg*, RNotZ 2018, 505, 520.

12 Mit dieser treffenden Bezeichnung bereits *Amann*, DNotZ 1982, 402.

13 So wohl *MünchKomm-BGB/Mohr*, § 1021 Rdnr. 7; *Böhringer*, *BWNNotZ* 1983, 141, 144.

14 *Heinemann*, ZfIR 2023, 382, 387.

15 *Volmer*, MittBayNot 2000, 387, 389.

## 2.1.2

**2** Der Verkäufer verpflichtet sich im Fall der Entfernung der Schallschutzmauer gegenüber dem Käufer und seinen Rechtsnachfolgern auch auf deren Verlangen, die Schallschutzmauer auf seine Kosten unverzüglich unter Einhaltung der zum Errichtungszeitpunkt geltenden technischen Anforderungen wieder zu errichten, falls die Errichtung aus Gründen des Lärmschutzes öffentlich-rechtlich wieder erforderlich wird.“

Nachdem der Notar den zunächst gestellten Antrag auf Eintragung einer in dem Vertrag zur dinglichen Absicherung der Verpflichtung nach 2.1.2 vereinbarten Reallast zurückgenommen hatte, beurkundete er am 20.07.2021 unter Berufung auf die im Kaufvertrag erteilten Grundbuchvollmachten folgende eigene Erklärung:

„2.4 Reallast Zur dinglichen Absicherung der Verpflichtung gemäß vorstehend 2.1.2 wird folgende Reallast zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Flurstücks 1991/6 an dem Grundstück Weißenburg i. Bay. Blatt 11648 lfd. Nr. 2 Flurstück 1991/5 im unmittelbaren Nachrang nach der aktuell einzigen Belastung (...) vereinbart und bewilligt:

Für den Fall der jeweiligen Entfernung der aktuell einzigen Schallschutzmauer (belegen auf dem Flurstück 1991/6 zur Grenze des Flurstücks 1991/5) durch oder auf Veranlassung des jeweiligen Eigentümers des Flurstücks 1991/5 verpflichtet sich der jeweilige Eigentümer des Flurstücks 1991/5 zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Flurstücks 1991/6 diese Schallschutzmauer (i) auf seine Kosten unverzüglich unter Einhaltung der zum Errichtungszeitpunkt geltenden technischen Anforderungen jeweils wieder zu errichten, falls die Errichtung aus Gründen des Lärmschutzes öffentlich-rechtlich wieder erforderlich wird und (ii) sie sodann für die Dauer der öffentlich-rechtlichen Anforderung nach den öffentlich-rechtlichen Anforderungen die jeweilige Schallschutzmauer auf eigene Kosten instand zu halten. Der Eigentümer des Flurstücks 1991/5 (...) stimmt hiermit der vorstehenden Bewilligung zu und gibt diese ebenfalls ab.“

**3** Mit Schreiben vom gleichen Tag hat der Notar im Namen aller Urkundsbeteiligten die Eintragung der in der Eigenurkunde bewilligten Reallast auf Blatt 11648 des Grundbuchs beantragt. Das AG – Grundbuchamt – hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Hiergegen hat der Notar im Namen aller Vollmachtgeber Beschwerde eingelegt. Das OLG hat die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen sie ihren Eintragungsantrag weiter.

**4** II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung in NotBZ 2022, 73 veröffentlicht ist, meint, der Antrag sei nicht auf die Eintragung einer Reallast mit einem gesetzlich zulässigen Inhalt gerichtet. Zwar müsse es sich bei den „wiederkehrenden Leistungen“ nach § 1105 Abs. 1 BGB nicht um ständig oder regelmäßig wiederkehrende Leistungen handeln, sie müssten sich aber nach dem Willen des Gesetzgebers von Zeit zu Zeit wiederholen. Deshalb genüge eine

bloß abstrakt mögliche Wiederholung nicht, wie dies beispielsweise bei einer Pflicht zum Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes der Fall wäre. Die Leistungspflicht dürfe nicht unwahrscheinlich sein, sondern müsse ihrer Art oder ihrem Inhalt nach – zumindest nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge – von vornherein objektiv auf eine mehrfache, nochmalige Ausführung angelegt sein. Andernfalls wäre die Beschränkung der Reallast auf wiederkehrende Leistungen ohne Bedeutung. Dieser Voraussetzung genüge die hier eingegangene Verpflichtung, die Schallschutzmauer im Falle einer Entfernung jeweils wieder zu errichten, nicht, da bereits die erste, jedenfalls aber die wiederholte Leistungserbringung nichts weiter als eine abstrakte Möglichkeit darstelle. Dass eine Reallast auch bedingt bestellt werden könne, ändere daran nichts. Denn aus der Abhängigkeit der Leistung von einer Bedingung folge nicht, dass sie wiederkehrend zu erbringen sei.

**5** III. Die Rechtsbeschwerden beider Beteiligten sind aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 78 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 GBO, § 71 FamFG). Ihre Beschwerdebefugnis folgt für das Rechtsbeschwerdeverfahren aus der Zurückweisung ihrer Erstbeschwerden. Dies gilt auch, soweit die Erstbeschwerde der Beteiligten zu 2 als unzulässig hätte verworfen werden müssen (vgl. Senat, Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, BGHZ 162, 137, 138; Beschluss vom 26.02.2015, V ZB 86/13, FGPrax 2015, 150 Rdnr. 4). Erfolg hat aber nur die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1.

**6** 1. Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 2 ist im Ergebnis unbegründet, weil bereits ihre Beschwerde gegen die Ablehnung der Eintragung durch das Grundbuchamt mangels Beschwerdeberechtigung unzulässig war. In grundbuchrechtlichen Antragsverfahren folgt die Beschwerdeberechtigung nicht allein daraus, dass das Grundbuchamt eine Eintragung formell (auch) gegenüber dem jeweiligen Beschwerdeführer verweigert hat. Hinzu kommen muss vielmehr, dass er gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO antragsberechtigt ist (Senat, Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, BGHZ 162, 137, 138). Geht es um die Eintragung einer Reallast, ist antragsberechtigt neben demjenigen, dessen Grundstück mit der Reallast belastet werden soll, der künftige Berechtigte des Rechts als unmittelbar Begünstigter (vgl. nur BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 01.11.2021, § 13 Rdnr. 65). Soll die Reallast – wie hier – als sog. subjektiv-dingliche Reallast zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks bestellt werden (vgl. § 1105 Abs. 2 BGB), ist als gewinnender Teil nur der aktuelle Eigentümer dieses Grundstücks antragsberechtigt. Dies ist die Beteiligte zu 1 als Eigentümerin des Flurstücks 1991/6. Dass die Beteiligte zu 2 dieses Grundstück erwerben soll und dass (auch) sie ein Interesse an der Bestellung der Reallast hat, ist ein bloß mittelbares Interesse, das ein Recht, den Eintragungsantrag zu stellen, nicht zu begründen vermag. Erforderlich ist nämlich, dass die Rechtsstellung des Antragsstellers eine unmittelbare Verbesserung oder Verschlechterung erfährt (vgl. Senat, Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, BGHZ 162, 137, 139; Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12, NJW 2014, 1593 Rdnr. 7). Da das Beschwerdegericht die Beschwerde der Beteiligten zu

2 gleichwohl als zulässig behandelt und in der Sache beschrieben hat, ist ihre Rechtsbeschwerde mit der Maßgabe zurückzuweisen, dass die Erstbeschwerde als unzulässig verworfen wird (vgl. Senat, Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, BGHZ 162, 137, 139; Beschluss vom 26.02.2015, V ZB 86/13, FGPrax 2015, 150 Rdnr. 5).

72. Die Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 ist hingegen begründet. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts weist die Reallast, die in das Grundbuch eingetragen werden soll, einen zulässigen Inhalt im Sinne des § 1105 Abs. 1 Satz 1 BGB auf. Nach dieser Vorschrift kann ein Grundstück in der Weise belastet werden, dass an denjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, wiederkehrende Leistungen aus dem Grundstück zu entrichten sind. Diese Voraussetzungen liegen vor.

8 a) Das Beschwerdegericht zieht zu Recht nicht in Zweifel, dass es sich bei der Wiedererrichtung einer Schallschutzmauer und auch deren Instandhaltung um Leistungen handelt, die „aus dem Grundstück zu entrichten sind“. Eine Reallast erfordert nicht, dass die Leistungen in Natur aus dem Grundstück gewährt werden müssen. Verwiesen wird mit der Formulierung nur auf die dingliche Haftung des Grundstücks im Wege der Zwangsvollstreckung. Es genügt, dass die Reallast den Wert einer Leistung verkörpert, die dem Berechtigten bei Nichtleistung des Übernehmers die Möglichkeit bietet, durch Verwertung des Grundstücks den Gegenwert in Geld zu erlangen (Senat, Beschluss vom 13.07.1995, V ZB 43/94, BGHZ 130, 342, 345). Einen solchen Geldwert haben die durch die hier vereinbarte Reallast begründeten Pflichten. Ebenfalls zutreffend stellt das Beschwerdegericht nicht in Frage, dass die in dem Eintragungsantrag aufgeführten Verpflichtungen durch die Bezugnahme auf die zum Errichtungszeitpunkt geltenden technischen Anforderungen bzw. auf die öffentlichrechtlichen Anforderungen hinreichend bestimmt sind (vgl. zu den Bestimmtheitsanforderungen Senat, Beschluss vom 13.07.1995, V ZB 43/94, BGHZ 130, 342, 345 f.).

9 b) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts stellen die in dem Eintragungsantrag genannten Verpflichtungen auch „wiederkehrende“ Leistungen im Sinne des § 1105 Abs. 1 Satz 1 BGB dar.

10 aa) Da das Gesetz wiederkehrende Leistungen verlangt, scheidet die Bestellung einer Reallast für eine einmalige Leistung grundsätzlich aus (vgl. Senat, Urteil vom 08.11.2013, V ZR 95/12, NJW 2014, 1000 Rdnr. 7). Es steht deshalb außer Streit, dass etwa die Pflicht zur erstmaligen und einmaligen Herstellung eines Gebäudes, einer Straße oder eines Zauns nicht durch Reallast dinglich gesichert werden kann (vgl. BayObLGZ 1973, 21, 26 f.; OLG München, FGPrax 2019, 111 Rdnr. 59 f.; MünchKomm-BGB/Mohr, 8. Aufl., § 1105 Rdnr. 23; Staudinger/Reymann, Neub. 2021, § 1105 Rdnr. 27; BeckOGK-BGB/Sikora, Stand: 01.02.2022, § 1105 Rdnr. 38; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 1301; Lange-Parpart, RNotZ 2008, 377, 393).

11 bb) Ob eine Leistung nur einmal oder mehrfach und damit „wiederkehrend“ im Sinne des § 1105 Abs. 1 BGB erbracht werden soll, bestimmt sich alleine danach, ob die Leis-

tungspflicht als wiederkehrende Verpflichtung ausgestaltet ist. Ist dies zu bejahen, hat die Reallast einen zulässigen Inhalt. Wie wahrscheinlich es ist, dass die Pflicht mehrfach entsteht, ist unerheblich (vgl. auch Lange-Parpart, RNotZ 2008, 377, 394).

12 (1) Was unter einer wiederkehrenden Leistung zu verstehen ist, lässt sich nicht ohne Beachtung des Regelungszusammenhangs beantworten, in dem der Gesetzgeber den Begriff verwendet. Wird beispielsweise Klage auf wiederkehrende Leistungen im Sinne des § 258 ZPO erhoben, muss die Leistungspflicht im Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung nach Grund und Höhe mit ausreichender Sicherheit feststehen. Dies dient dem Schutz des Schuldners, der nicht zu einer Leistung verurteilt werden darf, von der nicht angenommen werden kann, dass sie tatsächlich geschuldet sein wird (vgl. Senat, Urteil vom 17.11.2006, V ZR 71/06, NJW 2007, 294 Rdnr. 9). In anderen Vorschriften wird ebenfalls auf wiederkehrende Leistungen abgestellt, die aber kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung eine besondere Qualität aufweisen müssen (vgl. § 197 Abs. 2 BGB: „regelmäßig wiederkehrende Leistungen“ und § 13 Abs. 1 ZVG: „laufende Beträge wiederkehrender Leistungen“).

13 (2) Eine hiermit vergleichbare Einschränkung der wiederkehrenden Leistungen ist in § 1105 Abs. 1 BGB nicht enthalten; diese müssen weder „regelmäßig“ noch „laufend“ sein (vgl. OLG Köln, DNotZ 1991, 807, 808; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1105 Rdnr. 23; Staudinger/Reymann, § 1105 Rdnr. 26; BeckOGK-BGB/Sikora, § 1105 Rdnr. 38). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts muss die Leistungspflicht auch nicht „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“ auf eine mehrfache Ausführung angelegt sein. Zwar werden wiederkehrende Leistungen in den Motiven als Leistungen beschrieben, die sich „von Zeit zu Zeit wiederholen“, was sich daraus erklärt, dass die Reallast von alters her dazu diente, Verpflichtungen wie den bäuerlichen Zehnten, Hand- und Spanndienste, dingliche Grundrenten oder ähnliche regelmäßig wiederkehrende Verpflichtungen zu sichern (vgl. RGRK/Rothe, BGB, 12. Aufl., Vor § 1105 BGB Rdnr. 2). Das schließt es aber nicht aus, auch Verpflichtungen, die auf ein wiederkehrendes tätiges Verhalten gerichtet sind, von denen aber nicht sicher feststeht, ob und wie häufig sie in der Zukunft entstehen werden, durch eine Reallast abzusichern. Angesichts des Numerus clausus der Sachenrechte besteht – im Gegenteil – ein praktisches Bedürfnis, den Anwendungsbereich der Reallast weit zu verstehen. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass eine Reallast typischerweise dazu dient, langlaufende Verpflichtungen abzusichern; es ist also nicht sachfremd, dass das Sicherungsmittel verwendet werden kann, um Verpflichtungen dinglich abzusichern, die wiederkehren können, von denen im Zeitpunkt der Bestellung des Rechts aber noch nicht absehbar ist, ob und wann dies künftig der Fall sein wird.

14 (3) Hinzu kommt, dass eine Überforderung des auf dem formellen Konsensprinzip und der Beweismittelbeschränkung beruhenden Grundbuchverfahrens vermieden wird, wenn sich die Zulässigkeit einer Reallast danach richtet, ob die zu sichernde Verpflichtung wiederkehren kann. Dies

entspricht auch dem Gebot, klare und sichere Rechtsverhältnisse im Grundstücksverkehr zu schaffen. Wäre die Wirksamkeit der Bestellung einer Reallast von dem Nachweis einer – nur schwer nachprüfaren – Wahrscheinlichkeit der erneuten Leistungserbringung abhängig, könnte die Entstehung des Rechts nämlich noch Jahre später mit der Begründung in Zweifel gezogen werden, bei dessen Begründung habe „nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge“ mit der erneuten Entstehung der übernommenen Pflicht nicht gerechnet werden können (vgl. Senat, Beschluss vom 14.07.2011, V ZB 271/10, BGHZ 190, 267 Rdnr. 10 zu der Bestellung eines Eigentümersnießbrauchs).

15 cc) Demnach ist in Fällen, in denen Gegenstand einer Reallast eine Verpflichtung zum Wiederaufbau eines zerstörten Gebäudes oder – wie hier – der Wiedererrichtung einer entfernten Schallschutzmauer sein soll, zu unterscheiden. Beschränkt sich die Pflicht auf einen einmaligen Wiederaufbau oder auf eine einmalige Wiedererrichtung, hat die Reallast keinen zulässigen Inhalt; es fehlt an dem Erfordernis einer wiederkehrenden Leistung im Sinne des § 1105 Abs. 1 Satz 1 BGB. Ist der Wiederaufbau oder die Wiedererrichtung aber in allen künftigen Fällen einer Zerstörung oder Entfernung geschuldet, liegen ungeachtet der Wahrscheinlichkeit dieser Fälle wiederkehrende Leistungen vor. Diese Differenzierung entspricht, soweit die Frage erörtert wird, auch der – soweit ersichtlich – einhelligen Auffassung in der Literatur (vgl. MünchKomm-BGB/Mohr, § 1105 Rdnr. 23; BeckOGK-BGB/Sikora, § 1105 Rdnr. 38; jurisPK-BGB/Otto, 9. Aufl., § 1105 Rdnr. 52 mit Fn. 116; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1301; Lange-Part, RNotZ 2008, 377, 394).

16 dd) Hiernach hat jedenfalls die von dem Notar mit Schreiben vom 20.07.2021 beantragte Eintragung der Reallast – auf den zunächst gestellten und dann zurückgenommenen Antrag kommt es nicht an – wiederkehrende Leistungen zum Gegenstand. Dies gilt zum einen für die Verpflichtung zur Wiedererrichtung einer Schallschutzmauer in allen Fällen der Entfernung, falls die Errichtung öffentlichrechtlich wieder erforderlich wird. Zum anderen ist auch die Instandhaltung der Schallschutzmauer in den Fällen, in denen eine Wiedererrichtung geschuldet ist, eine wiederkehrende Leistung. Sie ist abhängig von dem jeweiligen Instandsetzungsbedarf und fällt deshalb wiederkehrend an.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. Markus Sikora, München

### 1. Das Merkmal „wiederkehrend“ in § 1105 Abs. 1 Satz 1 BGB

Der BGH befasst sich mit einer der zentralen Fragen, die um die Reallast ranken. Wesen der Reallast und damit maßgebliches Abgrenzungskriterium etwa zur Grundschuld als weiteres dingliches Verwertungsrecht (beide gestatten bekanntlich die Zwangsvollstreckung gemäß § 1147 BGB (i. V. m. § 1107 BGB)) ist, dass anders als bei der Grundschuld, die einen einmalig zu zahlenden Geldbetrag sichert, „wiederkehrende Leistungen aus dem

Grundstück zu entrichten sind“ (§ 1105 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Norm enthält somit nicht nur eine Legaldefinition der Reallast, sondern bringt auch zum Ausdruck, dass das Merkmal „wiederkehrend“ das Herzstück der Reallast ist. Fehlt es hieran, etwa, weil eine einmalige Leistung abgesichert werden soll, liegt schon gar keine Reallast vor; mangels zulässigen Inhalts wäre ein derartiges Recht auch nicht eintragungsfähig.

Klar ist damit, dass von der Natur der Sache nur einmal anfallende Leistungen nicht durch Reallast sicherbar sind. Dies wusste schon das RG<sup>1</sup> und wird etwa an dem Fall deutlich, dass die Errichtung eines Hauses nicht durch Reallast sicherbar ist.<sup>2</sup> Nur ausnahmsweise kann eine Reallast im Zusammenhang mit einer wiederkehrenden Hauptleistung, eine ergänzende, ihre Natur nach einmalige Einzelleistung in Form einer Nebenleistung sichern.<sup>3</sup> Bekannt ist das in Übergabeverträgen mitunter vereinbarte Leibgeding, das auch Beerdigungskosten oder die Abfindung weichender Kinder sichert.<sup>4</sup>

Auch jenseits von Nebenleistungen hat der BGH in der zu besprechenden Entscheidung nunmehr zurecht klargestellt, dass für das Merkmal „wiederkehrend“ lediglich (abstrakt) die Möglichkeit bestehen muss, dass die durch Reallast gesicherte Pflicht mehrfach entstehen kann. Auf die Wahrscheinlichkeit und damit letztlich auf die Frage, wie oft sie (potenziell) mehrfach entsteht, soll es hingegen nicht ankommen. Dem ist uneingeschränkt zuzustimmen.

Der Fall selbst entstammt der notariellen Praxis. Eine vorhandene Schallschutzmauer sollte kraft vertraglicher Vereinbarung durch einen Zaun ersetzt werden können. Damit einher ging die Pflicht des Nachbarn, der zur Entfernung der Schallschutzmauer berechtigt war, eine solche erneut zu errichten, wenn dies nach öffentlichrechtlichen Vorschriften künftig wieder aus Gründen des Lärmschutzes erforderlich sein sollte. Das Grundbuchamt wies den so vom Notar gestellten Eintragungsantrag zurück. Seine Entscheidung wurde vom Beschwerdegericht (OLG Nürnberg) bestätigt. Dieses führte aus, dass das Tatbestandsmerkmal der „wiederkehrenden Leistungen“ nicht erfüllt sei, wenn und weil es gerade nicht genüge, dass abstrakt eine Wiederholung möglich sei. Die Leistungspflicht müsse nach ihrer Art und/oder ihrem Inhalt zumindest nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge von vorneherein objektiv auf eine mehrfache, nochmalige Ausführung angelegt sein. Andernfalls sei eine Beschränkung der Reallast auf wiederkehrende Leistungen ohne Bedeutung.

Dem ist der BGH zu Recht entgegengetreten. Er erblickt im konkreten Fall wiederkehrende Leistungen, weil es ihm

1 RG, Urteil vom 19.04.1904, Rep. VII. 558/03, RGZ 57, 331, 334.

2 BeckOGK-BGB/Sikora, Stand: 01.08.2023, § 1105 Rdnr. 38.

3 Vgl. OLG Köln, Beschluss vom 19.12.1990, 2 Wx 23/90, DNotZ 1991, 807, 808; OLG Hamm Rpfleger 1973, 98; BayObLG, DNotZ 1970, 415; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 1301.

4 Vgl. BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 01.08.2023, § 49 Rdnr. 16.

(nunmehr) genügt, dass die im Grundbuch zu sichernde Leistung ihrer Art nach irgendwann oder unter irgendwelchen Umständen wiederholungsfähig erscheint. Er nimmt den zu entscheidenden Sachverhalt somit zum Anlass, das Tatbestandsmerkmal „wiederkehrend“ pragmatisch und damit praxisgerecht, wenn auch zugleich konturlos auszugestalten. Ob eine Leistung mehrfach ausgestaltet sei und damit als wiederkehrend im Sinne von § 1105 BGB angesehen werden könne, bestimme sich nach der Art der Leistung. Auf die Wahrscheinlichkeit der Wiederholung komme es gerade nicht an, eine entsprechende Einschränkung des Tatbestandsmerkmals sei § 1105 BGB nämlich nicht zu entnehmen. Dies bedeutet im Kern, dass faktisch einmalige Leistungen gesichert werden können, wenn für sie nur abstrakt die Möglichkeit der Wiederkehr anzunehmen ist.

## 2. Das Merkmal „Leistungen aus dem Grundstück“ in § 1105 Abs. 1 Satz 1 BGB

Nur am Rande bestätigt der BGH Bekanntes – insoweit hatte auch das OLG Nürnberg als Beschwerdegericht keine abweichende Auffassung vertreten: Soweit in § 1105 Abs. 1 Satz 1 BGB als Teil der Legaldefinition der Reallast gefordert wird, dass sie ein Sicherungsmittel für „Leistungen aus dem Grundstück“ sei, dürfe man dies nicht wörtlich in der Weise verstehen, dass die Leistung in Natur aus dem Grundstück erbracht werden müsse, wie dies zum Beispiel bei Bodenprodukten oder auch Energie und Wärme der Fall ist.<sup>5</sup> Es genüge, wenn der Berechtigte im Falle der Nichtleistung sich mittels Zwangsvollstreckung aus dem Grundstück befriedigen könne (§§ 1107, 1147 BGB).

## 3. Folgerungen für die notarielle Praxis

Der Formulierung dinglicher Rechte ist stets besondere Aufmerksamkeit zu widmen, weil sie andernfalls ob des *numerus clausus* des Sachenrechts nicht eintragungsfähig sind und damit materiell nicht entstehen (vgl. § 873 Abs. 1 BGB: erforderlich sind Einigung und Eintragung, die Eintragung heilt – anders als bei § 311b BGB nichts). Real-lasten oder in der Praxis häufiger Dienstbarkeiten bedürften in verfahrensmäßiger Hinsicht lediglich der Unterschriftsbeglaubigung, um der Form des § 29 GBO zu genügen. Eine Beurkundung ist möglich, wird jedoch mitunter auch aus Bequemlichkeit vermieden. Für die Notargebühren ergeben sich bekanntlich keine Unterschiede: KV Nr. 21201 Nr. 4 GNotKG und KV Nr. 24102 GNotKG führen im Ergebnis je zu einer 0,5-Gebühr, wenn der Notar den Text entwirft; nur bei reinen Unterschriftsbeglaubigungen lassen sich Kosten sparen, vgl. KV Nr. 25100 GNotKG. Reallasten sollten dennoch ebenso wenig wie Dienstbarkeiten „Thekengeschäft“ sein, sondern sorgfältig formuliert werden. Schon zur Vermeidung sprachlicher Unzulänglichkeiten empfiehlt sich die notarielle Beurkundung.

Die Entscheidung des BGH gewährt indes in Bezug auf Reallasten eine größere inhaltliche Freiheit als bisher und

schaft Rechtssicherheit. Gerade wegen des *numerus clausus* des Sachenrechts sieht *Karsten Schmidt* nach der Entscheidung des BGH sogar „ein praktisches Bedürfnis, den Anwendungsbereich der Reallast weit zu verstehen“.<sup>6</sup> Eine Reallast als dingliches Recht sichert langfristig Pflichten. Der Auffassung des BGH, es genüge, dass (abstrakt) die Leistungspflicht auch dann wiederkehrend sein kann, wenn zum Zeitpunkt ihrer Bestellung noch nicht (konkret) absehbar ist, ob und wann dies künftig der Fall sein wird, ist zuzustimmen. Ergänzend ist zu beachten, dass es den Beteiligten andernfalls auch kaum möglich sein dürfte, in der Form des § 29 GBO das Merkmal „wiederkehrend“ nachzuweisen.

## 4. Fazit

Die Entscheidung des BGH, die in die amtliche Sammlung aufgenommen wurde (BGHZ 233, 145) und damit als Grundsatzentscheidung anzusehen ist, überzeugt.

<sup>6</sup> JuS 2023, 178, 179.

## 4. Erforderliche Nachweise zur Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers gegenüber dem Grundbuchamt

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 17.01.2023, 5 W 98/22

BGB §§ 139, 181, 883, 885, 2203, 2205 Satz 3, § 2216  
GBO § 53 Abs. 1, § 71 Abs. 2 Satz 2

### LEITSÄTZE:

1. Die von Amts wegen gebotene Prüfung der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers erstreckt sich bei der zu eigenen Gunsten bewilligten Auflassungsvormerkung auch auf seine Berechtigung zur Vornahme eines solchen Insichgeschäfts, wobei deren Fehlen im Zweifel zur Unwirksamkeit der Bewilligung auch hinsichtlich der übrigen Miterwerber führt.
2. Eine Befreiung des Testamentsvollstreckers vom Verbot des Selbstkontrahierens setzt voraus, dass das Insichgeschäft dem Gebot ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses entspricht; daran fehlt es, wenn die bewilligte Auflassungsvormerkung der Absicherung einer freihändigen Veräußerung u. a. an den Testamentsvollstrecker als Miterben dienen soll, dahin gehende Anordnungen durch den Erblasser nicht getroffen wurden und eine angemessene Beteiligung der anderen Miterben nicht feststeht.
3. Die Bewilligung einer Grundschild zugunsten eines Kreditinstituts durch den Testamentsvollstrecker ist kein entgeltliches Geschäft, wenn nicht sichergestellt erscheint, dass die besicherte Darlehenssumme in voller Höhe dem Nachlass zugeführt werden wird.

<sup>5</sup> Vgl. zum Ganzen BeckOGK-BGB/Sikora, § 1105 Rdnr. 33.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

1 I. Mit Schreiben vom 25.02.2022 beantragte die Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 2 bis 4 namens der von ihr vertretenen Antragsteller die Eintragung einer Grundschuld an dem im Grundbuch von St J, Blatt 5207 eingetragenen Grundbesitz zugunsten der Beteiligten zu 4 sowie, unmittelbar im Nachrange hierzu, einer auflösend bedingten Auflassungsvormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Eigentumsübertragung auf die Beteiligten zu 2 und zu 3 als Grundstückserwerber. Derzeit eingetragene Eigentümerin ist die am (...) 2019 in S verstorbene Frau J S, geb. G (im Folgenden: Erblasserin). Diese wurde ausweislich eines gemeinschaftlichen Erbscheins des AG Saarbrücken vom 19.11.2019 – 18 VI 1521/19 – von den Beteiligten zu 1 und zu 2, ihren beiden Kindern, zu je ½-Anteil beerbt; der Erbschein enthält den Zusatz, dass Testamentsvollstreckung angeordnet sei (...). Mit privatschriftlichem Testament vom 12.05.2008, das am 08.03.2019 unter dem Aktenzeichen 32 IV 70/89 eröffnet wurde, hatte die Erblasserin außer der Erbeinsetzung ihrer beiden Kinder auch noch folgende Anordnungen getroffen (...):

„Meine Tochter erhält das Klavier, meinen Schmuck, Kaffeeservice Krautheim Wiesenblumen und Kleidungsstücke.

Mein Sohn erhält im Hinblick darauf, dass er seit 1988 meine Altersrente mit monatlich 410,33 Euro mitfinanziert hat, die Eigentumswohnung in Riezlern/Kleinwalsertal. Darüber hinaus erhält er die Teppiche, das Tafelgeschirr Hutschenreuther und das barocke Silberbesteck.

Meine Enkelin A erhält meine Pelzmäntel und -jacken.

Die Bilder und sonstigen Vermögensgegenstände sollen im gegenseitigen Einvernehmen hälftig geteilt werden.

Meinen Sohn setze ich hiermit als Rechtsanwalt und Steuerberater zum Testamentsvollstrecker ein.“

2 Dem Beteiligten zu 2 wurde am 27.07.2021 ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt (AG Saarbrücken, 18 VI 801/19 [...]). Mit – auszugsweise vorgelegter – notarieller Urkunde seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 24.02.2022 (UR. Nr. [...]) veräußerte der Beteiligte zu 2 in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker den gegenständlichen Grundbesitz mit allen Rechten und gesetzlichen Bestandteilen an sich selbst sowie an den Beteiligten zu 3 zu je ½-Anteil (...); als Kaufpreis für das nach Angaben in der Urkunde mit mehreren (älteren) Briefgrundschulden zugunsten der Sparkasse belastete Grundstück wurde ein Betrag in Höhe von 360.000 € vereinbart, der vereinbarungsgemäß vorrangig der Ablösung von diesen Grundpfandrechten zugrunde liegenden Verbindlichkeiten dienen und im Übrigen auf ein noch durch separate Anweisung anzugebendes Konto des Veräußerers überwiesen werden sollte (...). Zur Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung wurde die Eintragung einer – auflösend bedingten – entsprechenden Vormerkung für den Erbwerber im jeweiligen Erwerbsverhältnis zulasten des Grundstücks beantragt

und bewilligt. Mit weiterer notarieller Urkunde vom selben Tage (UR Nr. [...]) wurde überdies unter Mitwirkung u. a. der Beteiligten zu 2 und zu 3 durch den Eigentümer als Verfügungsberechtigten eine Grundschuld in Höhe von 225.000 € nebst 15 Prozent Jahreszinsen ab 24.02.2022 und einmalig 5 Prozent aus dem Nominalbetrag zugunsten der Beteiligten zu 4 an dem vorbezeichneten Grundbesitz bestellt und deren Eintragung im Grundbuch bewilligt und beantragt (...).

3 Das AG – Grundbuchamt – hat die Nachlassakten eingesehen und die Beteiligten daraufhin auf – aus der Vorschrift des § 181 BGB folgende – Bedenken hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 2 aufmerksam gemacht (Verfügung vom 11.04.2022 [...]). Zum Nachweis, dass „der Verkauf“ ordnungsgemäßer Verwaltung unterliege und auch nicht unter die Beschränkung des § 2205 Satz 3 BGB falle, sei der Nachweis der vollumfänglichen Entgeltlichkeit des Rechtsgeschäftes erforderlich; dies könne insbesondere durch Vorlage eines Wertgutachtens nebst eidesstattlicher Versicherung, dass ein höherer Kaufpreis nicht hätte erzielt werden können, erfolgen, anderenfalls durch Beibringung der Zustimmung der Beteiligten zu 1 als weiterer Miterbin. Daraufhin wurden mit Schreiben der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsteller vom 06.05.2022 zwei Wertgutachten vom 08.07.2019 und vom 26.11.2021 eingereicht, die als Verkehrswerte jeweils Beträge von 265.000 € bzw. 360.000 € ausweisen; weitere Angaben wurden nicht gemacht (...). Nach Anhörung der Beteiligten zu 1, die mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 31.05.2022 der begehrten Eintragung unter Hinweis auf den ihres Erachtens „deutlich unteretzten“ Kaufpreis und ein um 40.000 € höheres Angebot ihrer eigenen Tochter widersprach (...), nahm das Grundbuchamt am 24.10.2022 die beantragten Eintragungen vor (...). Die Beteiligte zu 1 hat am 31.05.2022 gegenüber dem Nachlassgericht die Entlassung des Beteiligten zu 2 als Testamentsvollstrecker beantragt (...); über diesen Antrag ist bislang nicht entschieden.

4 Mit ihrer am 14.11.2022 eingelegten Beschwerde wendet sich die Beteiligte zu 1 gegen die Eintragung der Auflassungsvormerkung sowie der Finanzierungsgrundschuld. Sie hält die Veräußerung des Grundstücks an den Beteiligten zu 2 und an den Beteiligten zu 3, bei dem es sich um den Ehemann der langjährigen Lebensgefährtin des Beteiligten zu 2 handele, gemäß § 181 BGB sowie wegen grober Verstöße gegen Mitteilungs- und Anhörungspflichten gegenüber den Miterben für nichtig; sowohl die neuerliche Bewertung als auch der Verkauf seien ohne Wissen der Beteiligten zu 1 erfolgt, ohnehin sei das Grundstück augenscheinlich stark unter Wert veräußert worden. Unter diesen Umständen könne das Vorliegen eines ordnungsgemäßen Rechtsgeschäfts durch den Beteiligten zu 2 als Testamentsvollstrecker nicht als erwiesen erachtet werden (...). Das AG hat die Eingabe der Beteiligten zu 1 mit begründetem Beschluss vom 15.12.2022 „als befristete Beschwerde bzw. Anregung auf Eintragung eines Amtswiderspruches“ gewertet, dem Rechtsmittel nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt (...).

**5** Der Senat hat die Nachlassakten – AG Saarbrücken, Az.: 32 IV 70-71/89, 18 VI 801/19, 18 VI 1521/19 – beigezogen und eingesehen.

**6 II.** Das vom Grundbuchamt zu Recht als Beschwerde mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruches (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GBO) ausgelegte und als solches insbesondere auch hinsichtlich der eingetragenen Vormerkung zulässige (vgl. BGH, Beschluss vom 21.06.1957, V ZB 6/57, BGHZ 25, 16; OLG München, NJW-RR 2018, 1107; *Sternal* in Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht – Kommentar, 8. Aufl., § 71 Rdnr. 32) Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 hat Erfolg. Das Grundbuchamt hat die beiden in Rede stehenden Eintragungen jeweils unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften, nämlich ohne ausreichenden Nachweis der Verfügungsbefugnis des die Eintragungen bewilligenden Testamentsvollstreckers (§ 2205 Satz 2 und 3 BGB, auch in Verbindung mit 181 BGB) vorgenommen; dadurch ist das Grundbuch unrichtig geworden.

**7 1.** Das Grundbuchamt hat freilich im rechtlichen Ausgangspunkt zutreffend erkannt, dass der Testamentsvollstrecker bei Verfügungen über Grundstücksrechte seine Verfügungsbefugnis nachweisen muss, wozu im Einzelfall auch der Nachweis gehört, dass die vom Testamentsvollstrecker erteilte Bewilligung einer Eintragung keine unentgeltliche Verfügung enthält. Denn zu unentgeltlichen Verfügungen über Grundstücke ist der Testamentsvollstrecker nicht berechtigt (§ 2205 Satz 3 BGB), es sei denn, alle Erben und Vermächtnisnehmer stimmen der Verfügung zu, woran es hier jedoch – spätestens aufgrund der eingeholten Stellungnahme der Beteiligten zu 1 vom 29.07.2022 (...) – offenkundig fehlte. Ebenfalls zutreffend hat das Grundbuchamt weiterhin gesehen, dass in Fällen des sog. Insichgeschäfts, bei dem der Testamentsvollstrecker über ein Grundstück oder Grundstücksrecht zu seinen eigenen Gunsten oder zugleich als Vertreter eines Dritten verfügt, unbeschadet der aus § 2205 Satz 2 BGB folgenden Rechtsmacht auch die Voraussetzungen des § 181 BGB zu prüfen und nachzuweisen sind. In das Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368 BGB) wird eine entsprechende Befreiung regelmäßig nicht aufgenommen; doch muss dieser Nachweis auch nicht zwingend in der Form des § 29 GBO erfolgen, und auch, dass sich der Testamentsvollstrecker bei der Verfügung über ein Grundstück in diesen Grenzen seiner Verfügungsmacht gehalten hat, insbesondere die Entgeltlichkeit des Geschäfts, ist vom Grundbuchamt im Wege der freien Beweiswürdigung festzustellen (OLG Köln, FGPRax 2013, 105; OLG Düsseldorf, NJW 2014, 603; *Böhringer* in Meikel, GBO, 12. Aufl., § 52 Rdnr. 52; *Demharter*, GBO 32. Aufl., 52 Rdnr. 26).

**8 2.** Bei Anwendung dieser Grundsätze hätte das Grundbuchamt die von dem Beteiligten zu 2 als Testamentsvollstrecker bewilligte Auflassungsvormerkung zugunsten seiner eigenen Person und des Beteiligten zu 3 hier jedoch nicht in das Grundbuch eintragen dürfen; weil dieses durch die gesetzeswidrige Eintragung unrichtig geworden ist, muss jetzt ein Widerspruch eingetragen werden. Unbeschadet der – bei Eintragung einer Auflassungsvormerkung möglicherweise (noch) nicht zu prüfenden, vgl. OLG Zwei-

brücken, FamRZ 2007, 570; OLG Frankfurt a. M., ZEV 2011, 534 – Frage der Unentgeltlichkeit (§ 2205 Satz 3 BGB) stellte die Bewilligung der Vormerkung ein dem Testamentsvollstrecker grundsätzlich verbotenes Insichgeschäft (§ 181 BGB) dar, dessen Berechtigung hier nicht erwiesen wurde:

**9 a)** Nach § 19 GBO ist eine Vormerkung im Grundbuch einzutragen, wenn der Eigentümer oder ein sonst Berechtigter sie bewilligt und er oder der Vormerkungsberechtigte nach § 13 Abs. 1 GBO ihre Eintragung beantragt hat. Ob die zu sichernde Forderung tatsächlich besteht, hat das Grundbuchamt nicht zu prüfen. Es genügt, dass der zu sichernde Anspruch vormerkungsfähig ist; es muss sich also um einen Anspruch handeln, der auf eine Rechtsänderung hinsichtlich eines im Grundbuch eingetragenen Rechts abzielt. Nur wenn dem Grundbuchamt positiv bekannt ist, dass der zu sichernde Anspruch nicht entstanden ist und auch nicht mehr entstehen kann, hat es die beantragte Eintragung abzulehnen, weil es nicht dazu beitragen darf, dass das Grundbuch unrichtig wird (BayObLG, DNotZ 1995, 63; KG, NJW 1972, 639; NotBZ 2018, 61; *Demharter*, GBO, Anh. zu § 44 Rdnr. 87). Anders liegt es dagegen, wenn begründete Zweifel an dem Vorliegen von Eintragungsvoraussetzungen auftauchen, zu deren Prüfung das Grundbuchamt ohnehin verpflichtet ist, insbesondere hinsichtlich der Verfügungsbefugnis des Veräußerers: Hier ist das Grundbuchamt zur Beanstandung berechtigt und verpflichtet; denn es ist seine Aufgabe, das Grundbuch nach Möglichkeit mit der wirklichen Rechtslage in Einklang zu halten und eine Unrichtigkeit des Grundbuchs zu verhindern (BGH, Beschluss vom 28.04.1961, V ZB 17/60, BGHZ 35, 135; Senat, Beschluss vom 06.11.2019, 5 W 59/19, NJW-RR 2020, 266; KG, NJW 1972, 639, 641; *Demharter*, GBO, Anh. zu § 44 Rdnr. 91). Dementsprechend hat das Grundbuchamt stets sorgfältig zu prüfen, ob sich der Testamentsvollstrecker in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis gehalten hat, und dabei außer dem Inhalt des Testamentsvollstreckerzeugnisses auch die aus dem Gesetz ersichtlichen Verfügungsbeschränkungen zu beachten (vgl. OLG München, FamRZ 2012, 1672; OLG Düsseldorf, FamRZ 2020, 954; *Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 23; 18 ff.; *Böhringer* in Meikel, GBO, § 52 Rdnr. 63).

**10 b)** Die formellen Voraussetzungen für die Eintragung der Eigentumsvormerkung in das Grundbuch sind hier nicht erfüllt. Während die Beteiligten zu 2 und 3, zu deren Gunsten die Eintragung erfolgen sollte, diese gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO beantragt haben, wurde die entsprechende Bewilligung (§ 19 GBO) hier – zugleich – durch den Beteiligten zu 2 in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker gegenüber – u. a. – seiner eigenen Person erteilt, ohne dass dieser insoweit von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit gewesen wäre:

**11 aa)** Zwar gilt § 181 BGB bei amtsempfangsbedürftigen Willenserklärungen, zu denen die Bewilligung gemäß § 19 GBO gehört, nicht unmittelbar; denn dabei handelt es sich um eine rein verfahrensrechtliche Erklärung, die deshalb grundsätzlich nur verfahrensrechtlichen, nicht aber sachlichrechtlichen Vorschriften unterliegt (OLG München,

FamRZ 2012, 1672; OLG Nürnberg, ZfIR 2016, 267; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 13). Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts für rechtsgeschäftliche Erklärungen – hier: § 181 BGB – ist aber geboten, wenn die materiellrechtliche Erklärung in der verfahrensrechtlichen Erklärung enthalten ist, die, wenn sie nicht der wahren Rechtslage entspricht, das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig macht. Denn die Bewilligung nach § 19 GBO ist zwar in erster Linie ein Akt des formellen Grundbuchrechts; sie dient aber doch der Verwirklichung und Beurkundung des materiellen Liegenschaftsrechts (BGH, Beschluss vom 27.02.1980, V ZB 15/79, BGHZ 77, 7; *Weinland* in jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 181 Rdnr. 21). Für die Bewilligung der Löschung eines Grundpfandrechts folgt daraus, dass diese auch nur dann wirksam ist, wenn der Bewilligende die nach materiellem Recht zu beurteilende Macht zur Aufhebung der Belastung hat (vgl. § 875 BGB), deren Löschung bewilligt werden soll (BGH, Beschluss vom 27.02.1980, V ZB 15/79, BGHZ 77, 7, 9; OLG Nürnberg, ZfIR 2016, 267; KGJ 47, A 147, 149). Dazu rechnen auch die Voraussetzungen für ein erlaubtes Insichgeschäft, wenn die Aufgabe durch den Eigentümer als Grundschuldgläubiger erklärt wird, weil der Umstand, dass das Recht durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Begünstigten aufgegeben werden kann (§ 875 Abs. 1 Satz 2 BGB), nichts daran ändert, dass in beiden Fällen der Eigentümer des belasteten Grundstücks der durch die Aufgabeerklärung materiell Begünstigte ist (BGH, Beschluss vom 27.02.1980, V ZB 15/79, BGHZ 77, 7, 9). Für die Bewilligung einer Vormerkung kann richtigerweise nichts anderes gelten. Auch hier ist die materiellrechtliche Erklärung (§ 885 BGB) regelmäßig in der verfahrensrechtlichen Bewilligung (§ 19 GBO) enthalten (*Herrler* in Grüneberg, 82. Aufl., § 885 Rdnr. 8). Wenngleich es sich dabei nicht um eine Verfügung im Rechtssinne handelt, so rechtfertigen es ihre materiellrechtlichen Wirkungen aber doch, sie einer Verfügung über das vom Anspruch betroffene Recht gleichzustellen (vgl. BGH, Beschluss vom 21.06.1957, V ZB 6/57, BGHZ 25, 16; Urteil vom 01.10.1958, V ZR 26/57, NJW 1958, 2013; KG, NotBZ 2018, 61; *Herrler* in Grüneberg, § 883 Rdnr. 3). Auch sie kann gegenüber dem Grundbuchamt oder dem Gläubiger abgegeben werden, wobei Letzterer materiell Begünstigter ist (*Assmann* in BeckOGK-BGB, Stand: 01.11.2022, § 885 Rdnr. 21; *Staudinger/Kesseler*, Neub. 2020, § 885 Rdnr. 17). Dementsprechend wäre es auch hier nicht zu rechtfertigen, den im einen Fall (Erklärung gegenüber dem Begünstigten) eingreifenden Schutz des § 181 BGB im anderen Fall (Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt) nicht zu gewähren (vgl. zu § 875 BGB BGH, Beschluss vom 27.02.1980, V ZB 15/79, BGHZ 77, 7, 10; für die Gleichsetzung der Bewilligung nach § 885 BGB mit der Aufgabeerklärung nach § 875 BGB allgemein auch KGJ 46 A 200, 208).

**12 bb)** Dass der Beteiligte zu 2 als Testamentsvollstrecker hier vom – grundsätzlichen – Verbot des Selbstkontrahierens befreit gewesen wäre, ist nicht nachgewiesen.

**13 (1)** Nach § 181 BGB kann ein Vertreter, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das

Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Diese Grundsätze sind auf den Testamentsvollstrecker entsprechend anzuwenden; aus ihnen folgt, dass das Selbstkontrahieren des Testamentsvollstreckers zwar nicht grundsätzlich unzulässig ist, aber seine Grenze im Willen des Erblassers und außerdem in der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltung des Nachlasses findet (BGH, Urteil vom 29.04.1959, V ZR 11/58, BGHZ 30, 67, 69; Urteil vom 28.09.1960, V ZR 196/58, WM 1960, 1420; OLG Düsseldorf, NJW 2014, 322; OLG München, ZEV 2012, 333). Inwieweit die – auch stillschweigend mögliche – Gestattung des Erblassers reicht, ist eine Frage der Auslegung der Verfügung von Todes wegen, insbesondere der Testamentsvollstreckungsanordnung, im Einzelfall. Ist der Testamentsvollstrecker – wie hier – zugleich Miterbe, kann grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass der Erblasser ihm durch seine Ernennung alle diejenigen Rechtsgeschäfte mit sich selbst vorzunehmen gestattet hat, die im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB) liegen, wobei jedoch an die Ordnungsmäßigkeit strenge Anforderungen zu stellen sind (vgl. BGH, Urteil vom 29.04.1959, V ZR 11/58, BGHZ 30, 67, 70). Andererseits ist ein Insichgeschäft des (erbenden oder nichterbenden) Testamentsvollstreckers, das gegen das Gebot ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses (§ 2216 BGB) verstößt – etwa ein ihm gestatteter Eigenerwerb weit unter Wert, falls nicht ein dahin gehendes Vorausvermächtnis vorliegt – selbst dann unwirksam, wenn es etwa einmal vom Willen des Erblassers gedeckt sein sollte; denn jenes Gebot der Ordnungsmäßigkeit als solches kann auch der Erblasser nicht außer Kraft setzen (§ 2220 BGB; BGH, Urteil vom 29.04.1959, V ZR 11/58, BGHZ 30, 67, 70; OLG Düsseldorf, NJW 2014, 322).

**14 (2)** Vorliegend war der Beteiligte zu 2 als Testamentsvollstrecker bei Vornahme der Bewilligung der gegenständlichen Auflassungsvormerkung nicht von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

**15 (a)** Soweit das Verbot des Selbstkontrahierens von vornherein nicht gilt, wenn es sich bei der in Rede stehenden Verfügung um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt (§ 181 BGB a. E.; vgl. dazu *Ellenberger* in Grüneberg, § 181 Rdnr. 22), liegt ein solcher Fall nicht vor. Dies kann gegeben sein, wenn der Testamentsvollstrecker mit dem Geschäft eine wirksame, insbesondere von dem Erblasser begründete Verpflichtung, etwa ein ihm zugewandtes Vermächtnis, erfüllt (OLG Düsseldorf, NJW 2014, 603). Darum geht es hier jedoch nicht; ganz im Gegenteil diene die Bewilligung der Auflassungsvormerkung der Vorbereitung der Erfüllung einer nach dem Tode der Erblasserin von ihm selbst (auch) zu eigenen Gunsten begründeten kaufvertraglichen Verpflichtung, die ihrerseits an den Voraussetzungen des § 181 BGB zu messen wäre.

**16 (b)** Ebenso wenig liegt eine ausdrückliche oder stillschweigende Gestattung der Erblasserin vor. Ausweislich ihres privatschriftlichen Testaments vom 12.05.2008 (...) hatte diese darin außer der Anordnung der Testamentsvollstreckung und der Einsetzung des Beteiligten zu 2 keine ausdrückliche Befreiung des Testamentsvollstreckers von

den Beschränkungen des § 181 BGB verfügt. Auch eine stillschweigende Ermächtigung des Testamentsvollstreckers zur Vornahme des Rechtsgeschäfts kann vorliegend nicht angenommen werden, weil – entgegen der nicht näher begründeten Ansicht des Grundbuchamtes – nicht festgestellt werden kann, dass die Bewilligung der Auflassungsvormerkung dem Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) entsprach.

**17 (aa)** Nach dem privatschriftlichen Testament war der Beteiligte zu 2 ersichtlich – nur – dazu berufen, die letztwilligen Verfügungen der Erblasserin zur Ausführung zu bringen (§ 2203 BGB; d. h. insbesondere: Vermächnisse oder Auflagen zulasten des Erben, Teilungsanordnungen sowie alle Verfügungen, die ohne Ernennung eines Testamentsvollstreckers der Erbe auszuführen hätte, vgl. Staudinger/*Dutta*, Neub. 2021, § 2203 Rdnr. 4) und den Nachlass auseinanderzusetzen (§ 2204 BGB). Hierzu hatte er sich an die Anordnungen der Erblasserin zu halten und im Übrigen die gesetzlichen Vorschriften zu beachten. Für die Frage, ob ein Rechtsgeschäft des Testamentsvollstreckers mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Verwaltung in Einklang steht, ist entscheidend, dass das Geschäft und die Art und Weise seiner Durchführung geeignet waren, der Erledigung der Auseinandersetzung des Nachlasses zu dienen (BGH, Urteil vom 28.09.1960, V ZR 196/58, WM 1960, 1420). Dabei darf der Testamentsvollstrecker mangels einer abweichenden Anordnung des Erblassers, für die hier nichts ersichtlich ist, die Auseinandersetzung nicht nach Gutdünken oder billigem Ermessen vornehmen, auch nicht unteilbare Gegenstände einzelnen Miterben auf ihre Erbteile zuweisen, sondern er ist verpflichtet, solche in Natur nicht teilbaren Nachlassgegenstände zu veräußern und den Erlös zur Teilung zu bringen (§§ 2204, 2042 ff. BGB i. V. m. §§ 753 ff. BGB; RG, Urteil vom 13.02.1924, V 29/23, RGZ 108, 289, 291; Senat, Urteil vom 26.10.2022, 5 U 11/22; OLG Karlsruhe, NJW-RR 1994, 905; *Zimmermann* in MünchKomm-BGB, 8. Aufl., § 2204 Rdnr. 7). Dabei ist auf berechnete Wünsche und Bedenken der Erben einzugehen (BGH, Urteil vom 28.09.1960, V ZR 196/58, WM 1960, 1420; Saarl. OLG, Urteil vom 25.02.1953, 1 U 125/52, JZ 1953 509).

**18 (bb)** Der vorliegende Verkauf des Nachlassgrundstücks an die Beteiligten zu 2 und zu 3 wird diesen Anforderungen – unbeschadet der weiteren Frage einer möglichen teilweisen Unentgeltlichkeit, vgl. dazu BGH, Urteil vom 24.02.2016, IV ZR 342/15, NJW-RR 2016, 457 – in mehrfacher Hinsicht nicht gerecht. Mangels entsprechender Anordnung der Erblasserin, deren Testament in Bezug auf dieses Grundstück schweigt, und ohne das Einverständnis sämtlicher Miterben durfte der Beteiligte zu 2 dieses zu Auseinandersetzungszwecken nicht, wie hier geschehen, ohne Weiteres außerhalb des gesetzlich vorgesehenen Verfahrens als Ganzes oder anteilig an einzelne Miterben veräußern. Auch kann nicht festgestellt werden, dass die verfahrensmäßigen Rechte der Beteiligten zu 1 als Miterbin ausreichend gewahrt wurden, nachdem unwiderlegt im Raume steht, dass die Veräußerung an die Beteiligten zu 2 und zu 3 ohne deren Wissen erfolgte. Daraus folgt – ohne Rücksicht auf die mögliche Unwirksamkeit des Kaufvertrages, die hier nicht zu prüfen war – die fehlende Befugnis des Beteiligten zu 2

zur Bewilligung der Auflassungsvormerkung: Da diese der Sicherung des Anspruchs auf Eigentumsübertragung aus der Veräußerung dient, kann gleichfalls nicht angenommen werden, dass ihre Bewilligung dem Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung (§ 2216 Abs. 1 BGB) entsprach und daher kraft stillschweigender Gestattung von dem Beteiligten zu 2 zu eigenen Gunsten wirksam vorgenommen werden konnte.

**19 cc)** Der fehlende Nachweis der Ermächtigung des Beteiligten zu 2 zur Vornahme des Insichgeschäfts führt zur Unwirksamkeit der Bewilligung der Auflassungsvormerkung insgesamt, unbeschadet des Umstandes, dass Begünstigter neben seiner eigenen Person auch der Beteiligte zu 3 gewesen ist. Insoweit greift der Rechtsgedanke des § 139 BGB, der auch auf Eintragungen im Grundbuch entsprechend anzuwenden ist (vgl. RG, Urteil vom 08.12.1927, V 100/27, RGZ 119, 211, 214; BayObLGZ 1998, 70; KGJ 43 A 223, 224; *Ellenberger* in Grüneberg, § 139 Rdnr. 3), wonach bei Teilnichtigkeit eines Rechtsgeschäfts das ganze Rechtsgeschäft nichtig ist, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Davon ist hier in Ansehung der der Eintragung zugrunde liegenden Bewilligung auszugehen: Weder der Inhalt der notariellen Urkunde noch die sonst maßgeblichen Umstände geben Anlass zu der Annahme, dass die daran Beteiligten für den von ihnen erkannten Fall einer Unwirksamkeit des Insichgeschäfts eine eingeschränkte Vormerkung nur zugunsten des Beteiligten zu 3 bewilligt hätten.

**20 3.** Auch die von dem Beteiligten zu 2 als Testamentsvollstrecker zugunsten der Beteiligten zu 4 bewilligte Grundschuld ist unter Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften eingetragen worden. Insoweit ist jedenfalls nicht erwiesen, dass eine entgeltliche Verfügung vorliegt (§ 2205 Satz 3 BGB).

**21 a)** Auch bei der Bewilligung eines Grundpfandrechts hat das Grundbuchamt sorgfältig zu prüfen, ob sich der Testamentsvollstrecker in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis gehalten und insbesondere nicht (auch nur teilweise, vgl. BGH, Urteil vom 24.02.2016, IV ZR 342/15, NJW-RR 2016, 457) unentgeltlich verfügt hat (vgl. *Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 23 m. w. N.). Eine – ihm gemäß § 2205 Satz 3 BGB untersagte – unentgeltliche Verfügung liegt vor, wenn – objektiv – aus dem Nachlass ein Wert hingegeben wird, ohne dass die dadurch eingetretene Verringerung des Nachlasses durch Zuführung eines entsprechenden Vermögensvorteils ausgeglichen wird und – subjektiv – der Testamentsvollstrecker weiß oder bei ordnungsmäßiger Verwaltung hätte erkennen müssen, dass die Leistung der Gegenseite unzulänglich war (BGH, Urteil vom 24.02.2016, IV ZR 342/15, NJW-RR 2016, 457; OLG München, DNotZ 2013, 873; *Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 21; *Böhringer* in Meikel, GBO, § 52 Rdnr. 54). Da der Nachweis der Entgeltlichkeit als Eintragungsvoraussetzung regelmäßig nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO geführt werden kann, wird eine entgeltliche Verfügung angenommen, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung

nicht ersichtlich sind (OLG München, DNotZ 2013, 873; ZEV 2017, 733). Grundsätzlich wird dann, wenn die Verfügung Bestandteil eines Rechtsgeschäfts mit einem Dritten ist, der nicht zugleich Miterbe ist bzw. dem Testamentsvollstrecker wirtschaftlich oder persönlich nahesteht, anzunehmen sein, dass die Verfügung auch voll entgeltlich ist. Bestehen aber aufgrund bestimmter Anhaltspunkte berechnete Zweifel an der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, muss das Grundbuchamt selbst Ermittlungen anstellen und ggf. verlangen, dass der Testamentsvollstrecker die erforderlichen Unterlagen beibringt (OLG Frankfurt a. M., ZEV 2011, 534).

**22 b)** Vorliegend hätten die Umstände, insbesondere die Tatsache, dass die zugunsten der Beteiligten zu 4 bewilligte Buchgrundschuld der Finanzierung eines nicht erwerbsmäßigen zulässigen Insichgeschäftes (§ 181 BGB) des Testamentsvollstreckers zu dienen bestimmt war, dem Grundbuchamt gesteigerten Anlass geben müssen, die Entgeltlichkeit dieser – weiteren – Verfügung über das Nachlassgrundstück näher zu prüfen. Dabei wäre hier bei sachgerechter Würdigung die Befugnis des Beteiligten zu 2 zur Vornahme der Belastung gemäß § 2205 Satz 3 BGB zu verneinen gewesen, weil nach allen bekannten Umständen nicht ausreichend sichergestellt ist, dass die im Gegenzug von der Beteiligten zu 4 geschuldete Darlehensvaluta ungeschmälert in den Nachlass gelangt.

**23 aa)** Erfolgt die Belastung des Grundstücks – wie hier – vor Eigentumsumschreibung mit Grundschulden oder Hypotheken, die dem Käufer die Finanzierung des Kaufpreises durch Kredite ermöglichen soll, so handelt es sich bei diesen Grundschulden zwar in der Regel um entgeltliche Verfügungen (OLG Frankfurt a. M., ZEV 2011, 534; *Böhringer* in Meikel, GBO, § 52 Rdnr. 59; *Keim*, ZEV 2007, 470). Voraussetzung ist aber, dass in der Grundschuldbestellung die Zweckbestimmung derart eingeschränkt ist, dass der Verkäufer – d. h. hier: der Nachlass – gegen anderweitige Verwendungen des Grundpfandrechts geschützt wird; dazu muss sichergestellt sein, dass die Grundschuld dem Gläubiger nur zugutekommt, soweit ihr Gegenwert in den Nachlass geflossen ist (OLG Frankfurt a. M., ZEV 2011, 534; *Zeiser* in BeckOK-GBO, Stand: 30.09.2022, § 52 Rdnr. 75; *Böhringer* in Meikel, GBO, § 52 Rdnr. 59; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3443; *Keim*, ZEV 2007, 470). Eine Grundschuldbestellung ist unwirksam, wenn die Darlehensvaluta dem Testamentsvollstrecker oder einem Dritten zufließen oder ein Kredit Dritter besichert werden soll; das Rechtsgeschäft ist dann zwar vom Standpunkt des Gläubigers (Geldgebers) aus ein entgeltliches, nicht aber vom Standpunkt des Erben aus, sodass der Geldgeber hier die Grundschuld mangels Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nicht wirksam erwerben kann (vgl. LG Aachen, Rpfleger 1984, 98; *Zeiser* in BeckOK-GBO, § 52 Rdnr. 76; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3443). Da § 2205 Satz 3 BGB nach seinem Schutzzweck auch teilweise unentgeltliche Verfügungen erfasst (BGH, Urteil vom 24.02.2016, IV ZR 342/15, NJW-RR 2016, 457), muss insbesondere nachgewiesen sein, dass der Gegenwert der Belastung in voller Höhe dem Nachlass zufließt („Vollentgeltlichkeit“; vgl. *Munzig* in Keller/Munzig, a. a. O., § 52 Rdnr. 29).

**24 bb)** Dieser Nachweis ist hier nicht erbracht. Die notarielle Grundschuldbestellungsurkunde (UR Nr. [...]) enthält zwar eine Sicherungsabrede, wonach der Grundschuldgläubiger die Grundschuld nur insoweit als Sicherheit verwerten oder behalten darf, als er tatsächlich Zahlungen mit Tilgungswirkung auf die „Kaufpreisschuld des Erwerbers“ geleistet hat. Aus der notariellen Kaufvertragsurkunde vom 24.02.2022 (UR Nr. [...]), mit der der Beteiligte zu 2 – „handelnd in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker“ – das zum Nachlass gehörende Anwesen an sich selbst und den Beteiligten zu 3 veräußert, folgt jedoch keine – jedenfalls keine hinreichend zweifelsfreie – Regelung, die eine vollständige Zahlung des Kaufpreises an den Nachlass sicherstellt; vielmehr weist Ziffer III. 2. den Erwerber an, von dem Kaufpreis vorweg alle Zahlungen an die Berechtigten der der Eigentumsvormerkung des Erwerbers vorgehenden, von diesem nicht übernommenen Belastungen zu leisten, von denen die Löschung derselben abhängig gemacht wird, die vom Veräußerer zu tragenden Löschungskosten zu begleichen und den danach verbleibenden Restkaufpreis auf ein noch durch separate Anweisung anzugebendes Konto des Veräußerers zu überweisen. Welche Verbindlichkeiten diesen weiteren Belastungen – ausweislich der Urkunde handelt es sich um eine Reihe von älteren Briefgrundschulden zugunsten der Sparkasse, deren näheres Schicksal nicht bekannt ist – überhaupt (noch) zugrunde liegen und gegenüber wem, ist unklar. Mangels konkreter Zahlungsanweisung ist aber auch im Übrigen nicht einmal sichergestellt, dass der danach verbleibende Überschuss dem Nachlass selbst zugutekommt. Dementsprechend ist die volle Entgeltlichkeit der Verfügung hier nicht erwiesen und fehlte es auch insoweit – mangels Vorliegen der alternativen Voraussetzungen des § 2205 Satz 3 BGB, d. h.: dass die Verfügung einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entspricht – an der Verfügungsbefugnis des Beteiligten zu 2 zur Bewilligung der Buchgrundschuld.

**25 4.** Der Senat macht vorsorglich – ohne Bindungswirkung – darauf aufmerksam, dass auch im Rahmen einer etwaigen – bislang nicht beantragten – Eigentumsumschreibung die Voraussetzungen sowohl der Befreiung des Beteiligten zu 2 vom Verbot des Insichgeschäftes als auch die – insoweit ebenfalls höchst zweifelhafte – Vollentgeltlichkeit der Grundstücksveräußerung nachgewiesen werden müssten, wobei dieser Nachweis bislang nicht geführt worden sein dürfte. Der insoweit gebotenen Prüfung, die im Ergebnis auf eine freie Beweiswürdigung hinausläuft (vgl. *Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 24), ist allein mit der Vorlage eines oder mehrerer Wertgutachten nicht ohne Weiteres Genüge getan; vielmehr sind die eingereichten Nachweise an dieser Stelle stets einer kritischen Würdigung zu unterziehen, die hier zumindest in Rechnung stellen müsste, dass der in den beiden – jeweils auch nicht von einem öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen verfassten – Gutachten ausgewiesene Verkehrswert mit den allgemein bekannten Gegebenheiten nicht korreliert. Denn das in Rede stehende Anwesen, ein mehrstöckiges Wohn- und Bürohaus mit einer Geschäfts- und zwei weiteren Wohneinheiten, grenzt unmittelbar an eine der – das ist offenkundig – teuersten

Wohnlagen der Landeshauptstadt; nach den Feststellungen in beiden Gutachten befindet es sich offenbar in recht gutem baulichem Zustand, vorhandener Sanierungsstau ist überschaubar, sodass die angesetzten Werte von 265.000 € (per Juli 2019 [...]) bzw. 360.000 € (per 26.11.2021 [...]) zumindest erläuterungsbedürftig erscheinen. Berücksichtigt man weiterhin, dass auch die in beiden Gutachten angesetzten Quadratmeterpreise für die Vermietung von Büro- und Wohnraum (7 € pro qm im Jahre 2019 bzw. 7,90/8 € pro qm im Jahre 2021 [...]) auf den ersten Blick bescheiden anmuten, erscheinen diese Feststellungen als Beweismittel für die – nach der Rechtsprechung zu fordernde – vollständige Entgeltlichkeit der Veräußerung insgesamt nicht ausreichend belastbar.

26 5. Weil das Grundbuchamt mithin sowohl die Auflassungsvormerkung als auch die Grundschuld zu Unrecht eingetragen hat und dadurch das Grundbuch unrichtig geworden ist, nämlich mit der wahren Rechtslage nicht übereinstimmt, ist auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1 nunmehr gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO hiergegen jeweils ein Amtswiderspruch einzutragen.

(...)

## 5. Antrag auf Löschung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit bei fehlender Eintragung des Geburtsdatums des Berechtigten

OLG Nürnberg, Beschluss vom 16.02.2023, 15 Wx 249/23

BGB § 1090

GBBerG § 5

GBO § 22

### LEITSÄTZE:

1. Ergibt sich aus dem Grundbuch oder den Grundakten das Geburtsdatum des Berechtigten einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit nicht, kann eine Löschung des Rechts gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 GBBerG erst 110 Jahre nach Grundbucheintragung erfolgen.
2. Von dem Wortlaut des § 5 GBBerG kann auch dann nicht abgewichen werden, wenn die Bewilligung hinsichtlich der eingetragenen Dienstbarkeit bereits vor 119 Jahren erfolgte.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 ist Eigentümerin des im Wohnungsgrundbuch des AG Nürnberg von in Band, Blatt, eingetragenen 154/10.000 Miteigentumsanteils an dem Grundstück Fl. Nr. (...). Weiterhin ist sie Eigentümerin des im Wohnungsgrundbuch des AG Nürnberg von in Band, Blatt, eingetragenen 18/10.000 Miteigentumsanteils an dem Grundstück Fl. Nr. (...).

2 In der II. Abteilung ist unter lfd. Nr. 1 hinsichtlich beider Miteigentumsanteile folgendes Recht eingetragen:

„Verbot der Errichtung oder Betreibung einer Wirtschaft oder Kantine – an dem ganzen Grundstück lastend – für und für, sämtliche in Nürnberg. Gemäß Urkunden vom 29.03./18.05.1904 eingetragen am 01.06.1904/07.08.1924 und umgeschrieben am 21.07.1989.“

3 Mit Kaufvertrag vom 19.09.2022, UVZ-Nr. R 3265/2022, verkaufte die Beteiligte zu 1 den genannten Grundbesitz an den Beteiligten zu 2. Unter Ziffer I. 2. des Vertrages ist die Löschung des Rechts in Abteilung II 1 Zug um Zug mit Vollzug der Auflassung gemäß § 5 GBBerG beantragt.

4 Mit Zwischenverfügung vom 19.12.2022 stellte das AG – Grundbuchamt – Nürnberg fest, dass der Eintragung ein Hindernis entgegenstehe, das bis 19.01.2023 behoben werden könne. Da die Geburtsdaten der Berechtigten nicht im Grundbuch eingetragen seien, sei gemäß § 5 GBBerG das Datum der Eintragung des Rechts maßgeblich, hier das Jahr 1924. Die 110-Jahresfrist sei daher noch nicht abgelaufen.

5 Hiergegen wandte der Urkundsnotar mit Schreiben vom 22.12.2022 ein, dass die Bewilligungen laut Grundbuch aus dem Jahr 1904 stammen würden, sodass die Geburtsdaten der Berechtigten zwingend vor dem Jahr 1912 gelegen haben müssten und die 110-Jahresfrist daher abgelaufen sei.

6 Mit Beschluss vom 13.01.2023 wies das AG – Grundbuchamt – Nürnberg den Antrag auf Löschung der eingetragenen Dienstbarkeit zurück. Da das Eintragungsdatum maßgeblich sei, sei die 110-Jahresfrist noch nicht abgelaufen, sodass eine Löschung des Rechts nach § 5 GBBerG nicht erfolgen könne.

7 Gegen diesen Beschluss legte der Urkundsnotar mit Schreiben vom 25.01.2023 im Namen der Vertragsteile Beschwerde ein. Zur Begründung nahm er auf das Schreiben vom 22.12.2022 Bezug.

8 Mit Beschluss vom 26.01.2023 half das AG – Grundbuchamt – Nürnberg der Beschwerde aus den bereits genannten Gründen nicht ab.

9 II. Das gegen den zurückweisenden Beschluss nach § 18 Abs. 1 GBO gerichtete Rechtsmittel ist als unbeschränkte Beschwerde (§ 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1 GBO) statthaft. Sie ist in zulässiger Weise vom Urkundsnotar (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO) eingelegt worden. Die Beteiligte zu 1 ist auch beschwerdeberechtigt, weil sie im Zeitpunkt der Rechtsmitteleinlegung im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen ist. Demgegenüber ist der Beteiligte zu 2 als noch nicht im Grundbuch eingetragener Eigentümer mangels Antragsrechts zwar nicht beschwerdeberechtigt (*Kramer* in BeckOK-GBO, Stand: 02.01.2023, § 71 Rdnr. 181, 199, 203). Es ist jedoch davon auszugehen, dass der Urkundsnotar Beschwerde nur im Namen der Antragsberechtigten, also der Beteiligten zu 1, einlegen wollte (siehe hierzu *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 15 Rdnr. 20).

10 In der Sache hat die Beschwerde keinen Erfolg.

11 Die Beteiligte zu 1 macht eine nachträgliche Unrichtigkeit des Grundbuchs geltend mit der Begründung, die in Abteilung II 1 eingetragene beschränkt persönliche Dienstbarkeit

zugunsten von und sei gemäß § 5 Grundbuchbereinigungsgesetz (GBBerG) erloschen.

**12** Die Beteiligte zu 1 hat jedoch nicht nachgewiesen, dass diese beschränkt persönliche Dienstbarkeit erloschen ist.

**13** 1. Bei natürlichen Personen genügt zur Löschung der Dienstbarkeit im Grundbuch in der Regel der Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO durch Vorlage der Sterbeurkunde (OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 26.08.2019, 12 Wx 30/19, juris Rdnr. 10).

**14** Sterbeurkunden der Berechtigten hat die Beteiligte zu 1 nicht vorgelegt.

**15** 2. Die Dienstbarkeit gilt aber auch nicht nach § 5 GBBerG als erloschen, da dessen Voraussetzungen (noch) nicht vorliegen.

**16** Zwar fallen unter § 5 GBBerG Nießbrauche, beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (wie hier), unvererbliche subjektiv-persönliche Vorkaufsrechte, unvererbliche subjektiv-persönliche Reallasten und Altenteilsrechte. Die Dienstbarkeit gilt dann mit dem Ablauf von 110 Jahren von dem Geburtstag des Berechtigten an als erloschen, § 5 Abs. 1 Satz 1 GBBerG. Voraussetzung dafür ist aber, dass sich aus dem Grundbuch oder den Grundakten das Geburtsdatum des Berechtigten ergibt. Ist das nicht der Fall – insbesondere da nach dem früheren Wortlaut des § 15 GBV die Eintragung des Geburtsdatums im Grundbuch nicht vorgeschrieben war –, kann gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 GBBerG erst 110 Jahre nach Grundbucheintragung eine Löschung des Rechts erfolgen (OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 26.08.2019, 12 Wx 30/19, juris Rdnr. 12; Staudinger/Reymann, Neub. 2017, § 1090 Rdnr. 49; *Böhringer*, ZfIR 2017, 721, 722; *Keller in Keller/Munzig*, KEHE Grundbuchrecht – Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 5 Rdnr. 3; *Grziwotz*, ZfIR 2012, 529, 530).

**17** Aus dem Grundbuch und den vorliegenden Grundakten ergibt sich das Geburtsdatum der Berechtigten nicht. Die vormaligen Grundakten des AG Nürnberg von, Band, Blatt (vor Umschreibung auf das Loseblattgrundbuch von, Band, Blatt) und Band, Blatt (vor Umschreibung auf das Grundbuch von, Band, Blatt) sind nach Mitteilung des AG – Grundbuchamt – Nürnberg nicht mehr vorhanden. Auch der Urkundsnotar hat keine Angaben zu den Geburtsdaten gemacht.

**18** Da sich somit die Geburtsdaten der Berechtigten weder aus dem Grundbuch noch aus den Grundakten ergeben, kann gemäß § 5 Abs. 1 Satz 2 GBBerG nur auf das Datum der Eintragung abgestellt werden. Die letzte Eintragung erfolgte ausweislich des Grundbuchs am 07.08.1924, sodass die 110-Jahresfrist des § 5 GBBerG noch nicht abgelaufen ist.

**19** Zwar weist der Urkundsnotar zu Recht darauf hin, dass ausweislich des Grundbuchs die Bewilligung bereits im Jahr 1904 und damit vor inzwischen 119 Jahren erfolgte. Von dem eindeutigen Wortlaut des § 5 Abs. 1 Satz 2 GBBerG, der ausschließlich auf das Datum der Eintragung abstellt, kann aber auch in einem derartigen Fall nicht abgewichen werden.

**20** Denn unabhängig davon, ob es sich bei § 5 GBBerG um einen materiellrechtlichen Erlöschensstatbestand (so *Böhringer*, ZfIR 2017, 721-728) oder um eine verfahrensrechtliche Löschungserleichterung (so Staudinger/Reymann, § 1090 Rdnr. 49) handelt, hat die Vorschrift weitreichende Wirkung, da der Berechtigte entweder sein Recht verliert oder nur die Wiedereintragung verlangen kann mit der Gefahr von Rang- und Rechtsverlust nach § 892 BGB (*Reymann*, a. a. O.). Eine ausdehnende Auslegung der Vorschrift zum Nachteil des Berechtigten kommt daher nicht in Betracht.

(...)

## 6. Zur Auslegung einer Vorsorgevollmacht bezüglich der Geltung über den Tod hinaus

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.08.2023, 19 W 60/23 (Wx)

*BeurkG § 17 Abs. 1 Satz 1*  
*BGB §§ 168, 672*

### LEITSATZ:

**Für die Beurteilung der Fortdauer der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus ist gemäß § 168 BGB das der Vollmachtserteilung zugrundeliegende Rechtsverhältnis zu betrachten. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Die Beteiligten wenden sich gegen eine Zwischenverfügung, durch die der Vollzug von Grundbuchanträgen von der Vorlage von Erbnachweisen und einer Bewilligung des oder der Erben abhängig gemacht wird; die Beteiligten halten dies wegen einer nach ihrer Auffassung als transmortale aufzufassenden Vollmacht nicht für erforderlich.

**2** Die Beteiligte zu 2 und ihr verstorbener Ehemann – der Beteiligte zu 1 – sind je zur Hälfte als Eigentümer des im Rubrum näher bezeichneten Grundbesitzes eingetragen.

**3** Mit einer als „Vorsorgevollmacht“ überschriebenen, notariell unterschriftsbeglaubigten Erklärung vom 03.12.2012 stellten sich die Beteiligten zu 1 und 2 gegenseitig eine Generalvollmacht aus, die sowohl Vermögensgeschäfte als auch die Gesundheitsvorsorge umfasste. Unter § 2 sind beispielhafte Vermögensgeschäfte und unter § 5 einzelne Angelegenheiten der gesundheitlichen Vorsorge aufgelistet. In § 7 der Vollmacht ist unter der Überschrift „Vorrang vor der Betreuung“ folgende Regelung getroffen:

„Die jeweilige Vollmacht bleibt auch im Falle der Geschäftsunfähigkeit eines Vollmachtgebers gültig. Der jeweilige Vertreter unterliegt nicht den gesetzlichen Beschränkungen eines Betreuers. Wird für Rechtsgeschäfte, für die ein Vertreter keine Vollmacht hat, ein Betreuer bestellt, so bleibt die Vollmacht im Übrigen bestehen.“

**4** Weiter enthält die Vollmacht in § 9 Satz 2 folgende Erklärung:

„Ferner hat mich der Notar darauf hingewiesen, dass diese Vollmacht über den Tod hinaus wirkt, jederzeit widerruflich ist und dass bei Widerruf darauf zu achten ist, dass sämtliche Ausfertigungen der Vollmacht vom Bevollmächtigten herausgegeben werden.“

**5** Mit notariellem Kaufvertrag vom 29.03.2023 verpflichtete sich die Beteiligte zu 2 sowohl im eigenen Namen als auch als Bevollmächtigte des verstorbenen Beteiligten zu 1, ihr Eigentum am im Rubrum näher bezeichneten Grundstück an die Beteiligten zu 3 und 4 zu übertragen. Die Beteiligte zu 2 bewilligte die Eintragung einer Auflassungsvormerkung. In einer am gleichen Tag errichteten Urkunde wurde eine Grundschild zugunsten der Sparkasse K bestellt.

**6** Der Urkundsnotar beantragte am 03.04.2023 die Eintragung einer Auflassungsvormerkung und der Grundschild.

**7** Durch Zwischenverfügung vom 03.07.2023 hat das Grundbuchamt den Vollzug von der Vorlage eines Erbnachweises auf Ableben des Beteiligten zu 1 nebst entsprechendem formlosen Berichtigungsantrag eines Erben sowie der Genehmigung der durch die Beteiligte zu 2 errichteten Urkunde durch die Erben in öffentlich beglaubigter Form abhängig gemacht. Der verstorbene Beteiligte zu 1 werde von der Beteiligten zu 2 mangels ausreichender Vollmacht nicht wirksam vertreten. Das Ziel der erteilten Vorsorgevollmacht sei in erster Linie die Vermeidung einer Betreuung. Ihrem Inhalt nach sei nicht erkennbar, dass die Vertretungsbefugnis auch für die Zeit nach dem Tod des Vollmachtgebers bestehen bleiben solle. Es sei somit anzunehmen, dass diese mit dem Tod des Beteiligten zu 1 erloschen sei.

**8** Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die durch den Urkundsnotar eingelegte Beschwerde. Die transmortale Vollmacht sei – wie sich aus der zum Grundgeschäft in § 672 BGB getroffenen Regelung ergebe – der gesetzliche Regelfall. Anhaltspunkte für einen abweichenden Willen des Beteiligten zu 1 ergäben sich aus der Vollmacht nicht. Das Grundbuchamt habe insbesondere verkannt, dass die Urkundsbeteiligten in § 9 der Vollmacht eine Eigenerklärung abgegeben hätten; insoweit enthalte die Vollmacht nicht lediglich eine notarielle Belehrung. Den von dem Grundbuchamt herangezogenen Entscheidungen liege kein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde.

**9** Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen. Es sei davon auszugehen, dass der Hinweis in § 9 der Vollmacht auf die Wirkungen einer Vollmacht über den Tod hinaus lediglich versehentlich nicht aus einem Entwurf einer Vollmacht gestrichen worden sei; dafür spreche, dass weitere Formulierungen verwendet worden seien, die nur bei einer beurkundeten, nicht aber bei einer lediglich unterschiftsbeglaubigten Vollmacht sinnvoll seien. Notarielle Urkunden sollten nicht ausgelegt werden müssen, sondern den Willen der Beteiligten klar zum Ausdruck bringen.

**10** II. Die nach § 71 Abs. 1 GBO i. V. m. § 11 Abs. 1 RPflG zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

**11** A. Die Beschwerde ist mangels anderweitiger Angaben interessengerecht dahin auszulegen, dass sie der Notar – dessen Vollmacht gemäß § 15 Abs. 2 GBO vermutet wird

(zur Anwendung auf das Beschwerdeverfahren vgl. etwa Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 189) – für alle Antragsberechtigten, also sowohl für die Veräußerer als auch für die Erwerber des Grundstücks eingelegt hat.

**12** B. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Die Anträge können nicht mit der Begründung zurückgewiesen werden, dass es der Beteiligten zu 2 an einer Vollmacht zur Vertretung des verstorbenen Beteiligten zu 1 fehle. Die von ihr vorgelegte Vorsorgevollmacht ist entgegen der Auffassung des Grundbuchamts dahin auszulegen, dass sie die Beteiligte zu 2 zu Rechtsgeschäften auch über den Tod hinaus bevollmächtigte.

**13** 1. Das Beschwerdegericht hat – wie auch das Grundbuchamt – die Wirksamkeit einer Vollmacht und deren Umfang selbstständig zu prüfen, auch wenn der Notar die Vollmacht für ausreichend erachtet hat. Ist die Vollmacht ihrem Inhalt nach nicht eindeutig, ist sie nach den allgemeinen Regeln für Grundbucheklärungen auszulegen. Führt dies zu keinem eindeutigen Ergebnis, so gilt der Grundsatz, dass der geringere Umfang der Vollmacht anzunehmen ist, wenn sich der Größere nicht nachweisen lässt (OLG München, ZEV 2014, 615 m. w. N.).

**14** 2. Was die Fortdauer der Vollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus angeht, ist gemäß § 168 BGB das der Vollmachtserteilung zugrunde liegende Rechtsverhältnis zu beachten. Im Fall nachgewiesener Geschäftsbesorgung gilt die Auslegungsregel des § 672 BGB, sodass im Grundsatz vom Fortbestand auszugehen ist, wenn nicht die konkrete Vertragsauslegung ergibt, dass die Besorgung des Geschäfts nur für den noch lebenden Auftraggeber bedeutsam ist. Ist dies der Fall, muss das Grundbuchamt neben dem Erbnachweis gemäß § 35 GBO auch die Bewilligung der Erben für das Geschäft nach § 19 GBO verlangen (OLG München, a. a. O. m. w. N.).

**15** a) Rechtsprechung und Schrifttum haben für die Beurteilung der Frage, ob von einer über den Tod hinausgehenden Vollmacht auszugehen ist, Auslegungsregeln aufgestellt. Diese lassen sich dahin zusammenfassen, dass je mehr der Auftragsgegenstand auf die Person und die persönlichen Verhältnisse und nicht nur auf das Vermögen des Auftraggebers ausgerichtet ist, desto eher das Erlöschen des Auftrags mit dem Tode des Auftraggebers anzunehmen ist (vgl. etwa OLG Hamm, Beschluss vom 17.09.2002, 15 W 338/02, juris Rdnr. 13; OLG München, ZEV 2014, 615; MünchKommBGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 168 Rdnr. 43). Für Vorsorgevollmachten wird zum Teil als Leitlinie genannt, dass diese „in der Regel“ mit dem Tod des Vollmachtgebers erlösche (MünchKomm-BGB/Schubert, § 168 Rdnr. 44; Staudinger/Schilken, Neub. 2019, § 168, Rdnr. 26; Weinland in jurisPK-BGB, 9. Aufl, § 168 Rdnr. 11; krit. Zimmer, ZEV 2014, 617).

**16** b) Legt man diese Grundsätze zugrunde, ist im vorliegenden Einzelfall von einem Fortbestand der Vollmacht über den Tod des Beteiligten zu 1 hinaus auszugehen, ohne dass es der abschließenden Klärung bedarf, ob bei Vorsorgevollmachten ein Regel-Ausnahme-Verhältnis zugunsten des Erlöschens gemäß der überwiegend vertretenen Auffassung besteht.

17 aa) Allerdings streitet für die Auffassung des Grundbuchamts, dass die Vollmacht mit der Überschrift „Vorsorgevollmacht“ versehen worden ist und in ihr (auch) höchstpersönliche Angelegenheiten der beiden Vollmachtgeber angesprochen sind, namentlich die Gesundheitsvorsorge. Ferner spricht für dessen Beurteilung, dass die Vollmacht – wie die in § 7 getroffene Regelung zeigt – ersichtlich auch dazu diene, die Einrichtung einer gesetzlichen Betreuung für einen der Vollmachtgeber zu vermeiden; insoweit liegt ein der Entscheidung des OLG Hamm (a. a. O.) vergleichbarer Sachverhalt vor. Den Schwerpunkt der Vollmachtserteilung bildet jedoch – wie schon die ausführliche und an den Beginn der Vollmacht gestellte beispielhafte Aufzählung in § 2 der Vollmacht zeigt – die Bevollmächtigung für Vermögensgeschäfte. Es kommt hinzu, dass die Befugnis, von der Vollmacht Gebrauch zu machen, nach ihrem Wortlaut weder im Außen- noch im Innenverhältnis von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht worden ist, insbesondere nicht davon, dass eine Unfähigkeit des Vollmachtgebers medizinisch festgestellt wird, seine eigenen Angelegenheiten zu besorgen. Die in § 7 der Vollmacht vorgenommene Klarstellung, dass die Vollmacht „auch im Falle der Geschäftsunfähigkeit“ gültig bleiben solle, zeigt vielmehr, dass die Beteiligten zu 1 und 2 gerade nicht (nur) für den Fall der Geschäftsunfähigkeit eine Regelung treffen wollten.

18 bb) Bei der Auslegung kann zudem nicht außer Betracht bleiben, dass § 9 der Vollmacht den Hinweis der Vollmachtgeber enthält, dass ihnen der Bestand der Vollmacht über den Tod hinaus verdeutlicht worden sei. Zwar ist dem Grundbuchamt darin zuzustimmen, dass damit keine ausdrückliche Erteilung einer transmortalen Vollmacht zu sehen ist. Eine solche ist aber – wenn sie auch empfehlenswert sein mag (BeckOGK-BGB/Huber, Stand: 01.11.2021, § 168 Rdnr. 73.1; Dietz in Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 17 Rdnr. 357) – auch nicht erforderlich. Der Hinweis ist ein bei der Auslegung zu beachtendes – deutlich für eine transmortale Vollmacht sprechendes – Indiz.

19 (1) Hätten die Beteiligten zu 1 und 2 nicht gewollt, dass die wechselseitig erteilten Vollmachten auch über den Tod der anderen Partei hinaus gelten, wäre zu erwarten gewesen, dass sie diesen Hinweis im Rahmen der Prüfung eines ihnen vorgelegten Vollmachtentwurfs ansprechen; dies hätte dann – falls der Hinweis versehentlich etwa auf der Grundlage eines Musters aufgenommen worden ist – zu einer Korrektur des Entwurfs geführt. Die für den Hinweis gewählte Formulierung ist auch nicht so gestaltet, dass für ihr Verständnis besondere Rechtskenntnisse erforderlich waren, die von den Urkundsbeteiligten nicht ohne Weiteres erwartet werden konnten.

20 (2) Das Grundbuchamt weist zu Recht darauf hin, dass weitere in § 9 der Vollmacht verwendete Formulierungen die Annahme stützen könnten, dass ohne hinreichende redaktionelle Prüfung ein Vollmachtmuster verwendet worden ist; so werden bei Unterschriftsbeglaubigungen keine „Ausfertigungen“ erteilt; auch ist eine auf den Inhalt bezogene Belehrung durch den Notar nicht vorgesehen (vgl. die eingeschränkten Prüfungsbefugnisse bei Unterschriftsbe-

glaubigungen, § 40 Abs. 2 BeurkG). Dabei handelt es sich aber – anders als bei dem unter (1) besprochenen Umstand – um Unterschiede zwischen beurkundeten und unterschriftsbeglaubigten Erklärungen, die einem juristischen Laien nicht ohne Weiteres bewusst sein werden.

21 cc) Soweit das Grundbuchamt mit dem Nichtabhilfebeschluss darauf hinweist, dass notarielle Urkunden nicht auslegungsbedürftig sein, sondern den Willen der Beteiligten „ohne Weiteres klar zum Ausdruck bringen“ sollten, rechtfertigt dies keine andere Beurteilung. Im Streitfall liegt keine beurkundete, sondern (lediglich) eine unterschriftsbeglaubigte Vollmacht vor. Auch wenn man die notarielle Pflicht zur klaren und eindeutigen Wiedergabe der Erklärungen (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG) auf einen vom Notar gefertigten Entwurf zur Unterschriftsbeglaubigung vorgesehener Urkunden überträgt, ändert dies nichts daran, dass auch formbedürftige Erklärungen der Auslegung zugänglich sind (vgl. etwa BeckOGK-BGB/Möslein, Stand: 01.10.2020, § 133 Rdnr. 82 ff.).

22 dd) Auch die vom Grundbuchamt geäußerten Zweifel daran, dass der Bevollmächtigung ein über den Tod hinaus fortdauerndes Rechtsverhältnis zugrunde liegt, führen zu keinem anderen Ergebnis. Für die Annahme, dass die Parteien ein – im Umfang mit der Vollmacht identisches – Grundverhältnis zugrunde gelegt haben, spricht der Umstand, dass sie sich in § 10 der Vollmacht veranlasst gesehen haben, eine Vergütungspflicht auszuschließen; das wäre bei einer isolierten Vollmacht nicht erforderlich gewesen. (...)

## 7. Zur gestreckten Begründung von Sondereigentum

KG, Beschluss vom 07.02.2023, 1 W 213/22

GBO § 19

WEG § 5 Abs. 4, § 7 Abs. 3, § 10 Abs. 3, § 16 Abs. 1

### LEITSATZ:

**Für die sog. gestreckte Begründung eines Sondernutzungsrechts genügt es, dass die Zuordnungs-/Bewilligungserklärung des in der Teilungserklärung ermächtigten Eigentümers durch Zugang beim Grundbuchamt wirksam geworden ist, als er noch Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft war (Anschluss an OLG Hamm, DNotZ 2018, 225). Auf den Zeitablauf und die Möglichkeit des Begünstigten, das Sondernutzungsrecht mit nur schuldrechtlicher Wirkung auf einen nach dem Grundbuchinhalt Ausgeschlossenen zu übertragen, kommt es für § 19 GBO nicht an (entgegen OLG München, Beschluss vom 22.12.2017, 34 Wx 139/17, juris).**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Für die Eintragung des Sondernutzungsrechts als Inhalt des

Sondereigentums (§ 5 Abs. 4, § 10 Abs. 3 Satz 1 WEG) genügt die Zuordnungserklärung der W(...) vom 20.02.2018 (§ 2 UR-Nr. 24/2018 des Notars [...]), die dem Grundbuchamt 2018 zugegangen ist. Das folgt aus ihrer gemäß § 7 Abs. 3 WEG gebuchten Ermächtigung, durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt für einen einzelnen Wohnungseigentümer ein die übrigen ausschließendes Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz zu begründen (§ 3 Nr. 2 UR-Nr. 368/2015 und § 2 UR-Nr. 41/2016 des Notars [...]).

2 Es kann dahin stehen, ob die beantragte Eintragung lediglich eine Klarstellung ist, weil das verdinglichte Sondernutzungsrecht durch die Zuordnungserklärung bereits vollständig entstand. Durch diese Erklärung sind die übrigen Wohnungseigentümer, die zuvor gemäß § 16 Abs. 1 Satz 3 WEG zum Mitgebrauch berechtigt waren, mit der Wirkung des § 10 Abs. 3 Satz 1 WEG von der Nutzung ausgeschlossen. Der Ausschluss aller nicht begünstigten Eigentümer (negative Komponente) durch die Teilungserklärung steht unter der aufschiebenden Bedingung der Zuweisungserklärung und wird gemäß § 158 Abs. 1 BGB mit dieser wirksam (BayObLG, DNotZ 1986, 479, 481 ff.). Gleiches könnte für die positive Komponente gelten, wenn die Ermächtigung dahin zu verstehen ist, dass für jeden Wohnungseigentümer ein gesondertes – jeweils durch eine ihn begünstigende (erste) Zuordnungserklärung aufschiebend bedingtes – Recht zum alleinigen Gebrauch bestimmt wird (vgl. *Rieger*, DNotZ 2020, 431, 435).

3 Auch soweit es sich um eine rechtsändernde Eintragung handeln sollte, bedarf es keiner Bewilligung der übrigen Wohnungseigentümer nebst dinglich Berechtigter gemäß § 19 GBO. Sie sind von der Buchung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch der begünstigten Einheit nicht nachteilig betroffen, da die negative Komponente bereits mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung – der Zuordnungserklärung – als Inhalt des Sondereigentums in allen Wohnungsgrundbüchern eingetragen ist (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., Anh. § 3 Rdnr. 28.3; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 2913a, jew. m. w. N.).

4 Eine Mitwirkung der ausgeschlossenen Wohnungseigentümer ist auch nicht wegen des Zeitablaufs erforderlich. Zum einen besteht die Möglichkeit, vom Grundbuchinhalt Abweichendes schuldrechtlich zu vereinbaren, immer (vgl. *Falkner*, ZNotP 2017, 251, 258 f.). Die Eintragung nach § 10 Abs. 3 Satz 1 WEG ist nur für die Wirkung gegen den Sondernachfolger relevant. Hätte die Beteiligte das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz mit nur schuldrechtlicher Wirkung auf einen anderen Wohnungseigentümer übertragen, wäre dieser nicht deshalb im Sinne von § 19 GBO sachenrechtlich betroffen, denn die Nutzungsbefugnis ist mangels Buchung nicht zum Inhalt seines Sondereigentums geworden. Für das Bewilligungserfordernis kommt es auf einen lediglich schuldrechtlichen Anspruch nicht an (*Falkner*, a. a. O.; a. A. OLG München, Beschluss vom 22.12.2017, 34 Wx 139/17, juris Rdnr. 40).

5 Zum anderen hat das Grundbuchamt bloßen Zweifeln, das Grundbuch könne durch eine gemäß § 19 GBO bewilligte Eintragung unrichtig werden, nicht nachzugehen (vgl. *Demharter*, GBO, Anh. § 13 Rdnr. 41). Die W(...) hat die Ein-

tragungsbewilligung, die regelmäßig in der Zuordnungserklärung liegt, zusätzlich ausdrücklich erklärt. Für ihre aus dem Vorbehalt in der Teilungserklärung folgende Bewilligungsberechtigung ist es unerheblich, dass ihr Zuweisungsrecht mit der Veräußerung der letzten Sondereigentumseinheit enden soll. Denn die W(...) ist erst 2019 aus der Wohnungseigentümergeinschaft ausgeschieden. Es reicht aus, dass sie ihr Zuweisungsrecht noch zuvor durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt ausgeübt hat (vgl. OLG Hamm, DNotZ 2018, 225). Bereits mit dem Zugang der Erklärung endete die Ermächtigung der teilenden Eigentümerin zur (anderweitigen) Zuweisung (vgl. BGH, NJW 2012, 676 Rdnr. 16); ihre so konkretisierte Bewilligungsberechtigung wirkt bis zur Eintragung der positiven Komponente fort.

#### ANMERKUNG:

#### Von Notarin Dr. Melanie Falkner, Ochsenfurt

Die Entscheidung bringt einen weiteren Hoffnungsschimmer für die Dogmatik des Wohnungseigentumsrechts – und für das Ausbügeln notarieller Vollzugsfehler. Denn nichts anderes ist im Sachverhalt passiert. Aufgrund des textlich sehr kurzen – dafür aber super prägnanten – Beschlusses sei der zugrunde liegende Sachverhalt nochmals erzählt:

Bei der Begründung von Wohnungseigentum durch den aufteilenden Bauträger wurden Sondernutzungsrechte an Parkplätzen noch nicht zugunsten bestimmter Wohnungen abschließend begründet, sondern blieben zunächst vorbehalten, damit die einzelnen Erwerber sich beim Kauf einer Eigentumswohnung einen Stellplatz aussuchen können und der Bauträger die Parkplätze flexibel den einzelnen Wohnungen zu einem späteren Zeitpunkt zuweisen kann.<sup>1</sup> Dabei wurden in der Gemeinschaftsordnung (§ 10 Abs. 1 WEG), welche als Teil der Aufteilungsurkunde mit dieser gemeinsam zur Grundbucheintragung gelangt (§ 10 Abs. 3, § 5 Abs. 4 WEG), alle nicht begünstigten Wohnungseigentumseinheiten unter der aufschiebenden Bedingung einer Zuweisungserklärung von der Nutzung der Parkplatzflächen ausgeschlossen. Die Parkplatzflächen müssen dafür in einem Plan gekennzeichnet sein (Bestimmtheitsgrundsatz),<sup>2</sup> damit die übrigen Wohnungseigentümer wissen, welche Teile des Gemeinschaftseigentums sie nicht mitbenutzen dürfen. Den übrigen Wohnungseigentümern wird nämlich das nach § 16 Abs. 1 Satz 3 WEG gesetzlich eingeräumte Mitge-

1 Hierzu z. B. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.03.2016, 20 W 70/15, MittBayNot 2017, 252 Rdnr. 34 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.2019, I-3 Wx 69/19, NJW-RR 2020, 336 Rdnr. 18 ff.; Schneider, ZWE 2012, 171 ff.; DNotI-Report 2016, 117 ff.

2 BGH, Urteil vom 02.12.2011, V ZR 74/11, NJW 2012, 676 Rdnr. 13; BayObLG, Beschluss vom 25.02.2005, 2 Z BR 184/04, BeckRS 2005, 3085; OLG München, Beschluss vom 08.02.2013, 34 Wx 305/12, ZWE 2013, 318; Beschluss vom 04.02.2016, 34 Wx 396/15, ZWE 2016, 255; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 10 Rdnr. 123 und 132; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 2913a.



brauchsrecht am Gemeinschaftseigentum entzogen. Trotz Ausweitung der Beschlusskompetenzen für die Eigentümerversammlung zu Kostenregelungen und baulichen Veränderungen am Gemeinschaftseigentum durch das WEMoG von 2020 sei erwähnt, dass für die Begründung von Sondernutzungsrechten weiterhin keine Beschlussmöglichkeit besteht.<sup>3</sup> Ein solcher Beschluss wäre mangels Beschlusskompetenz nichtig, ohne dass es einer Anfechtung bedürfte. Zwar kann nach § 19 WEG eine „Benutzung des gemeinschaftlichen Eigentums“ beschlossen werden, doch stellt ein Entzug der Nutzungsmöglichkeit eben gerade keine Mit-Benutzungsregelung mehr dar.<sup>4</sup>

Aus dem Beschluss (Rdnr. 1) geht hervor, dass eine solche Zuordnungserklärung für den Stellplatz Nr. 13 am 20.02.2018 erfolgt und anschließend auch dem Grundbuchamt zugegangen ist. Es liegt nahe, dass dies im Rahmen eines Bauträgerkaufvertrags geschehen ist: Jemand hat eine Wohnung und den Stellplatz Nr. 13 als noch zuzuordnendes Sondernutzungsrecht gekauft. Bei Vollzug des Bauträgerkaufvertrags wurde nun vonseiten des Grundbuchamtes vergessen, die erfolgte Zuweisung des Stellplatzes bei der erworbenen Wohnung zu vermerken. Dieser Fehler hätte von Notarseite im Rahmen der Vollzugskontrolle beanstandet werden müssen, was ebenfalls vergessen bzw. übersehen wurde. Bereits der Kaufpreis hätte strenggenommen gar nicht fällig gestellt werden dürfen, weil zweifelhaft ist, ob nach § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 MaBV eine Vormerkung am „Vertragsobjekt“ eingetragen war, wenn sich die Vormerkung nicht auch ausdrücklich auf das mitgekaufte Sondernutzungsrecht bezieht.<sup>5</sup>

Jahre später – ein genauer Zeitpunkt ist aus dem Beschluss nicht ersichtlich – wurde die fehlende Eintragung bemerkt. Höchstwahrscheinlich, weil die Wohnung weiterverkauft wurde und dem Eigentümer nunmehr auffiel, dass sein gekaufter Stellplatz Nr. 13 nirgends vermerkt ist. Ein Notar macht sich auf die Suche nach dem Stellplatz Nr. 13, deckt den Sachverhalt auf und möchte nunmehr den Fehler „reparieren“ und den Stellplatz Nr. 13 noch eintragen lassen. Dies verwehren sowohl Grundbuchamt als auch AG, erst vor dem KG als Beschwerdeinstanz hat man damit Erfolg.

Widmen wir uns nun der Dogmatik und der rechtlichen Fragestellungen zum Sachverhalt. Warum hatten Grundbuchamt und AG die Eintragung abgelehnt? Sie standen

mit dieser Ansicht auch gar nicht allein, vielmehr hat vor allem das OLG München die Eintragung in solchen Fallkonstellationen in einer ganzen Reihe von sich wiederholenden Beschlüssen ebenfalls abgelehnt.<sup>6</sup>

Das liegt an der schwer zu fassenden dogmatischen Struktur des Sondernutzungsrechtes als schuldrechtlicher Vereinbarung unter den Wohnungseigentümern (§ 10 Abs. 1 WEG), welche durch Grundbucheintragung zum Inhalt des Sondereigentums gemacht werden kann (§ 5 Abs. 4 Satz 1 WEG), damit eine Weitergeltung dieser schuldrechtlichen Vereinbarung auch gegenüber Sonderrechtsnachfolgern gewährleistet ist (§ 10 Abs. 3 Satz 1 WEG).<sup>7</sup> Die Komplexität erhöht sich bei der sog. „gestreckten Begründung“ eines Sondernutzungsrechts durch einen Zuweisungsvorbehalt in einem ersten Schritt und der erst zeitlich später erfolgenden Zuweisung des Rechts zu einem bestimmten Wohnungseigentum in einem zweiten Schritt. Beide Schritte werden im Grundbuch nachvollzogen, doch welcher Schritt bzw. welche Grundbucheintragung bewirkt was? Der erste Schritt bedeutet den Ausschluss des Mitgebrauchsrechts der Wohnungseigentümer an den zur Sondernutzung vorgesehenen Flächen unter der aufschiebenden Bedingung der späteren Zuweisung; dieser Ausschluss wirkt aufgrund Grundbucheintragung (durch Bezugnahme auf die Bewilligungsurkunde nach § 7 Abs. 3 Satz 1 WEG in allen Wohnungsgrundbüchern) gemäß § 10 Abs. 3 Satz 1 WEG auch gegenüber jedem Rechtsnachfolger.<sup>8</sup> Der zweite Schritt der Zuweisungserklärung und damit der Eintritt der aufschiebenden Bedingung spielen sich zunächst außerhalb des Grundbuchs ab. Im Grundbuch wird der Schritt dann dergestalt nachvollzogen, das allein auf dem Wohnungsgrundbuchblatt der begünstigten Wohnungs-

- 3 BGH, Urteil vom 02.12.2011, V ZR 74/11, NJW 2012, 676 Rdnr. 10; vgl. *Hügel/Elzer*, WEG § 10 Rdnr. 118 und 127; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 2912c.
- 4 BeckOK-WEG/*Bartholome*, Stand: 02.10.2023, § 16 Rdnr. 13; BeckOGK-WEG/*Falkner*, Stand: 01.05.2023, § 16 Rdnr. 47.
- 5 *Basty*, Der Bauträgervertrag, 10. Aufl. 2020, S. 142, Kapitel 4 Rdnr. 55; Würzburger Notarhandbuch/*Hertel*, 6. Aufl. 2021, Teil 2 Kapitel 3 Rdnr. 157. Da wird es im Einzelnen wirklich knifflig: Vertritt man die Auffassung, dass das Sondernutzungsrecht bereits abschließend mit der Zuordnungserklärung entstanden ist, so kann man auch die Vormerkung als umfassend eingetragen ansehen.

- 6 OLG München, Beschluss vom 27.05.2014, 34 Wx 149/14, MittBayNot 2014, 530; Beschluss vom 11.05.2012, 34 Wx 137/12, NJW-RR 2013, 135; Beschluss vom 18.04.2013, 34 Wx 363/12, NJOZ 2013, 1484; Beschluss vom 22.12.2017, 34 Wx 139/17, MittBayNot 2019, 567; Beschluss vom 11.06.2014, 34 Wx 172/14, BeckRS 2014, 13644; Beschluss vom 04.07.2014, 34 Wx 153/14, BeckRS 2014, 14195. Gleiche Ansicht OLG Zweibrücken, Beschluss vom 27.10.2021, 3 W 52/21, ZWE 2022, 81 Rdnr. 6 ff.; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 06.03.2018, 5 W 17/18, ZWE 2018, 206; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 25.06.2015, 20 W 54/15, BeckRS 2016, 2606; *Hügel/Elzer*, WEG, § 10 Rdnr. 131; *Hogenschurz*, ZfIR 2014, 717, 723, *Elzer*, NZM 2016, 529, 532 ff.; a. A. *Falkner*, ZNotP 2017, 260; Anm. zu OLG Hamm, Beschluss vom 16.06.2017, 15 W 474/16, MittBayNot 218, 342; Anm. zu OLG Zweibrücken, Beschluss vom 27.10.2021, 3 W 52/21, ZWE 2022, 82; BeckOGK-WEG, § 10 Rdnr. 410 ff.; *Schmidt*, ZWE 2012, 367, 369; *ders.*, MittBayNot 2015, 38 und sehr ausführlich *Rieger*, DNotZ 2020, 431 ff. Entgegen dem OLG München hat neben dem KG auch das OLG Hamm die Eintragung zugelassen: OLG Hamm, Beschluss vom 16.06.2017, 15 W 474/16, MittBayNot 2018, 340 Rdnr. 8 ff.
- 7 *Hügel/Elzer*, WEG, § 10 Rdnr. 121.
- 8 OLG Hamm, Beschluss vom 16.06.2017, 15 W 474/16, MittBayNot 2018, 340 Rdnr. 9.

eigentumseinheit<sup>9</sup> die Zuordnung des Sondernutzungsrechts vermerkt wird. Was diese Eintragung bzw. das Fehlen dieser Eintragung bedeutet, ist letztlich unklar.

So lässt auch das KG in Rdnr. 2 offen, ob es sich dabei lediglich um eine klarstellende Eintragung handelt, weil das verdinglichte Sondernutzungsrecht bereits zuvor vollständig entstanden ist (nämlich durch die Zuweisungserklärung, welche den Bedingungseintritt darstellt). Der Verfasserin erscheint eine lediglich klarstellende Eintragung naheliegend,<sup>10</sup> was aber gleichzeitig zu ungewollten Nebenwirkungen führen könnte. Eine nicht notwendige, lediglich klarstellende Eintragung müsste das Grundbuchamt nämlich gar nicht vornehmen. Es könnte sich auf eine fehlende Eintragungspflicht und den Schutz vor unnötigen, das Grundbuch überfrachtenden Eintragungen berufen.<sup>11</sup> Der notarielle Alltag zeigt jedoch, dass ein Grundbuchvermerk über ein zugeordnetes Sondernutzungsrecht – obgleich nicht zwingend im Eintragungsvermerk selbst notwendig<sup>12</sup> – eine hohe Bedeutung hat und dem Rechtsverkehr Klarheit sowie ein besseres Verständnis der Rechtsverhältnisse bietet.

Unabhängig davon, ob man die Eintragung der erfolgten Zuweisung zusätzlich zur bereits erfolgten Eintragung des aufschiebend bedingten Nutzungsausschlusses nun als notwendig oder als nur klarstellend ansieht: Das Grundbuchamt kann und darf die Eintragung nach § 19 GBO vornehmen, wenn der Betroffene die Eintragung bewilligt. Und hier, bei der Bestimmung des Bewilligungsbedingten, setzte die Unsicherheit ein.

Das Sondernutzungsrecht ist ein schuldrechtliches Recht (§ 10 Abs. 1 WEG) – und bleibt dies auch nach Grundbucheintragung. Es handelt sich nicht um ein eigenständiges dingliches Grundstücksrecht.<sup>13</sup> Die Grundbucheintragung ist nicht konstitutiv; sie führt allein die Rechtswirkung nach § 10 Abs. 3 Satz 1 WEG (Fortgeltung gegenüber Sonderrechtsnachfolgern) herbei. Das ist ungewohnt: bei „normalen“ dinglichen Grundstücksrechten oder auch

dem Eigentum selbst, bedarf jegliche Begründung und Rechtsänderung nach § 873 BGB der Grundbucheintragung, sodass der im Grundbuch eingetragene Berechtigte zugleich der Rechtsinhaber sein muss und eine Übertragung ohne Grundbucheintragung gar nicht möglich ist.<sup>14</sup> Das Sondernutzungsrecht kann als schuldrechtliches Recht auch ohne Grundbucheintragung übertragen werden, die Grundbucheintragung begründet den Rechtsübergang nicht, sondern folgt diesem nach. Dadurch kam der Gedanke auf, dass aufgrund der schuldrechtlichen Übertragungsmöglichkeit gar nicht feststellbar ist, wer derzeit Inhaber des Sondernutzungsrechts ist. Für die Eintragung des Sondernutzungsrechts wurde daher vorsorglich die Bewilligung sämtlicher Wohnungseigentümer gefordert, weil diese als potenzielle Erwerber des schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts betroffen sein könnten. Hinzu kam, dass nach § 5 Abs. 4 Satz 2 WEG i. V. m. §§ 877, 876 BGB dann auch die Zustimmung aller dinglich Berechtigten an den Wohnungseigentumseinheiten erforderlich war.

Die Annahme einer Betroffenheit sämtlicher Wohnungseigentümer führt indes in die Irre. Denn ausschlaggebend für § 19 GBO und für das Grundbuchamt ist alleine eine „dingliche“ Betroffenheit<sup>15</sup>, also durch einen dinglich Berechtigten in einer dinglichen Rechtsposition. Der Inhaber eines schuldrechtlichen Sondernutzungsrechts hat gerade keine schützenswerte Grundbuchposition, er kann nicht in einer dinglichen Rechtsstellung betroffen sein, weil er eine solche mit Sicherheit nicht hat.<sup>16</sup> Es fehlt am sachenrechtlichen Anknüpfungspunkt.

Das KG trägt gegen das Verlangen weiterer Bewilligungen prägnant drei Argumente vor:

- Die Wohnungseigentümer sind nicht nachteilig betroffen, weil in allen Wohnungsgrundbüchern eingetragen ist, dass die zur Sondernutzung vorgesehenen Parkflächen nicht benutzt werden dürfen. Dabei spielt es keine Rolle, ob die begehrte Eintragung der Zuordnung klarstellend oder rechtsändernd ist.
- Der längere Zeitablauf zwischen Zuordnung und Eintragung ist unbeachtlich, da es trotz möglicher Geschehnisse während dieser Zeitspanne (insbesondere Weiterübertragungen) jedenfalls an einer sachenrechtlichen Betroffenheit der übrigen Wohnungseigentümer fehlt.
- Bloßen Zweifeln hat das Grundbuchamt nicht nachzugehen.

Erfreulicherweise kann daher die Eintragung erfolgen und der Vollzugsfehler des ersten Abverkaufs kann bereinigt

9 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 2915; BayObLG, Beschluss vom 08.11.1985, BReg. 2 Z 119-122/84, BReg 2 Z 119/84, BReg 2 Z 120/84, BReg 2 Z 121/84, BReg 2 Z 122/84, DNotZ 1986, 479, 485.

10 So auch *Francastel*, RNotZ 2015, 385, 391 f.; vgl. OLG München, Beschluss vom 10.04.2013, 34 Wx 31/13, MittBayNot 2013, 378, 379; *Falkner*, ZNotP 2017, 251, 259 f.; a. A. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 2912a; OLG Schleswig, Beschluss vom 26.09.2016, 2 Wx 56/16, RNotZ 2017, 34, 38 f.; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 27.10.2021, 3 W 52/21, ZWE 2022, 81.

11 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 28. Das erscheint freilich nicht naheliegend. Trotzdem könnte man sagen: Wer sich auf Bedingungseintritte außerhalb des Grundbuches einlässt, muss dafür auch außerhalb des Grundbuches die Rechtsentstehung selbst prüfen.

12 Ein Sondernutzungsrecht muss nicht im Eintragungsvermerk selbst erscheinen, sondern es genügt die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung, § 7 Abs. 3 Satz 2 WEG.

13 BGH, Urteil vom 20.03.2020, V ZR 317/18, DNotZ 2021, 37 Rdnr. 30; Hugel/Elzer, WEG, § 10 Rdnr. 124; *Falkner*, ZNotP 2017, 252.

14 Ausnahmen gibt es natürlich auch hier: die Briefgrundschulden und Briefhypotheken.

15 BeckOK-GBO/*Holzer*, Stand: 01.11.2023, § 19 Rdnr. 59.

16 Nach einer Eintragung des Sondernutzungsrechtes wäre auch nicht „das Sondernutzungsrecht“ als betroffene Rechtsposition zu klassifizieren, sondern „das Sondereigentum“ als solches, zu dessen Inhalt das eingetragene Sondernutzungsrecht wird.



werden. Zur Abgrenzung zu anderen Sachverhalten sei nochmals betont, dass eine fehlende bzw. nicht rechtzeitige Zuordnungserklärung als solche grundsätzlich nicht nachgeholt werden kann.<sup>17</sup> Üblicherweise kann der Bau-träger eine Zuordnung nur so lange vornehmen, wie er selbst Wohnungseigentümer und damit Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft und Mit-Beteiligter der schuldrechtlichen Gemeinschaftsordnung ist.<sup>18</sup> Alles andere müsste sehr ausdrücklich in der Gemeinschafts-ordnung stehen und wäre ein Ausnahmefall. Die Zuord-nungserklärung muss dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden. Ebenfalls scheidet eine Eintragung, wenn der aufschiebend bedingte Aus-schluss vom Mitgebrauchsrecht und der Vorbehalt der Zuweisung nicht in der Gemeinschaftsordnung enthalten und eingetragen ist (Rdnr. 1 des Beschlusses). Ob der Bau-träger zusätzlich zur Zuordnung ausdrücklich die Ein-tragung bewilligt haben muss, ist etwas unklar. Das KG setzt Eintragungsbewilligung und Zuordnungserklärung in Rdnr. 5 gleich und macht Ausführungen dazu, dass die Bewilligungsberechtigung zum Zeitpunkt der Abgabe der Bewilligungs- und Zuordnungserklärung bestanden hat. Meines Erachtens ist eine Eintragung allein aufgrund der Zuordnungserklärung möglich, denn für eine Bewilligung wäre der Zeitpunkt der Eintragung entscheidend.<sup>19</sup> Im Eintragungszeitpunkt, also im Jahr 2022/2023, ist der Bau-träger nicht mehr bewilligungsbefugt; eine 2018 er-klärte Bewilligung kann nicht mehr verwendet werden. Dies führt zu dem – etwas merkwürdigen – Ergebnis, das eine Bewilligung für die Eintragung des Stellplatz-Son-dernutzungsrechts gar nicht erforderlich ist:<sup>20</sup> Der Nach-weis der wirksam (insbesondere rechtzeitig) erfolgten Zu-ordnungserklärung und ein Antrag des Begünstigten reichen meines Erachtens aus.<sup>21</sup>

Als Resümee dieser Entscheidung sei erneut daran erin-ner,<sup>22</sup> dass auf die komplexe gestreckte Begründung von Sondernutzungsrechten an Parkplätzen dank der WEG-Reform verzichtet werden kann. Ein Sachverhalt wie der des KG (bei dem es sich ersichtlich nicht um einen Einzel-fall handelt) kann bei Sondereigentum an Parkplätzen (§ 3 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 WEG) nicht entstehen; auch wissen wir hier dank § 4 Abs. 1 WEG (entsprechend § 873 BGB) genau, wann das Eigentum entsteht und wem es zusteht. Ein Zerfall in schuldrechtliches Recht und verdinglichte

Wirkung ist nicht zu befürchten. Beim Eigentum liegen die Dinge klarer und weniger komplex. Im Aufteilungsplan steht auf der Parkplatzfläche schlicht eine Aufteilungs-nummer, die das Eigentum zuweist. Diese Eigentumsein-heit kann flexibel zur Wohnung hinzu erworbenen werden und später weiterübertragen werden; sogar an eine Per-son, die nicht Mitglied der Wohnungseigentümergein-schaft ist. Eine versehentliche Doppelzuweisung von Parkflächen ist ausgeschlossen. Der Inhaber eines jeden Stellplatzes ist stets einfach zu ermitteln.<sup>23</sup> So einfach können die Dinge liegen: Ein Plädoyer fürs gute alte Ei-gentum, auch wenn es in der Gestalt des Freiflächen-Sondereigentums vermeintlich neu daherkommt.

23 Es bedarf keiner Liste des Bau-trägers oder der Durchsicht aller Abverkaufsverträge oder der Durchsicht aller Woh-nungsgrundbuchblätter.

## Bürgerliches Recht

### FAMILIENRECHT

#### 8. Inhaltskontrolle eines in Deutschland beurkundeten Ehevertrags, der einem vom Bundesverwaltungsamt veröffentlichten Mustertext „islamische Eheverträge“ entspricht

BGH, Beschluss vom 29.11.2023, XII ZB 531/22 (Vorinstanz: OLG Celle, Beschluss vom 14.12.2022, 15 UF 137/21)

BGB §§ 134, 138 Abs. 1, § 139

FamFG § 74 Abs. 2, § 74 Abs. 6 Satz 2, § 113 Abs. 1 Satz 2, § 115

GG Art. 3 Abs. 2, Art. 6 Abs. 1

ZPO § 256 Abs. 2

#### LEITSÄTZE:

1. **Zwar kann ein unausgewogener Vertragsinhalt ein In-diz für eine unterlegene Verhandlungsposition des benachteiligten Ehegatten sein; jedoch wird die An-nahme der Sittenwidrigkeit in der Regel nicht ge-rechtfertigt sein, wenn ansonsten außerhalb der Ver-tragsurkunde keine Umstände erkennbar sind, die auf eine subjektive Ungleichheit, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirt-schaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unter-legenheit, hindeuten. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Ein etwaiges Anliegen der Beteiligten, der gelebten Ehe einen von islamischen Rechtsgrundsätzen ge-prägten, mit deutschen Rechtsvorstellungen unver-einbaren Rahmen zu geben, führt nicht alleine dazu, die Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags mit salvatori-scher Klausel anzunehmen. (Leitsatz der Schriftlei-tung)**
3. **Wird die Sittenwidrigkeit einzelner Klauseln aus der Gesamtwürdigung eines einseitig belastenden Ehe-vertrags angenommen, so erfasst die Nichtigkeitsfol-**

17 OLG Hamm, Beschluss vom 16.06.2017, 15 W 474/16, MittBayNot 2018, 340: Ein fehlender Antrag kann dagegen nachträglich gestellt werden.

18 BGH, Urteil vom 02.12.2011, V ZR 74/11, NJW 2012, 676 Rdnr. 16; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.2019, I-3 Wx 69/19, NJW-RR 2020, 336 Rdnr. 23 ff.; OLG München, 10.04.2013, 34 Wx 31/13, MittBayNot 2013, 378, 379.

19 BeckOK-GBO/Holzer, § 19 Rdnr. 59.

20 Das ist insoweit stimmig, als ja aufgrund des universellen Nutzungsausschlusses aller Eigentümer eben niemand be-troffen ist.

21 An einer Bewilligung hat es in den bisher entschiedenen Sachverhalten jedoch auch nie gefehlt.

22 Falkner, ZWE 2022, 81, 84.

**ge den gesamten Vertrag trotz einer in den Vertrag aufgenommenen salvatorischen Klausel. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Die Beteiligten streiten im Rahmen des Scheidungsverbands in der Folgesache Güterrecht auf der Auskunftsstufe über die Wirksamkeit eines Ehevertrags und hierbei insbesondere der Vereinbarung von Gütertrennung.

2 Der Antragsteller, ein libanesischer Staatsangehöriger, und die Antragsgegnerin, deutsche Staatsangehörige, schlossen im September 1996 in Deutschland die Ehe. Zuvor hatten sie in Anwesenheit zweier muslimischer Zeugen einen notariellen Ehevertrag geschlossen, der weitgehend einem damals vom Bundesverwaltungsamt veröffentlichten Mustertext entspricht. Der Vertragstext enthält unter anderem eine Klausel, wonach die Beteiligten nach der Eheschließung ihren Wohnsitz in Deutschland beibehalten würden. Als Güterstand vereinbarten die Beteiligten Gütertrennung (...). Weiter sahen sie eine Verpflichtung des Antragstellers zur Zahlung einer – teilweise bei Eheschließung und im Übrigen bei Auflösung der Ehe fälligen – Morgengabe in Höhe von insgesamt 5.000 DM sowie einer bei Auflösung der Ehe fälligen „Abstandssumme“ von 1.000 DM vor. Zu den Voraussetzungen der Ehescheidung trafen die Beteiligten unter Ziffer II. d folgende Regelung:

„Ich, der Erschienene zu 1., ermächtige und bevollmächtige hiermit die Erschienene zu 2. als zukünftige Ehefrau, sich durch Scheidung aus dem ehelichen Band zu befreien, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, insbesondere in Fällen des Gesetzes, falls

- aa) der Ehemann eine andere Frau nimmt,
- ab) der Ehemann länger als drei Monate abwesend ist,
- ac) der Ehemann den Unterhalt für die Ehefrau nicht zahlt,
- ad) der Ehemann die Ehefrau in einem Grade misshandelt, dass das eheliche Zusammenleben unerträglich wird,
- ff) der Ehemann die Ehefrau an der Ausübung eines standesgemäßen Berufs hindert.“

3 Zum nahehelichen Unterhalt enthält der Vertrag unter Ziffer II. f folgende Regelung:

„Ich, der Erschienene zu 1., verpflichte mich hierdurch für den Fall einer Scheidung meiner Ehe mit der Erschienenen zu 2. aus meinem Verschulden der Erschienenen zu 2. einen standesgemäßen Unterhalt zu gewähren. Diese Verpflichtung soll eintreten, wenn der Ehemann die Scheidung veranlasst oder die Ehefrau die Ehescheidung aus einem der gesetzlichen und vorstehend vereinbarten in der Person des Ehemannes liegenden Gründe verlangt.“

4 Zum Sorgerecht für gemeinsame Kinder regelten die Beteiligten unter Ziffer II. g des Vertrags, dass die Antragsgeg-

nerin im Falle der Auflösung der Ehe dieses weiterhin innehaben sollte, und zwar für Söhne mindestens sieben Jahre und für Töchter mindestens neun Jahre nach der Geburt. Weiter heißt es dort:

„Die Kosten werden durch den Richter oder im Einvernehmen der Parteien festgesetzt.“

5 Unter Ziffer III. des Ehevertrags ist abschließend geregelt:

„1. Sollten einzelne Bestimmungen dieses Ehevertrags unwirksam sein oder werden, so wird davon die Wirksamkeit des übrigen Vertragsinhalts nicht berührt.

2. Wir, die Erschienenen zu 1. und 2., entbinden hierdurch den amtierenden Notar von jeder Haftung aus Nicht- oder Falschanwendung anderen als Deutschen Rechts“.

6 Die Beteiligten leben seit dem 30.08.2018 getrennt. Der Scheidungsantrag des Antragstellers ist der Antragsgegnerin am 25.07.2019 zugestellt worden. Die Antragsgegnerin hat einen Stufenantrag zur Folgesache Güterrecht gestellt, mit dem sie zunächst die Verpflichtung des Antragstellers begehrt, ihr Auskunft über sein Anfangs-, sein Trennungs- und sein Endvermögen zu erteilen und die Auskunft zu belegen. Dem ist der Antragsteller unter Hinweis auf die im Ehevertrag vereinbarte Gütertrennung entgegengetreten.

7 Das AG hat den Auskunftsantrag durch Teilbeschluss abgewiesen. Hiergegen hat die Antragsgegnerin Beschwerde eingelegt und ihre Anträge auf entsprechenden Hinweis des OLG auf erster Stufe um einen Zwischenfeststellungsantrag erweitert, mit dem sie die Feststellung begehrt, dass der Ehevertrag unwirksam sei. Hierauf hat das OLG festgestellt, dass der von den Beteiligten geschlossene Ehevertrag (insgesamt) unwirksam ist. Zudem hat es den Teilbeschluss des AG abgeändert und den Antragsteller auf erster Stufe zur Erteilung der begehrten Auskünfte und Vorlage von Belegen verpflichtet. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde begehrt der Antragsteller die Abweisung des Zwischenfeststellungsantrags und die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Beschlusses.

8 B. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das OLG.

9 I. Das OLG hat seine Entscheidung, die in FamRZ 2023, 927 veröffentlicht ist, wie folgt begründet:

10 Der von der Antragsgegnerin gestellte Feststellungsantrag sei gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG i. V. m. § 256 Abs. 2 ZPO zulässig. Bei dem Ehevertrag handele es sich um ein der Entscheidung über den Auskunftsanspruch vorgegriffliches Rechtsverhältnis, über das zur Vermeidung einer unzulässigen Teilentscheidung auf der ersten Stufe des Stufenverfahrens eine Zwischenfeststellung möglich und geboten sei. Der Ehevertrag sei insgesamt unwirksam. Grund hierfür sei allerdings nicht ein Verstoß gegen den ordre public, weil auf den Ehevertrag mangels ausdrücklicher oder stillschweigender Wahl ausländischen Rechts wegen des gewöhnlichen Aufenthalts beider Beteiligten in

Deutschland deutsches Recht anwendbar sei. Insbesondere sei dem Vertrag, auch wenn dessen Inhalt im Wesentlichen den Vorstellungen des islamischen Kulturkreises von Ehe und Familie entspreche und mit der Beteiligung zweier volljähriger männlicher Zeugen auch islamischen Formerfordernissen Rechnung getragen worden sei, eine stillschweigende Wahl des libanesischen Rechts nicht eindeutig zu entnehmen. Nichts anderes gelte wegen des Umstands, dass die Beteiligten den Notar von jeglicher Haftung aus „Nicht- oder Falschanwendung anderen als des Deutschen Rechts“ freigestellt hätten, sie mithin möglicherweise von einer Anwendbarkeit ausländischen Rechts ausgegangen seien oder dies zumindest für möglich gehalten hätten. Denn eine eindeutige Bezugnahme auf die Rechtsordnung eines bestimmten Staates fehle. Damit werde nicht deutlich, dass die Beteiligten die Geltung des libanesischen Familienrechts insgesamt hätten vereinbaren wollen. Zu berücksichtigen sei insoweit auch, dass der Mustertext des Bundesverwaltungsamts, dem der vorliegende Vertrag weitestgehend entspreche, für eine Eheschließung mit einem ägyptischen, syrischen oder jordanischen Mann und für den Fall entworfen worden sei, dass das eheliche Zusammenleben zumindest auch im Heimatland des Mannes stattfinden solle.

**11** Der danach gemäß § 138 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Wirksamkeitskontrolle halte der Ehevertrag in der Gesamtschau nicht stand. Bereits die Regelung über die Scheidungsvoraussetzungen unter Ziffer II. d des Ehevertrags sei aufgrund der damit verbundenen Einschränkung der unabdingbaren negativen Eheschließungsfreiheit wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 GG, §§ 1364 ff. BGB gemäß § 138 Abs. 1 und § 134 BGB unwirksam. Die Regelung ziele, auch wenn darin auf die gesetzlichen Voraussetzungen einer Ehescheidung Bezug genommen werde, wegen der im Einzelnen genannten Fallkonstellationen als Scheidungsvoraussetzung auf einen teilweisen Ausschluss des Scheidungsrechts der Ehefrau und damit eine Benachteiligung der Antragsgegnerin ab. Auch die Unterhaltsregelung unter Ziffer II. f des Ehevertrags sei nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weil sie eine einseitige und unzumutbare Lastenverteilung zwischen den Beteiligten bewirke. Denn die Antragsgegnerin werde durch sie gegenüber der gesetzlichen Lage in §§ 1569 ff. BGB erheblich schlechter gestellt, weil ein Anspruch auf nachehelichen Unterhalt von einem Verschulden des Antragstellers an der Ehescheidung oder vom Vorliegen eines der in Ziffer II. d des Vertrags angeführten Gründe abhängig gemacht werde. Durch die vereinbarte Morgengabe von 2.500 DM und die vom Antragsteller zu zahlende Abstandssumme von 1.000 DM werde dies nicht kompensiert. Die Regelung zum Sorgerecht widerspreche ebenfalls zum Nachteil der Antragsgegnerin der Gesetzeslage. Dieser sei schon nicht mit der erforderlichen Eindeutigkeit zu entnehmen, dass der Antragsteller während der Mindestdauer der elterlichen Sorge Betreuungsunterhalt für die Antragsgegnerin und Kindesunterhalt zu leisten habe. Auch in anderen Regelungen, die allerdings nicht den Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts betreffen, komme die mit Art. 3 Abs. 2 GG unvereinbare Grundkonzeption zum Ausdruck, dass die Ehefrau ihre Rechte vom Ehemann ableite, was die

Einseitigkeit der vertraglichen Bestimmungen bestätige.

**12** Die Nichtigkeit der Regelungen über die Voraussetzungen der Ehescheidung, den nachehelichen Unterhalt und die elterliche Sorge führe trotz der im Ehevertrag enthaltenen salvatorischen Klausel zur Nichtigkeit des gesamten Vertrags, weil die Gesamtwürdigung ergebe, dass dieser für die Antragsgegnerin ausnahmslos nachteilig sei. Damit sei auch die darin getroffene Regelung über die Gütertrennung unwirksam. Die Antragsgegnerin könne daher Auskunft vom Antragsteller über sein Anfangs-, Trennungs- und Endvermögen verlangen.

**13 II.** Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

(...)

**17 2.** Die Würdigung des Ehevertrags und damit auch der darin getroffenen Vereinbarung über die Gütertrennung als sittenwidrig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

**18 a)** Im Ausgangspunkt zutreffend ist das OLG allerdings zunächst davon ausgegangen, dass auf den vorliegenden Sachverhalt mangels eindeutiger und damit wirksamer Rechtswahl zugunsten ausländischen Rechts deutsches Sachrecht Anwendung findet. Dies lässt Rechtsfehler nicht erkennen und wird auch von den Beteiligten im Rechtsbeschwerdeverfahren nicht mehr in Frage gestellt.

**19 b)** Ebenfalls richtig ist die Annahme des OLG, dass die von den Beteiligten getroffene Vereinbarung der Gütertrennung bei isolierter Betrachtung keinen Wirksamkeitsbedenken unterliegt, weil das Güterrecht nicht dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts zuzuordnen ist und der Zugewinnausgleich daher – auch wegen der gesetzlich ausdrücklich vorgesehenen verschiedenen Güterstände – ehevertraglicher Gestaltung am weitesten zugänglich ist (grundlegend Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 602 ff.; vgl. auch Senatsbeschlüsse vom 20.06.2018, XII ZB 84/17, FamRZ 2018, 1415 Rdnr. 18 und vom 17.01.2018, XII ZB 20/17, FamRZ 2018, 577 Rdnr. 14 m. w. N.).

**20 c)** Bedenkenfrei und im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats ist das OLG überdies davon ausgegangen, dass sich die Unwirksamkeit einer Vereinbarung über die Gütertrennung, auch wenn sie bei isolierter Betrachtung den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht zu rechtfertigen vermag, trotz einer im Vertrag (...) enthaltenen salvatorischen Klausel gemäß § 139 BGB daraus ergeben kann, dass sich der Ehevertrag im Rahmen der nach § 138 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Gesamtwürdigung als insgesamt sittenwidrig erweist (st. Rspr.; vgl. etwa Senatsbeschlüsse vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, FamRZ 2020, 1347 Rdnr. 28, 38 m. w. N. und vom 17.01.2018, XII ZB 20/17, FamRZ 2018, 577 Rdnr. 23 m. w. N.).

**21 d)** Die Würdigung des Vertrags als sittenwidrig hält indes auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

**22 aa)** Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle hat der Tatrichter zunächst zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer



derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten (§ 138 Abs. 1 BGB). Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse beim Vertragsschluss abstellt, insbesondere also auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse, den geplanten oder bereits verwirklichten Zuschnitt der Ehe sowie auf die Auswirkungen auf die Ehegatten und etwaige Kinder. Subjektiv sind sodann die von den Ehegatten mit der Abrede verfolgten Zwecke sowie die sonstigen Beweggründe zu berücksichtigen, die die Ehegatten dazu bewogen haben, den Ehevertrag zu schließen. Das Verdikt der Sittenwidrigkeit wird dabei regelmäßig nur in Betracht kommen, wenn durch den Vertrag Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts ganz oder jedenfalls zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil für den anderen Ehegatten durch anderweitige Vorteile gemildert oder durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten, den von ihnen angestrebten oder gelebten Ehetyp oder durch sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt wird (vgl. Senatsurteil BGHZ 158, 81 = FamRZ 2004, 601, 606; Senatsbeschluss vom 29.01.2014, XII ZB 303/13, FamRZ 2014, 629 Rdnr. 17 m. w. N.; vgl. auch Senatsbeschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, FamRZ 2020, 1347 Rdnr. 19 m. w. N.).

**23** Das Gesetz kennt keinen unverzichtbaren Mindestgehalt an Scheidungsfolgen zugunsten des berechtigten Ehegatten, sodass auch aus dem objektiven Zusammenspiel einseitig belastender Regelungen nur dann auf die weiter erforderliche verwerfliche Gesinnung des begünstigten Ehegatten geschlossen werden kann, wenn die Annahme gerechtfertigt ist, dass sich in dem unausgewogenen Vertragsinhalt eine auf ungleichen Verhandlungspositionen basierende einseitige Dominanz eines Ehegatten und damit eine Störung der subjektiven Vertragsparität widerspiegelt. Eine lediglich auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung gegründete tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit lässt sich bei familienrechtlichen Verträgen indes nicht aufstellen. Ein unausgewogener Vertragsinhalt mag zwar ein gewisses Indiz für eine unterlegene Verhandlungsposition des belasteten Ehegatten sein. Gleichwohl wird das Verdikt der Sittenwidrigkeit in der Regel nicht gerechtfertigt sein, wenn außerhalb der Vertragsurkunde keine verstärkenden Umstände zu erkennen sind, die auf eine subjektive Imparität, insbesondere infolge der Ausnutzung einer Zwangslage, sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit oder intellektueller Unterlegenheit, hindeuten könnten (Senatsbeschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, FamRZ 2020, 1347 Rdnr. 29 m. w. N.).

**24** Bei Vorliegen derartiger Umstände würde indes auch die hier in den Vertrag aufgenommene salvatorische Klausel bei Nichtigkeit einzelner Vertragsklauseln nichts an der Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags und der damit einhergehenden Unwirksamkeit der Vereinbarung über die Gütertrennung ändern. Zwar ist eine salvatorische Klausel für die

Beurteilung der Frage, ob ein Ehevertrag auch ohne einzelne sittenwidrige und daher nichtige Vertragsbestandteile geschlossen worden wäre, nicht von vornherein ohne Bedeutung. Wenn sich das Verdikt der Sittenwidrigkeit aus der Gesamtwürdigung eines einseitig belastenden Ehevertrags ergibt, erfasst die Nichtigkeitsfolge aber notwendig den gesamten Vertrag, ohne dass eine Erhaltungsklausel hieran etwas ändern könnte. Denn in diesem Falle spiegelt sich auch in der Vereinbarung der Erhaltungsklausel selbst eine etwa auf ungleichen Verhandlungspositionen beruhende Störung der Vertragsparität zwischen den Ehegatten wider (Senatsbeschlüsse vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, FamRZ 2020, 1347 Rdnr. 38 m. w. N. und vom 17.01.2018, XII ZB 20/17, FamRZ 2018, 577 Rdnr. 23 m. w. N.). Nichts anderes gilt, wenn sich die Nichtigkeit von Einzelregelungen aus § 134 BGB ergibt und der Vertragsschluss Ausdruck einer Störung der Vertragsparität ist.

**25 bb)** Die Würdigung des Ehevertrags durch das OLG als insgesamt sittenwidrig und damit nichtig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB kann danach auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen keinen Bestand haben. Denn es fehlt, wie die Rechtsbeschwerde zu Recht beanstandet, an jeglichen Feststellungen zu den Voraussetzungen einer subjektiven Imparität, etwa aufgrund ungleicher Verhandlungspositionen der Beteiligten und sonstiger Randumstände bei Vertragsschluss, sowie an einer diesbezüglichen rechtlichen Würdigung.

**26 3.** Die Entscheidung ist auch nicht aus anderen Gründen richtig (§ 74 Abs. 2 FamFG), etwa weil – wie die Rechtsbeschwerdeerwiderung meint – sich die Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags bei Nichtigkeit einzelner Regelungen nach § 134 BGB bereits aus § 139 BGB und der bei Aufnahme mehrerer Regelungen in eine einheitliche Vertragsurkunde grundsätzlich geltenden Vermutung für einen Einheitlichkeitswillen der Vertragsschließenden (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 29.01.2014, XII ZB 303/13, FamRZ 2014, 629 Rdnr. 50 m. w. N.) ergäbe. Denn diese Vermutung greift vorliegend nicht ein, weil die Beteiligten durch Aufnahme der salvatorischen Klausel in den Vertrag eindeutig zu verstehen gegeben haben, dass im Zweifel keine Gesamtnichtigkeit des Vertrags gewollt ist. Die Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags folgt insbesondere auch nicht allein aus einem etwaigen Anliegen der Beteiligten, der gelebten Ehe einen von islamischen Rechtsgrundsätzen geprägten, mit deutschen Rechtsvorstellungen unvereinbaren Rahmen zu geben. Auch ein solches Motiv der Beteiligten würde nämlich der Wirksamkeit und isolierten Geltung einer mit deutschem Recht vereinbaren und in § 1414 BGB vom deutschen Recht gerade als Alternative zum gesetzlichen Güterstand vorgesehenen Gütertrennung aufgrund der salvatorischen Klausel grundsätzlich nicht entgegenstehen.

**27 III.** Die angefochtene Entscheidung ist daher gemäß § 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG aufzuheben und die Sache ist an das OLG zurückzuverweisen. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

**28** Die Zurückverweisung der Sache gibt dem OLG Gelegenheit, bei der Auslegung des Vertrags zu überprüfen, ob und ggf. inwieweit die ehevertraglichen Vereinbarungen

nach den Vorstellungen der Beteiligten neben das deutsche Gesetzesrecht treten sollten, etwa für den Fall, dass ein mit der Ehescheidung der Beteiligten oder einer sonstigen Auslegung des Ehevertrags befasstes Gericht libanesisches Recht anwendet (vgl. hierzu *Aiwanger*, FamRZ 2023, 931; *Finger*, FamRB 2023, 352, 354). Daneben wird es ggf. auch genauer in den Blick zu nehmen haben, inwieweit beiderseitige Unterhaltsansprüche ausgeschlossen sind und wie die Sorgerechtsregelung zu verstehen ist.

**29** Falls das OLG bei der Auslegung der Vereinbarung zu den Scheidungsvoraussetzungen zu dem gleichen Auslegungsergebnis wie in der angefochtenen Entscheidung kommt, ist zutreffend, dass die Regelung mit den zwingenden Scheidungsvoraussetzungen nach §§ 1564 ff. BGB unvereinbar wäre. Wegen des damit verbundenen Eingriffs in die in Art. 6 Abs. 1 GG verankerte negative Eheschließungsfreiheit verstieße sie dann gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB und wäre nicht nur mit einer einseitigen Benachteiligung der Antragsgegnerin verbunden, sondern nach deutschem Recht unwirksam. Mit Blick auf die Sorgeregelung unter Ziffer II. g des Ehevertrags wird zudem zu berücksichtigen sein, dass eine Vereinbarung der Eltern über die elterliche Sorge, die ohne Rücksicht auf das Wohl der gemeinsamen Kinder getroffen wird, gegen die guten Sitten verstoßen kann (vgl. Senatsurteil BGH Urteil vom 15.01.1986, IVb ZR 6/85, FamRZ 1986, 444, 445 m. w. N.). Hinsichtlich der Vereinbarung der Gütertrennung wird sich das OLG schließlich die Frage vorzulegen haben, ob diese für die Antragsgegnerin vor dem Hintergrund der seinerzeit erwarteten beidseitigen Vermögensentwicklung der Beteiligten überhaupt nachteilig war.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Jonas Bühler**, Neu-Ulm

Der Beschluss des BGH betrifft die Frage, welche Anforderungen an die Wirksamkeitskontrolle von Eheverträgen zu stellen sind. Bereits kurz nach der Veröffentlichung wurde diese Entscheidung dahin gehend interpretiert, dass der BGH nunmehr für die Wirksamkeitskontrolle von Eheverträgen ausnahmslos Imparität – also die ungleiche Verhandlungsposition eines Ehegatten – verlangen würde. Bei näherer Betrachtung indes zeigt sich jedoch, dass diese Euphorie bedauerlicherweise nicht gerechtfertigt ist.

### 1. Sachverhalt

Die Kernfrage des Beschlusses ist eingekleidet in einen etwas komplizierteren Sachverhalt mit Auslandsberührung. Im Jahr 1996 wurde in Anwesenheit zweier muslimischer Zeugen ein notarieller Ehevertrag beurkundet, der einem damals vom Bundesverwaltungsamt veröffentlichten Mustertext entsprach. In diesem Ehevertrag wurden insbesondere folgende Vereinbarungen getroffen:

- Gütertrennung
- die Verpflichtung zur Zahlung einer Morgengabe

- Regelungen zur Frage, wann sich die Ehefrau „durch Scheidung aus dem ehelichen Band befreien“ kann
- Regelungen zum nahehelichen Unterhalt (Verpflichtung zur Zahlung von Unterhalt seitens des Mannes nur, wenn Verschulden vorliegt)
- sorgerechtliche Vereinbarungen

Der Ehevertrag entsprach insgesamt den Vorstellungen des islamischen Rechtskreises. Der Vertrag enthielt eine salvatorische Klausel. Auf die – vom OLG Celle und BGH bejahte – Frage, ob deutsches Recht anzuwenden war, wird nachfolgend nicht weiter eingegangen.

Das OLG Celle hatte den Ehevertrag für *insgesamt nichtig* befunden, da die Gesamtwürdigung der Vereinbarungen ergeben würde, dass diese für die Ehefrau ausnahmslos nachteilig seien. Nur wegen der Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags sei damit *auch* die – isoliert nicht zu beanstandende – Regelung zur Gütertrennung unwirksam und der Ehemann wurde zur Auskunft über sein Anfangs-, Trennungs- und Endvermögen verpflichtet. Es sei bereits an dieser Stelle betont, dass das OLG Celle die Vereinbarung der Gütertrennung gerade nicht im Rahmen der isolierten Prüfung als sittenwidrig angesehen hatte. Vielmehr ergab sich nach Auffassung des OLG die Unwirksamkeit auch dieser Vereinbarung ausschließlich aus der *Gesamtwürdigung* des Ehevertrags. Schon auf der Stufe der isolierten Betrachtung wurden hingegen die Vereinbarungen zur Ehescheidung, zum Unterhalt und zur elterlichen Sorge für nichtig befunden.<sup>1</sup>

### 2. Zweistufiger Prüfungsmaßstab der Wirksamkeitskontrolle

Zum Verständnis der Entscheidung ist es entscheidend, sich die Prüfungsmaßstäbe zur Wirksamkeitskontrolle von Eheverträgen vor Augen zu führen, die der BGH in den letzten zwei Jahrzehnten<sup>2</sup> aufgestellt und konkretisiert hat.<sup>3</sup> Die Wirksamkeitskontrolle gemäß § 138 Abs. 1 BGB ist (ausschließlich) auf den Zeitpunkt des Vertragschlusses bezogen, wohingegen die – hier nicht weiter relevante – Ausübungskontrolle gemäß § 242 BGB auf den späteren Zeitpunkt der Geltendmachung der ehevertraglichen Regelungen abstellt.<sup>4</sup> Die Wirksamkeitskontrolle gemäß § 138 Abs. 1 BGB in ihrer Anwendung durch den BGH ist wiederum – und das ist der entscheidende

- 1 Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 14.12.2022, 15 UF 137/21, RNotZ 2023, 589 Rdnr. 70.
- 2 Begonnen mit der wegweisenden Entscheidung vom 11.2.2004, XII ZR 265/02, MittBayNot 2004, 270 m. Anm. *Brandt*.
- 3 Vgl. dazu *Bühler* in *Kölner Formularbuch Familienrecht*, 2024, Kap. 4 Rdnr. 30 ff.; *Reetz* in *Würzburger Notarhandbuch*, 6. Aufl. 2021, Teil 3 Kap. 1 Rdnr. 5 ff., Rdnr. 92 ff., Rdnr. 210 ff., Rdnr. 343 ff.; BeckOK-BGB/*Scheller/Sprink*, Stand: 01.11.2023, § 1408 Rdnr. 14 ff.
- 4 BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, MittBayNot 2013, 240, 243; Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, MittBayNot 2021, 256 Rdnr. 40.

Punkt zum Verständnis der Entscheidung – *zweigeteilt*.<sup>5</sup> Mitunter wird diese Zweistufigkeit der Sittenwidrigkeitskontrolle im Schrifttum zu undifferenziert wiedergegeben; der BGH legt sie jedoch eindeutig zugrunde und wiederholt dies auch in der hier besprochenen Entscheidung.<sup>6</sup>

a) Erste Stufe: Isolierte Prüfung der Einzelregelungen

Einerseits werden alle Regelungen des Ehevertrags *isoliert betrachtet* einer Wirksamkeitsprüfung unterzogen. Der restliche Ehevertrag wird in diesem Schritt ausgeblendet. Nur wenn bereits die einzelne Regelung – für sich betrachtet – im Zeitpunkt ihres Zustandekommens eine einseitige und nicht mehr gerechtfertigte Lastenverteilung zulasten eines Ehegatten darstellt, ohne dass die dadurch eintretenden Nachteile durch andere Vorteile gemildert werden bzw. durch die besonderen Verhältnisse der Ehegatten oder sonstige gewichtige Belange des begünstigten Ehegatten gerechtfertigt sind, ist diese Klausel nichtig.<sup>7</sup> Bei Vorliegen einer salvatorischen Klausel ist es gleichwohl möglich, dass die übrigen Regelungen des Ehevertrags Bestand haben,<sup>8</sup> sofern nicht eine Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags (dazu sogleich unter b)) besteht.

Obleich es richtigerweise auch für diese erste Prüfungsstufe des Vorliegens von Imparität bedarf, um zu einer Nichtigkeit der betreffenden Einzelregelung nach § 138 Abs. 1 BGB zu kommen,<sup>9</sup> haben einige OLG und insbe-

sondere der BGH eine solche Imparität bislang (und auch weiterhin) gerade nicht gefordert<sup>10</sup>. Dass der BGH rein objektiv und ohne das Erfordernis der Imparität prüft, zeigt nicht zuletzt die Rechtsfolgenebene: Nach Ansicht des BGH kann eine salvatorische Klausel vor der Gesamtnichtigkeit schützen, wenn sich ungleiche Verhandlungspositionen nicht feststellen ließen<sup>11</sup> – damit erwähnt er implizit, dass ohne ungleiche Verhandlungspositionen (Imparität) eine Nichtigkeit einzelner Bestimmungen denkbar sein muss.<sup>12</sup>

b) Zweite Stufe: Gesamtwürdigung aller Einzelregelungen in ihrer Zusammenschau

Andererseits wird der Ehevertrag in einem nachgelagerten Schritt einer *Gesamtwürdigung* unterzogen. Hierbei werden alle Regelungen in einer Gesamtschau daraufhin untersucht, ob (auch) gerade das objektive Zusammenwirken aller im Ehevertrag enthaltenen Regelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt.<sup>13</sup>

Um zu einer solchen Gesamtnichtigkeit zu gelangen, bedarf es neben der objektiven Benachteiligung unstreitig zudem der Unterlegenheit des benachteiligten Ehegatten (Imparität).<sup>14</sup> Diese kann sich insbesondere aus der Ausnutzung einer Zwangslage, aus sozialer oder wirtschaftlicher Abhängigkeit sowie aus (erheblicher) intellektueller Unterlegenheit ergeben.<sup>15</sup>

Liegt eine derartige Gesamtnichtigkeit vor – besteht also in der Zusammenschau aller Regelungen eine grob einseitige Benachteiligung des betroffenen Ehegatten und liegt zudem Imparität vor –, so ist der gesamte Ehevertrag unheilbar nichtig. Auch eine salvatorische Klausel hilft an-

5 Man könnte plakativ von einer „zweigeteilten Zweistufigkeitskontrolle“ sprechen, da einerseits zwischen Sittenwidrigkeits- und Ausübungskontrolle (§ 138 BGB und § 242 BGB) unterschieden wird, andererseits aber die Sittenwidrigkeitskontrolle ihrerseits ebenfalls zweigeteilt ist.

6 Vgl. Rdnr. 20 der besprochenen Entscheidung; ferner BGH, Urteil vom 09.07.2008, XII ZR 6/07, DNotZ 2009, 62 Rdnr. 13 ff. und Rdnr. 20 ff.; Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, MittBayNot 2013, 240, 241 f.; Beschluss vom 29.01.2014, XII ZB 303/13, NJW 2014, 1101 Rdnr. 38; Beschluss vom 20.03.2019, XII ZB 310/18, MittBayNot 2019, 508 Rdnr. 35; OLG Celle, Beschluss vom 09.03.2021, 17 UF 172/20, MittBayNot 2022, 351 Rdnr. 31; *Bühler* in Kölner Formularbuch Familienrecht, Kap. 4 Rdnr. 34 f.; *ders.*, NZFam 2023, 145, 146.

7 BGH, Urteil vom 09.07.2008, XII ZR 6/07, DNotZ 2009, 62 Rdnr. 13; Beschluss vom 08.10.2014, XII ZB 318/11, NJW 2015, 52 Rdnr. 20 f.; *Reetz* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 3 Kap. 1 Rdnr. 46 f.

8 BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, NJW 2013, 457 Rdnr. 31; OLG Celle, Beschluss vom 09.03.2021, 17 UF 172/20, MittBayNot 2022, 351 Rdnr. 40; *Bühler* in Kölner Formularbuch Familienrecht, Kap. 4 Rdnr. 39 ff.;

9 So etwa OLG Karlsruhe, Beschluss vom 31.03.2021, 5 UF 125/20, NJW-RR 2021, 654 Rdnr. 27; OLG Stuttgart, Beschluss vom 05.09.2019, 17 UF 54/18, BeckRS 2019, 45645 Rdnr. 41 (nachfolgend aber BGH, Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, NJW 2020, 3243); OLG Brandenburg, Beschluss vom 15.06.2022, 9 UF 221/21, NZFam 2022, 996; *Milzer*, NZFam 2021, 1024; *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 5. Aufl. 2020, Kap. 2 Rdnr. 286; BeckOK-BGB/*Scheller/Sprink*, § 1372 Rdnr. 18 und § 1408 Rdnr. 60; *Siede*, NZFam 2021, 136; hierzu ausführlich *Bühler*, NZFam 2023, 145.

10 OLG Celle, Beschluss vom 13.09.2018, 17 UF 28/18, NJW 2018, 3462 Rdnr. 25; Beschluss vom 09.03.2021, 17 UF 172/20, MittBayNot 2022, 351 Rdnr. 40; OLG Schleswig, Beschluss vom 28.09.2020, 15 UF 100/19, n. v. (S. 9 der Entscheidung); rein objektive Prüfung auch bei BGH, Urteil vom 09.07.2008, XII ZR 6/07, DNotZ 2009, 62 Rdnr. 18; Beschluss vom 29.01.2014, XII ZB 303/13, DNotZ 2014, 361 Rdnr. 20; Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, MittBayNot 2021, 256 Rdnr. 23.

11 BGH, Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, NJW 2013, 457 Rdnr. 31; Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, NJW 2020, 3243 Rdnr. 38.

12 Hierzu bereits *Bühler*, MittBayNot 2022, 307, 312; *ders.*, NZFam 2023, 145, 147.

13 BGH, Beschluss vom 17.01.2018, XII ZB 20/17, NJW 2018, 1015 Rdnr. 16; Beschluss vom 20.03.2019, XII ZB 310/18, NJW 2019, 2020 Rdnr. 35; *Bühler*, NZFam 2023, 145, 146.

14 BGH, Urteil vom 09.07.2008, XII ZR 6/07, DNotZ 2009, 62 Rdnr. 22; Beschluss vom 08.10.2014, XII ZB 318/11, DNotZ 2015, 131 Rdnr. 21; Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, MittBayNot 2021, 256 Rdnr. 28 f.

15 Rdnr. 23 der besprochenen Entscheidung; ferner BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, NJW 2013, 380 Rdnr. 24; *Reetz* in Würzburger Notarhandbuch, Teil 3 Kap. 1 Rdnr. 64; *Born*, LMK 2024, 804488 (unter 3. b)); Zu Maßnahmen bzgl. der Vermeidung des Vorliegens von Imparität vgl. *Bühler* in Kölner Formularbuch Familienrecht, Kap. 4 Rdnr. 111 ff.

erkanntermaßen insofern nicht, da sie ihrerseits nur die vorliegende Imparität widerspiegelt.<sup>16</sup>

### 3. Entscheidung des BGH

Hält man sich diese seit langem anerkannte Prüfungsstruktur der Wirksamkeitskontrolle gemäß § 138 Abs. 1 BGB vor Augen, so stellt sich die BGH-Entscheidung als reichlich unspektakulär dar.<sup>17</sup> Es überrascht demgemäß auch nicht, dass der BGH ausschließlich Floskeln bzw. Textbausteine aus bisherigen Entscheidungen wiedergibt.

#### a) Entscheidung betraf nur die zweite Prüfungsstufe

Es wurde bereits oben dargestellt, dass das OLG Celle die Gütertrennung nur deshalb für unwirksam befunden hatte, da es eine Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags auf der zweiten Prüfungsstufe bejaht hatte.<sup>18</sup> Das OLG Celle hatte jedoch keinerlei Feststellungen zur Imparität getroffen, die es für diese *zweite* Prüfungsstufe unstreitig zu beachten gilt. Der Umstand, dass der BGH die Entscheidung aufgehoben und zur erneuten Behandlung und Entscheidung an das OLG zurückverwiesen hat, vermag daher nicht zu überraschen.

Weder das OLG Celle noch der BGH hatten in Bezug auf die Vereinbarung der Gütertrennung eine isolierte Nichtigkeit (erste Stufe der Sittenwidrigkeitsprüfung) bejaht. Der BGH hat vielmehr die Annahme des OLG Celle, dass die Gütertrennung bei isolierter Betrachtung (erste Prüfungsstufe) aufgrund der (grundsätzlichen<sup>19</sup>) Kernbereichsferne des Güterrechts keinen Wirksamkeitsbedenken unterliegt, ausdrücklich bestätigt.<sup>20</sup> Die maßgeblichen Ausführungen des BGH bezogen sich ausschließlich auf die zweite Prüfungsstufe, mithin die Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags aufgrund der Gesamtschau der Regelungen. Dies zeigt sich bereits eindeutig, wenn der BGH die maßgeblichen Abschnitte seiner Entscheidung damit einleitet, dass das OLG zutreffend davon ausgegangen sei, „dass sich die Unwirksamkeit einer Vereinbarung über die Gütertrennung, auch wenn sie bei isolierter Betrachtung den Vorwurf der Sittenwidrigkeit nicht zu rechtfertigen vermag, trotz einer im Vertrag (...) enthaltenen salvatorischen Klausel gemäß § 139 BGB daraus ergeben kann, dass sich der Ehevertrag im Rahmen der nach § 138 Abs. 1 BGB vorzunehmenden Gesamtwürdigung als insgesamt sittenwidrig erweist“.<sup>21</sup>

16 Rdnr. 20 der besprochenen Entscheidung: vgl. auch BGH, Urteil vom 09.07.2008, XII ZR 6/07, NJW 2008, 3426 Rdnr. 24; Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, NJW 2013, 457 Rdnr. 31.

17 So zutreffend auch *Rumstadt*, FamRZ 2024, 512, 516.

18 Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 14.12.2022, 15 UF 137/21, RNotZ 2023, 589 Rdnr. 70 f.

19 Zu beachten ist jedoch die Funktionsäquivalenz bei der Unternehmerhehe, vgl. dazu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 12.12.2014, 20 UF 7/14, RNotZ 2015, 220, 223. *Münch*, NJW 2015, 288; *Bühler*, MittBayNot 2022, 307, 315; *ders.* in Kölner Formularbuch Familienrecht, Kap. 4 Rdnr. 108 ff.

20 Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung.

21 Rdnr. 20 der besprochenen Entscheidung.

Nach einer textbausteinartigen Wiedergabe der seit langem anerkannten Grundsätze zur Prüfung der Gesamtnichtigkeit eines Ehevertrags (zweite Stufe der Wirksamkeitskontrolle) stellt der BGH dann fest<sup>22</sup>:

„Die Würdigung des Ehevertrags durch das OLG als insgesamt sittenwidrig und damit nichtig im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB kann danach auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen keinen Bestand haben. Denn es fehlt, wie die Rechtsbeschwerde zu Recht beanstandet, an jeglichen Feststellungen zu den Voraussetzungen einer subjektiven Imparität, etwa aufgrund ungleicher Verhandlungspositionen der Beteiligten und sonstiger Randumstände bei Vertragsschluss, sowie an einer diesbezüglichen rechtlichen Würdigung.“

#### b) Bedeutung der Entscheidung

Liest man diese Passage in dem Kontext, der hier unzweifelhaft zugrunde liegt und den auch die Entscheidung des OLG Celle allein zulässt, so zeigt sich, dass der BGH keinerlei Aussage dahin gehend getroffen hat, dass es stets der Imparität bedürfe. Vielmehr hat er – was schon seit langem anerkannt ist – lediglich darauf hingewiesen, dass für die *zweite Stufe* der Sittenwidrigkeitsprüfung, welche danach fragt, ob der gesamte Ehevertrag unheilbar nichtig ist, auch Imparität gegeben sein muss. Die in der entscheidenden Randnummer wiedergegebenen Textbausteine zum Prüfungsmaßstab dieser Gesamtnichtigkeit auf zweiter Stufe sind ebenfalls schon unzählige Male so verwandt worden. Der Umstand, dass das OLG Celle hier unterlassen hatte, die Imparität zu prüfen – was auch dieses OLG bislang jedoch getan hatte<sup>23</sup> – könnte darauf zurückzuführen sein, dass die Einzelregelung zu den Voraussetzungen der Ehescheidung für gemäß § 134 BGB (und nicht gemäß § 138 BGB) unwirksam befunden wurde und ein Schwerpunkt der Entscheidung beim anwendbaren Recht lag. Hinsichtlich des ersten Aspekts entschied der BGH in einem kurzen Satz, dass auch bei der Nichtigkeit einer Einzelregelung nach § 134 BGB der Ehevertrag nur dann insgesamt nichtig ist (zweite Prüfungsstufe), wenn Imparität hinzutritt.<sup>24</sup>

Die umstrittene Frage, ob es auch für die *erste* Stufe der Sittenwidrigkeitsprüfung der Imparität bedarf,<sup>25</sup> hat der BGH nicht entschieden. Die hier besprochene Entscheidung bringt insofern keinerlei Neuerungen mit sich, da der BGH eindeutig allein zur zweiten Stufe der Sittenwidrigkeitsprüfung judiziert hat.

### 4. Ausblick

In Bezug auf das Erfordernis der Imparität ist die hier zu besprechende Entscheidung bei genauerer Analyse geradezu unspektakulär. Der BGH hat allein über die mögli-

22 Rdnr. 25 der besprochenen Entscheidung.

23 Vgl. etwa OLG Celle, Beschluss vom 13.09.2018, 17 UF 28/18, NJW 2018, 3462 Rdnr. 35 ff.; Beschluss vom 09.03.2021, 17 UF 172/20, MittBayNot 2022, 351 Rdnr. 40.

24 Rdnr. 24 der besprochenen Entscheidung.

25 Dazu ausführlich und m. w. N. *Bühler*, NZFam 2023, 145.

che Gesamtnichtigkeit des Ehevertrags auf *zweiter Stufe* der Sittenwidrigkeitskontrolle befunden. Insofern ist schon seit langem anerkannt, dass es neben einer groben Benachteiligung der Regelungen in ihrer Gesamtschau zusätzlich der Unterlegenheit des benachteiligten Ehegatten (Imparität) bedarf. Der spannenden und umstrittenen Frage, ob es auch für die erste Stufe der Sittenwidrigkeitsprüfung – bezogen auf die eventuelle (isolierte) Nichtigkeit *einzelner Regelungen* – der Imparität bedarf, hat sich der BGH nicht gewidmet.

Der Kautelarjurist muss weiterhin damit rechnen, dass im Rahmen der ersten Stufe der Sittenwidrigkeitskontrolle eine Unwirksamkeit einzelner Klauseln des Ehevertrags (bei deren isolierter Betrachtung) auch dann droht, wenn Vertragsparität, also gerade keine Imparität, zwischen den Ehegatten vorliegt.<sup>26</sup> Nach Ansicht des BGH kann insbesondere der Ausschluss des Versorgungsausgleichs bei jungen Ehegatten, die einen Kinderwunsch hegen (bzw. denen ein solcher Wunsch unterstellt wird<sup>27</sup>), bereits der isolierten Prüfung nicht standhalten, ohne dass hierfür Imparität vorausgesetzt wird.<sup>28</sup> Anders als bei der Gesamtwürdigung (zweite Stufe) kann eine salvatorische Klausel insofern aber zumindest die übrigen Klauseln des Ehevertrags retten, was der BGH erneut bestätigt hat.

26 Zum praktischen Vorgehen vgl. *Bühler*, MittBayNot 2022, 307, 313 ff.

27 Dazu *Bühler*, MittBayNot 2022, 307, 309 f.

28 BGH, Urteil vom 09.07.2008, XII ZR 6/07, DNotZ 2009, 62 Rdnr. 17: „Ein Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist nach § 138 Abs. 1 BGB unwirksam, wenn er dazu führt, dass ein Ehegatte aufgrund des schon beim Vertragsschluss geplanten Zuschnitts der Ehe über keine hinreichende Alterssicherung verfügt und dieses Ergebnis mit dem Gebot ehelicher Solidarität schlechthin unvereinbar erscheint“; quasi wortgleich BGH, Beschluss vom 27.05.2020, XII ZB 447/19, MittBayNot 2021, 256 Rdnr. 23. Das Erfordernis der Imparität wird hier gerade nicht genannt, vgl. dazu näher und m. w. N. BeckOK-BGB/*Scheller/Sprink*, § 1408 Rdnr. 33; *Bühler*, MittBayNot 2022, 307, 310-312; *ders.*, NZFam 2023, 145, 146 f.

## 9. Feststellung eines Anspruchs auf Unterhaltsleistung als Nachlassverbindlichkeit im Nachlassinsolvenzverfahren

OLG Celle, Urteil vom 20.03.2023, 6 U 36/22

BGB § 1586b Abs. 1, §§ 1922, 1933 Satz 3, § 1967

InsO §§ 38, 39 Abs. 1 Nr. 1, §§ 40, 41 Abs. 2 Satz 2, §§ 45, 46 Satz 2, § 174 Abs. 3 Satz 1, § 325

ZPO §§ 323, 543 Abs. 2 Satz 1

### LEITSÄTZE:

1. Die Vorschrift des § 1586b BGB findet auf selbstständige Unterhaltsvereinbarungen geschiedener Ehegatten keine Anwendung.
2. Passiv vererbliche Unterhaltsansprüche können als Nachlassverbindlichkeit im Nachlassinsolvenzverfahren gemäß § 40 Satz 1 InsO auch für die Zeit nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens für die Zukunft geltend gemacht werden.

## Bürgerliches Recht

### ERBRECHT

## 10. Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft außerhalb des Insolvenzverfahrens

BGH, Beschluss vom 28.09.2023, IX ZA 14/23 (Vorinstanz: LG Passau, Endurteil vom 29.06.2023, 3 S 20/23)

InsO § 84 Abs. 1 Satz 1

### LEITSÄTZE:

1. Ist der Schuldner Miterbe in einer nicht auseinandergesetzten Erbengemeinschaft, erfolgt die Auseinandersetzung außerhalb des Insolvenzverfahrens nach den Vorschriften des BGB.
2. Ist dem Schuldner vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens eine Erbschaft angefallen oder geschieht dies während des Verfahrens, so steht neben der Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft auch die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist nur dem Schuldner zu.

## 11. Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten nach Ausschlagung seines Erbteils

BGH, Urteil vom 30.11.2022, IV ZR 60/22 (Vorinstanz: OLG Stuttgart, Urteil vom 13.01.2022, 19 U 28/21)

BGB § 2306 Abs. 1, § 2314 Abs. 1

### LEITSATZ:

**Einem Pflichtteilsberechtigten steht auch nach Ausschlagung seines Erbteils gemäß § 2306 Abs. 1 BGB ein Auskunftsanspruch gemäß § 2314 Abs. 1 BGB zu.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**6** Da der Kläger trotz ordnungsgemäßer Ladung im Revisionsstermin nicht vertreten war, ist über die Revision des Beklagten durch Versäumnisurteil zu entscheiden. Das Urteil beruht inhaltlich nicht auf der Säumnis, sondern auf einer sachlichen Prüfung des Antrags (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 25.10.2011, VI ZR 93/10, BGHZ 191, 219, juris Rdnr. 8 m. w. N.).

**7** Die Revision hat keinen Erfolg.

**8 I.** Nach Auffassung des Berufungsgerichts hat das LG zu Recht einen Auskunftsanspruch des Klägers aus § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB bejaht. Auskunftsgläubiger nach § 2314 BGB sei auch der Pflichtteilsberechtigte, der – wie hier – nach § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB sein Erbe ausgeschlagen und den Pflichtteilsanspruch behalten habe. Der Beklagte sei als (Mit-)Erbe nach § 2314 Abs. 1 BGB auskunftsverpflichtet. Inhalt und Umfang der Auskunftspflicht ergäben sich aus § 2314 Abs. 1 BGB.

**9** Der Ansicht der Berufung, wonach der Auskunftsanspruch in untrennbarem Zusammenhang mit dem Zahlungsanspruch stehe, könne gefolgt werden. Daraus ergäbe sich aber nicht, dass der Kläger nicht aktivlegitimiert sei. Er habe seinen Pflichtteilsanspruch zwar durch Vergleich an seine Stieftochter abgetreten, die Abtretung sei aber der Höhe nach auf einen Betrag von 12.000 € nebst Zinsen begrenzt gewesen. Schon aus diesem Grund könne der Kläger weiterhin Auskunft verlangen. Hinzukomme, dass ihm in der Vereinbarung die Verpflichtung auferlegt (und das Recht vorbehalten) worden sei, seinen Pflichtteilsanspruch rechtlich zu verfolgen. Der Kläger habe nicht die Befugnis verloren, seinen Auskunftsanspruch gegen den Beklagten geltend zu machen und im Anschluss Zahlung auf einen eventuellen Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsanspruch (ggf. an die Stieftochter) zu verlangen, weil der Beklagte darüber informiert worden sei, dass eine Abtretung stattgefunden habe und Zahlungen an die Stieftochter zu erfolgen hätten.

**10 II.** Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

**11 1.** Die Klage ist entgegen der Ansicht der Revision zulässig; der Kläger ist prozessführungsbefugt.

**12 a)** Ein Kläger ist prozessführungsbefugt, wenn er berechtigt ist, über das behauptete (streitige) Recht einen Prozess

als Partei im eigenen Namen zu führen (BGH, Urteil vom 07.07.2021, VIII ZR 52/20, NJW-RR 2021, 1400 Rdnr. 23 m. w. N.). Derjenige, der behauptet, Inhaber eines bestimmten Rechts zu sein, hat prozessual die Befugnis, dieses Recht im eigenen Namen einzuklagen (vgl. BGH, Urteile vom 16.07.2021, V ZR 284/19, NZM 2021, 717 Rdnr. 13; vom 08.02.2019, V ZR 153/18, NJW 2019, 3446 Rdnr. 8). Zu unterscheiden von der die Zulässigkeit der Klage betreffenden Frage, ob einem Kläger die Befugnis zusteht, Ansprüche selbstständig geltend zu machen, ist die Frage nach der materiellen Inhaberschaft des Rechts (Aktivlegitimation; vgl. BGH, Urteil vom 13.10.2017, V ZR 45/17, NJW-RR 2018, 333 Rdnr. 6).

**13 b)** Danach ist der Kläger hier berechtigt, den behaupteten Auskunftsanspruch im eigenen Namen einzuklagen. Auch wenn er den von ihm geltend gemachten Pflichtteilsanspruch i. H. v. 12.000 € an seine Stieftochter abgetreten hat (§ 398 BGB), hat er in der Klageschrift und im weiteren Verfahren behauptet, der Auskunftsanspruch stehe ihm zu. Ob diese Ansicht zutreffend ist, ist keine Frage der Prozessführungsbefugnis, sondern eine solche der Aktivlegitimation des Klägers.

**14 2.** Die Klage hat in der Sache Erfolg.

**15 a)** Das Berufungsgericht hat zu Recht einen Auskunftsanspruch des Klägers aus § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB angenommen.

**16 aa)** Ob ein Pflichtteilsberechtigter nach Ausschlagung seines Erbteils gemäß § 2306 Abs. 1 Hs. 1 BGB nicht Erbe im Sinne von § 2314 Abs. 1 BGB ist, ist umstritten.

**17** Nach einer Auffassung ist § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht auf Personen anzuwenden, die erst durch Ausschlagung des Erbes nicht als Erben anzusehen sind (vgl. OLG Celle, ZEV 2006, 557 unter I. 1., juris Rdnr. 3 f.; Jauernig/Stürner, BGB, 18. Aufl., § 2314 Rdnr. 1). Nach dieser – auch Ausschlagungen nach § 2306 Abs. 1 Hs. 1 BGB betreffenden – Ansicht dürfe die Ausschlagung des Erbes durch den späteren Kläger nicht dazu dienen, seine Stellung im Auskunftsverfahren gegenüber dem Erben zu verbessern und ihm Rechte einzuräumen, die ihm als Miterbe nicht zustünden. Die Unterscheidung zwischen dem pflichtteilsberechtigten Nichterben und dem pflichtteilsberechtigten Miterben, die das Gesetz vornehme, dürfe nicht dadurch unterlaufen werden, dass der nur unter eingeschränkten Voraussetzungen mit Auskunftsansprüchen ausgestattete Miterbe die Erbschaft ausschlage, um sich einen von weiteren Voraussetzungen unabhängigen Auskunftsanspruch gegen den (Mit-) Erben zu verschaffen (OLG Celle, a. a. O., juris Rdnr. 4).

**18** Nach der überwiegenden, auch vom Berufungsgericht vertretenen Auffassung steht einem Pflichtteilsberechtigten nach Ausschlagung seines Erbteils gemäß § 2306 Abs. 1 Hs. 1 BGB ein Auskunftsanspruch aus § 2314 Abs. 1 BGB zu (vgl. OLG Schleswig, ZEV 2015, 109 Rdnr. 11 f., 22 ff.; OLG Naumburg, ZEV 2015, 114 Rdnr. 10 ff.; OLG Karlsruhe, ZEV 2008, 39 unter II., juris Rdnr. 7 ff.; OLG Brandenburg, ZErB 2004, 132 f., juris Rdnr. 24, 26; BeckOK-BGB/Müller-Engels, Stand: 01.08.2022, § 2314 Rdnr. 3; BeckOGK-BGB/Blum/Heuser, Stand: 01.11.2021, § 2314 Rdnr. 19, 20.2;

Burandt/Rojahn/*Horn*, Erbrecht, 4. Aufl., § 2314 Rdnr. 6; Dauner-Lieb/Grziwotz/*Würdinger*, Pflichtteilsrecht, 3. Aufl., § 2314 Rdnr. 5; jurisPK-BGB/*Birkenheier*, Stand: 10.01.2022, § 2314 Rdnr. 10; NK-BGB/*Bock*, Erbrecht, 6. Aufl., § 2314 Rdnr. 12; MünchKomm-BGB/*Lange*, 9. Aufl., § 2314 Rdnr. 65; Schlitt/Müller-Engels/*Blum*, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 22, 25; Schulze/*Hoeren*, BGB, 11. Aufl., § 2314 Rdnr. 4; Staudinger/*Herzog*, Neub. 2021, § 2314 Rdnr. 91; *Damrau*, ZEV 2006, 557). Werde eine Erbschaft ausgeschlagen, gelte der Anfall an den Ausschlagenden gemäß § 1953 Abs. 1 BGB als nicht erfolgt. Es sei nicht einzusehen, warum der als Erbe eingesetzte Pflichtteilsberechtigte, der die Erbschaft ausschlage, zwar nach § 2306 Abs. 1 BGB den Pflichtteil verlangen könne, ihm aber – anders als dem enterbten Pflichtteilsberechtigten – der Auskunftsanspruch nach § 2314 Abs. 1 BGB nicht zustehe (vgl. OLG Schleswig, a. a. O. Rdnr. 22; OLG Naumburg, a. a. O. Rdnr. 12).

**19 bb)** Letztere Auffassung trifft zu. Ein Pflichtteilsberechtigter ist nach Ausschlagung seines Erbteils gemäß § 2306 Abs. 1 Hs. 1 BGB nicht Erbe im Sinne von § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB und der Auskunftsanspruch aus § 2314 Abs. 1 BGB steht ihm zu.

**20 (1)** Dafür sprechen schon der Wortlaut des § 2314 Abs. 1 BGB sowie die Gesetzessystematik.

**21 (a)** § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB setzt voraus, dass der Pflichtteilsberechtigte „nicht Erbe ist“. Die Vorschrift differenziert nicht nach dem Grund der fehlenden Erbenstellung. Ihr Wortlaut umfasst sowohl die Enterbung des Pflichtteilsberechtigten als auch dessen Erbausschlagung nach § 2306 Abs. 1 Hs. 1 BGB.

**22 (b)** Ohne Erfolg wendet die Revision ein, bei einer Ausschlagung nach § 2306 Abs. 1 Hs. 1 BGB sei der Pflichtteilsberechtigte zum Zeitpunkt des Erbfalls noch Erbe gewesen. Zum einen verlangt § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB nur, dass der Pflichtteilsberechtigte nicht Erbe „ist“, nicht aber, dass er dieses zu keiner Zeit war. Zum anderen ist der „vorläufige Erbe“, der seinen Erbteil wirksam ausgeschlagen hat, nach § 1953 Abs. 1 BGB materiellrechtlich von Anfang an als Nichterbe anzusehen, worauf das Berufungsgericht zu Recht hinweist. Die Erbschaft fällt gemäß § 1953 Abs. 2 BGB dem Nächstberufenen an, der vom Erbfall an (rückwirkend) als Erbe gilt und unmittelbarer Rechtsnachfolger des Erblassers ist (vgl. Senatsurteil vom 08.02.1989, IVa ZR 98/87, BGHZ 106, 359 unter III., juris Rdnr. 18).

**23** Anders als die Revision meint, spricht auch § 1959 BGB nicht gegen, sondern für diese Auslegung. Während § 1959 Abs. 2 und 3 BGB im Hinblick auf die Wirksamkeit von Rechtsgeschäften, die der vorläufige Erbe für den Nachlass getätigt hat oder die diesem gegenüber mit Wirkung für den Nachlass vorgenommen worden sind, Ausnahmen von der rückwirkenden Wirkung der Ausschlagung nach § 1953 Abs. 1 BGB vorsieht (vgl. Senatsurteil vom 08.02.1989, a. a. O.; BGH, Urteil vom 16.05.1969, V ZR 86/68, NJW 1969, 1349 unter 2. b), juris Rdnr. 14; zu § 2056 BGB-E Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band V, Erbrecht, 1888, S. 537 f.), fehlt eine

vergleichbare Ausnahmeregelung in Bezug auf das Auskunftsrecht gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB.

**24** Entgegen der Ansicht der Revision ist für die Nichterbenstellung nach § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB auch nicht gemäß § 1922 Abs. 1 BGB auf den Zeitpunkt des Erbfalls abzustellen. Gemäß § 1942 Abs. 1 BGB steht der Von-selbst-Erwerb des berufenen Erben nach §§ 1922, 1942 BGB (vgl. Senatsurteil vom 19.01.2011, IV ZR 7/10, BGHZ 188, 96 Rdnr. 27) unter dem Vorbehalt, dass dieser sein Erbe nicht – wie der Kläger – ausschlägt.

**25** Das Auskunftsrecht des seinen Erbteil gemäß § 2306 Abs. 1 Hs. 1 BGB ausschlagenden Pflichtteilsberechtigten unterläuft auch nicht – wie die Revision geltend macht (vgl. auch OLG Celle, ZEV 2006, 557 unter I. 1., juris Rdnr. 4) – eine vom Gesetz vorgenommene Unterscheidung zwischen dem pflichtteilsberechtigten Nichterben und dem pflichtteilsberechtigten Miterben. Systematisch ist die Annahme eines Auskunftsrechts vielmehr folgerichtig, weil der Ausschlagende gemäß § 2306 Abs. 1 Hs. 1 BGB, § 1953 Abs. 1 BGB als pflichtteilsberechtigter Nichterbe anzusehen ist.

**26 (2)** Die eindeutige Entstehungsgeschichte des § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB bestätigt diese Auslegung. Nach Ansicht der Ersten Kommission sollte die Auskunftspflicht des Erben nach § 1988 Abs. 1 Satz 1 BGB-E alle in Betracht kommenden Fälle umfassen, insbesondere auch den, dass der Pflichtteilsberechtigte als Erbe eingesetzt ist, aber wegen der ihm auferlegten Beschwerden oder Beschränkungen gemäß § 1981 BGB-E ausschlägt (vgl. zu § 1988 BGB-E Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band V, Erbrecht, S. 409; *Horn*, Materialienkommentar Erbrecht, § 2314 Rdnr. 2).

**27 (3)** Entgegen der Auffassung der Revision machen der Sinn und Zweck des § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB keine einschränkende Auslegung der Regelung erforderlich.

**28 (a)** Bei den Ansprüchen aus § 2314 Abs. 1 BGB handelt es sich um unselbstständige Hilfsansprüche, die es dem Pflichtteilsberechtigten ermöglichen sollen, sich die notwendigen Kenntnisse zur Bemessung des Pflichtteilsanspruchs zu verschaffen (vgl. Senatsurteil vom 01.12.2021, IV ZR 189/20, ZEV 2022, 84 Rdnr. 20 m. w. N.; MünchKomm-BGB/*Lange*, § 2314 Rdnr. 66). Wenn das Gesetz dem Pflichtteilsberechtigten auch für den Fall einer Erbausschlagung nach § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB einen solchen Pflichtteilsanspruch einräumt, ist – wie das Berufungsgericht richtig ausgeführt hat – kein Grund erkennbar, warum ihm nicht zugleich die Hilfsansprüche aus § 2314 Abs. 1 BGB zustehen sollen (vgl. OLG Schleswig, ZEV 2015, 109 Rdnr. 22; OLG Naumburg, ZEV 2015, 114 Rdnr. 12; MünchKomm-BGB/*Lange*, a. a. O. Rdnr. 65; *Damrau*, ZEV 2006, 557, 558).

**29 (b)** Zu Unrecht wendet die Revision ein, der Pflichtteilsberechtigte bedürfe im Falle einer Erbausschlagung nach § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB keines Auskunftsanspruchs nach § 2314 Abs. 1 BGB, weil ihm bis zur Ausschlagung die Auskunftsrechte eines (vorläufigen) Miterben zustünden.

**30** Der vorläufige Erbe muss bis zur Ausschlagung seines Erbteils schon keinen Anlass haben, die Höhe eines aus der

Ausschlagung folgenden Pflichtteilsanspruchs zu ermitteln. Die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft wird nicht immer nur nach rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten getroffen. Hierfür können auch persönliche Überlegungen, etwa ein besonderes Näheverhältnis zum Erblasser oder der Ruf und das Ansehen der Beteiligten, eine Rolle spielen (vgl. Senatsbeschluss vom 16.03.2022, IV ZB 27/21, ZEV 2022, 341 Rdnr. 12). Schlägt der Pflichtteilsberechtigte seinen Erbteil gemäß § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB aus einem solchen Motiv aus, ist er zur späteren Ermittlung der Höhe des Pflichtteilsanspruchs auf die Informationen des Erben über den Bestand und Wert des Nachlasses angewiesen.

**31** Selbst wenn der vorläufige Erbe seinen Erbteil aus wirtschaftlichen Erwägungen ausschlägt, braucht er es nicht für nötig zu halten, die genaue Höhe seines Pflichtteilsanspruchs zu ermitteln. Ihm kann es beispielsweise genügen, den Wert seines Erbteils und die Höhe seines Pflichtteilsanspruchs zur Vermeidung einer Entscheidung „ins Blaue hinein“ nur ungefähr in Erfahrung zu bringen und dadurch in Relation setzen zu können (vgl. Staudinger/Otte, § 2306 Rdnr. 46). Für eine exakte Berechnung kann sich die nach § 1944 Abs. 1 BGB sechswöchige Ausschlagungsfrist im Einzelfall als knapp erweisen. Im Rahmen einer Ausschlagung nach § 2306 Abs. 1 Satz 1 BGB muss der vorläufige Erbe hierfür nicht nur die Vermögensverhältnisse des Erblassers und die Höhe seines Pflichtteilsanspruchs, sondern auch die Tragweite der vom Erblasser angeordneten Beschränkungen und Beschwerden einschätzen (vgl. Staudinger/Otte, Neub. 2017, § 1944 Rdnr. 3a; Staudinger/Otte, Neub. 2021, § 2306 Rdnr. 46).

**32** (c) Ohne Erfolg macht die Revision geltend, dass die Rechtsstellung des seinen Erbteil nach § 2306 Abs. 1 1. Hs. BGB ausschlagenden Pflichtteilsberechtigten durch den Auskunftsanspruch nach § 2314 Abs. 1 BGB verbessert würde und ihm damit im Auskunftsverfahren mehr Rechte als dem Miterben zustünden (vgl. OLG Celle, ZEV 2006, 557 unter I. 1., juris Rdnr. 4). Da der Pflichtteilsberechtigte nach der Ausschlagung selbst keinen Zugriff auf den Nachlass mehr hat, benötigt er zur Berechnung seines Anspruchs die weiterreichenden Auskunftsrechte des § 2314 Abs. 1 BGB. Seine tatsächliche Lage ist nicht mit der eines Miterben vergleichbar, sondern mit der eines pflichtteilsberechtigten Nichterben nach § 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB. Warum diesem die Auskunftsansprüche des § 2314 Abs. 1 BGB zustehen sollen, dem Pflichtteilsberechtigten nach der Ausschlagung hingegen nicht (vgl. auch OLG Naumburg, ZEV 2015, 114 Rdnr. 12; jurisPK-BGB/Birkenheier, § 2314 Rdnr. 10), vermag die Revision nicht aufzuzeigen.

**33** cc) Soweit die Revision rügt, es hätten keine Beschränkungen oder Beschwerden im Sinne von § 2306 Abs. 1 Hs. 1 BGB vorgelegen, dringt sie damit nicht durch. Das Berufungsgericht hat gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO wegen der Einzelheiten des Sachverhalts auf die Feststellungen des LG Bezug genommen, wonach das Testament unter anderem für den Beklagten Grundstücksvermächtnisse enthielt und er zum Testamentsvollstrecker bestellt worden ist. In seinen Entscheidungsgründen hat es zudem selbst

festgestellt (vgl. BGH, Urteil vom 03.02.2016, XII ZR 29/13, NZG 2016, 547 Rdnr. 38 m. w. N.), dass der Kläger seinen Erbteil gemäß § 2306 Abs. 1 Hs. 1 BGB ausgeschlagen hat. Das Revisionsgericht ist an diese Feststellungen gebunden (§§ 314, 559 ZPO).

**34** Ohne Erfolg wendet die Revision ein, der Kläger habe nicht dargelegt, seinen Erbteil wegen Beschränkungen oder Beschwerden des Nachlasses ausgeschlagen zu haben. Darauf kommt es nicht an. Wie bereits ausgeführt, kann die Ausschlagung gemäß § 2306 Abs. 1 Hs. 1 BGB ebenfalls auf anderen Motiven beruhen als den Beschränkungen oder Beschwerden im Sinne dieser Vorschrift. Ihre Erklärung gegenüber dem Nachlassgericht nach § 1945 Abs. 1 Hs. 1 BGB muss auch nicht begründet werden (vgl. BeckOGK-BGB/Heinemann, Stand: 01.06.2022, § 1945 Rdnr. 119). Die Erklärung braucht nur den Willen erkennen zu lassen, dass der Erbe nicht Erbe sein oder die Erbschaft nicht annehmen will (vgl. BayObLG, NJW 1967, 1135 unter II. 4.; Grüneberg/Weidlich, 81. Aufl., § 1945 Rdnr. 1 m. w. N.).

**35** b) Zu Recht hat das Berufungsgericht den Kläger trotz der Abtretung seines Pflichtteilsanspruchs an seine Stieftochter in Höhe deren Schmerzensgeldforderung als aktiv legitimiert angesehen.

**36** Ein Kläger ist aktiv legitimiert, wenn er befugt ist, den Klageanspruch nach materiellem Recht in eigener Person – wenn auch unter Umständen mit dem Ziel der Leistung an einen Dritten – geltend zu machen (Greger in Zöller, ZPO, 34. Aufl., Vor § 253 Rdnr. 25). Nach allgemeinen Grundsätzen trägt der Schuldner – im Streitfall der Beklagte – die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass der Kläger als ursprünglicher Gläubiger des Auskunftsanspruchs nicht mehr aktiv legitimiert ist (vgl. BAG, Urteil vom 31.03.2004, 10 AZR 191/03, juris Rdnr. 19 f.; OLG Köln, Urteil vom 29.01.2003, 13 U 11/02, juris Rdnr. 3 ff.; KG, NJW-RR 1997, 1059 unter II. 5., juris Rdnr. 23; jurisPK-BGB/Rosch, § 398 Rdnr. 61). Da dem Zedenten und dem Zessionar bei einer Teilabtretung jeweils eigenständige Auskunftsrechte zustehen (vgl. Staudinger/Herzog, § 2314 Rdnr. 111), wäre es entgegen der Ansicht der Revision zunächst Sache des Beklagten gewesen, darzulegen, dass der Kläger seinen Pflichtteilsanspruch durch dessen dem Wortlaut des Vergleichs nach nur beschränkte Abtretung vollständig verloren hat. Dies hat er nicht getan. Soweit er nach den Feststellungen des Berufungsgerichts geltend gemacht hat, der Auskunftsanspruch stehe in untrennbarem Zusammenhang mit dem Zahlungsanspruch und es könne nicht angenommen werden, dass dem Kläger der Auskunftsanspruch unabhängig davon zustehe, wer den Zahlungsanspruch habe, reicht dies nicht aus. Der Vereinbarung zwischen dem Kläger und seiner Stieftochter aus dem Jahr 2018 lässt sich weder nach ihrem Wortlaut noch dem erkennbaren Sinnzusammenhang entnehmen, dass neben dem Zahlungsanspruch auch der Auskunftsanspruch aus § 2314 Abs. 1 BGB abgetreten werden sollte. Dem Kläger wurde gerade die Verpflichtung auferlegt, „den Anspruch auf eigene Veranlassung und Kosten rechtlich zu verfolgen“. Im Fall einer solchen – hier vorliegenden – Sicherungsabtretung verbleiben die zur Durchsetzung des Anspruchs erforderlichen Hilfsrechte in der

Regel beim Zedenten (vgl. etwa BGH, Urteil vom 17.01.2002, VII ZR 490/00, NJW 2002, 1568 unter II. b), juris Rdnr. 14; Grüneberg/Grüneberg, § 401 Rdnr. 4).

(...)

#### ANMERKUNG:

#### Von Notar Konstantin Sauer, Nürnberg

Der BGH sah sich in der vorliegenden Entscheidung mit dem Meinungsstreit konfrontiert, ob sich auch derjenige Pflichtteilsberechtigte, dessen Pflichtteilsanspruch erst infolge seiner Ausschlagung als ursprünglich belasteter (Mit-)Erbe gemäß § 2306 Abs. 1 BGB entsteht, auf den Auskunftsanspruch nach § 2314 Abs. 1 BGB berufen kann. Er schloss sich der herrschenden Ansicht an, die das Bestehen des Auskunftsanspruchs bejaht.<sup>1</sup> Das gegenständliche Versäumnisurteil<sup>2</sup> überzeugt dabei sowohl inhaltlich als auch methodisch; der Senat schöpft den kompletten Kanon der Methodenlehre aus und zieht Argumentationsfiguren aus grammatikalischer, systematischer, historischer und teleologischer Auslegung heran, um insbesondere die vom OLG Celle vertretene Gegenauffassung<sup>3</sup> zu widerlegen.

Der Pflichtteilsanspruch steht demjenigen pflichtteilsberechtigten Angehörigen zu, der durch Verfügung von Todes wegen von der Erbfolge ausgeschlossen wurde (vgl. § 2303 Abs. 1 BGB). Die Verfügung des Erblassers muss demnach monokausal für den Nichtanfall der Erbschaft beim Pflichtteilsberechtigten sein; fällt die Erbschaft aus anderen Gründen – zum Beispiel aufgrund von Erbunwürdigkeit, Verzichtserklärung oder Vorversterben des Erben – nicht an, so besteht der Pflichtteilsanspruch grundsätzlich nicht.<sup>4</sup> Insbesondere kann ein Erbe, der zum potenziell pflichtteilsberechtigten Kreis gehört, prinzipiell nicht durch Ausschlagung erreichen, dass ihm ein Pflichtteilsanspruch (*ex tunc*) erwächst. Die erbrechtliche Nichtberücksichtigung des Angehörigen beruht in einem solchen Fall nicht auf dem Erblasserwillen, sondern entspringt seiner eigenen Entschließung, sodass der Schutzzweck des Pflichtteilsrechts nicht einschlägig ist.<sup>5</sup> Das Pflichtteilsrecht schafft einen Ausgleich zwi-

schen der Testierfreiheit des Erblassers (Art. 2 Abs. 1, 14 Abs. 1 GG) einerseits und dem Schutz der verwandtschaftlichen und familiären Beziehungen durch die Garantie eines Mindesterbrechts der Pflichtteilsberechtigten (Art. 6, 14 Abs. 1 GG) andererseits;<sup>6</sup> einer solchen praktischen Konkordanz bedarf es nicht, wenn eine Partei des Rechtsverhältnisses auf ihren Schutz verzichtet.

Der vorstehende Grundsatz, dass sich Ausschlagung und Pflichtteilsanspruch ausschließen, wird in § 2306 Abs. 1 BGB durchbrochen. Ist ein als Erbe berufener Pflichtteilsberechtigter mit einem Vermächtnis beschwert oder in anderer Weise von Todes wegen beschränkt bzw. belastet, so kann er den Pflichtteil verlangen, wenn er den Erbteil ausschlägt. Dem Pflichtteilsberechtigten steht folglich ein Wahlrecht zu, ob er das Erbe bzw. den Erbteil mitsamt der Belastungen im Ganzen annimmt oder die Ausschlagung erklärt und sich auf den Pflichtteilsanspruch nach § 2303 BGB stützt;<sup>7</sup> die wertmäßige Höhe der Belastung spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle.<sup>8</sup> Der Gesetzgeber wollte mit der Vorschrift den Pflichtteilsberechtigten davor schützen, eine Erbschaft mit möglicherweise unüberblickbaren wirtschaftlichen Risiken anzunehmen.<sup>9</sup> Da § 2306 Abs. 1 BGB keine Regelungen zur Rechtsfolge der Ausschlagung enthält, insbesondere nicht zum Umfang des Zahlungsanspruchs, ergeben sich keine Unterschiede zu § 2303 Abs. 1 BGB, sodass dem Pflichtteilsberechtigten der volle Pflichtteilsanspruch zusteht, wie wenn er vom Erblasser überhaupt nicht bedacht worden wäre (vgl. § 2303 Abs. 1 Satz 2, §§ 2310 f. BGB).<sup>10</sup>

Fraglich ist, ob dieser Gleichlauf auf Rechtsfolgenseite nicht nur den Zahlungsanspruch, sondern auch den zugehörigen und prozessual oftmals – wie auch hier – im Wege der Stufenklage (§ 254 ZPO) vorgelagerten Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten aus § 2314 BGB erfasst.

#### 1. Das Wortlautargument

Das Gericht setzt sich zunächst mit dem Wortlaut der Norm auseinander und stellt zu Recht fest, dass die negative Formulierung des § 2314 Abs. 1 BGB („Ist der Pflichtteilsberechtigte nicht Erbe, [...]“) keine Beschränkung auf den originären Pflichtteilsanspruch aus § 2303 Abs. 1 BGB enthält. Vielmehr differenziert die Vorschrift gerade nicht danach, auf welcher gesetzlichen Grundlage der Pflichtteilsanspruch beruht und wie er entstanden

1 Keim weist zu Recht darauf hin, dass der Leitsatz etwas missverständlich ausgedrückt ist. Aufgrund des Worts „auch“ lässt sich die Formulierung dahin gehend interpretieren, dass schon vor der Ausschlagung ein Auskunftsanspruch aus § 2314 BGB bestehen soll. In den Entscheidungsgründen macht das Gericht jedoch klar, dass der Auskunftsanspruch erst infolge der Ausschlagung, jedoch mit Rückwirkung entsteht, vgl. zum Ganzen Keim, NJW 2023, 455.

2 Zu der Frage, ob hier wirklich ein Versäumnisurteil vorliegt, vgl. Jaspert, ErbR 2023, 294.

3 OLG Celle, Urteil vom 06.07.2006, 6 U 53/06, ZEV 2006, 557 m. abl. Anm. Damrau.

4 MünchKomm-BGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2303 Rdnr. 18; BeckOK-BGB/Müller-Engels, Stand: 01.11.2023, § 2303 Rdnr. 31.

5 Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 2303 Rdnr. 2 f.; BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2303 Rdnr. 33.

6 Zur verfassungsrechtlichen Begründung siehe BVerfG, Beschluss vom 19.04.2005, 1 BvR 1644/00 u. a., NJW 2005, 1561, 1562 ff.; Beschluss vom 26.11.2018, 1 BvR 1511/14, BeckRS 2018, 34220; zur historischen Entstehung des Pflichtteilsrechts siehe Mertens, Die Entstehung der Vorschriften des BGB über die gesetzliche Erbfolge und das Pflichtteilsrecht, 1970, S. 89 ff.

7 Grüneberg/Weidlich, § 2306 Rdnr. 2.

8 BT-Drucks. 16/8954, S. 20; zur alten Rechtslage vgl. BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2306 Rdnr. 2.

9 BT-Drucks. 16/8954, S. 20.

10 MünchKomm-BGB/Lange, § 2306 Rdnr. 28 f.

ist, sondern ist auf Tatbestandseite erfolgsbezogen formuliert und setzt allein beim Nichtanfall der Erbschaft an. Man könnte die Vorschrift folglich auch als „Jeder Pflichtteilsberechtigte, der nicht Erbe ist, [...]“ lesen.<sup>11</sup> Ebenso unschädlich im Hinblick auf den Wortlaut ist daher, dass die Ausschlagung die Erbenstellung des Ausschlagenden erst nachträglich beseitigt und er ursprünglich Erbe war. Maßgeblich ist bei erfolgsbezogenem Verständnis der Norm nur, dass der Auskunftsbeglehrende im Zeitpunkt der Geltendmachung seines Auskunftsanspruchs nicht (mehr) Erbe ist. Folglich muss die Vorschrift auch nicht als „Ist oder wird der Pflichtteilsberechtigte nicht Erbe, [...]“ formuliert sein, weil allein das Ergebnis von Bedeutung ist. Auf die Rückwirkung der Ausschlagung (§ 1953 Abs. 1 BGB)<sup>12</sup> kommt es insofern für die Frage, ob ein Anspruch nach § 2314 Abs. 1 BGB besteht, also gar nicht an; die *ex tunc*-Wirkung hat letztlich nur Relevanz hinsichtlich des Zeitpunkts der Entstehung des Auskunftsanspruchs.

## 2. Das systematische Argument

In Anwendung der systematischen Auslegung argumentiert der BGH mit den Regelungen in § 1959 BGB, welche das Rechtsverhältnis zwischen dem vorläufigen Erben, der infolge seiner Ausschlagung später wegfällt, und dem endgültigen Erben betreffen. In § 1959 Abs. 2 und 3 BGB wird jeweils bestimmt, dass trotz der Rückwirkung der Ausschlagung und der damit *ex tunc* entfallenden Verfügungsbefugnis bzw. Empfangszuständigkeit des Ausschlagenden für den Nachlass bestimmte Rechtsgeschäfte des vorläufigen Erben dennoch wirksam bleiben. Die Norm adressiert das Spannungsverhältnis, das in der Phase der Ausschlagungsfrist zwangsläufig zwischen vorläufigem und endgültigem Erben besteht, und löst es insbesondere durch eine Differenzierung zwischen aufschiebbar und unaufschiebbar Rechtsgeschäften über den Nachlass auf.<sup>13</sup> Obwohl aufgrund der Regelung in § 2306 Abs. 1 BGB der identische Interessenskonflikt droht, entschied sich der Gesetzgeber im Rahmen des § 2314 BGB gegen eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen nicht zur Erbschaft gelangenden Pflichtteilsberechtigten. Aus dem Fehlen einer vergleichbaren Ausnahmeregelung leitet der Senat ab, dass auch dem ausschlagenden Pflichtteilsberechtigten der ungeschmälerter Auskunftsanspruch zusteht.

Der vorgenommene Umkehrschluss ist zwar prinzipiell eine valide Argumentationsfigur im Rahmen der systematischen Auslegung, in der vorliegenden Situation überzeugt er jedoch nicht vollends, weil es auf die Frage der Rückwirkung für das Bestehen des Anspruchs ausweis-

lich des Wortlauts ohnehin nicht ankommt (vgl. oben). Es gibt allerdings weitere, von dem Gericht nicht aufgegriffene systematische Argumente, die für eine Anwendung des § 2314 Abs. 1 BGB sprechen. Der Abschnitt 5 des fünften Buchs des BGB (§§ 2303 bis 2338 BGB) ist zunächst in keine Titel oder Untertitel untergliedert, so dass prinzipiell keine Beschränkung der Anwendung einzelner Vorschriften auf ihre jeweiligen internen Gliederungsabschnitte vorgesehen ist. Des Weiteren nutzt der Gesetzgeber an zahlreichen Stellen im BGB die Regelungstechnik, dass er zu Beginn eines (Sinn-)Abschnitts verschiedene Leistungsansprüche aufzählt und an nachgelagerter Stelle einen Auskunftsanspruch zur Bezifferung und praktischen Durchsetzbarkeit der Leistungsansprüche normiert (beispielsweise § 1379 BGB im Hinblick auf den Zugewinnausgleichsanspruch oder § 1580 BGB und § 1605 BGB im Hinblick auf Unterhaltsansprüche). Die jeweiligen Auskunftsansprüche beziehen sich regelmäßig auf alle vorangestellten Leistungsansprüche, sofern nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt ist.

Hieraus kann gefolgert werden, dass auch § 2314 BGB grundsätzlich alle ihm vorstehenden Leistungsansprüche aus §§ 2303 ff. BGB erfassen soll.

## 3. Das historische Argument

Der Senat geht schließlich auch auf die Genese der Norm ein und zieht die historische Auslegung zu Rate.

Bereits in den Gesetzgebungsmaterialien heißt es ausdrücklich, dass sich der Auskunftsanspruch des Pflichtteilsberechtigten (§ 1988 Abs. 1 Satz 1 BGB-E)<sup>14</sup> auf alle in Betracht kommenden Pflichtteilsansprüche beziehen soll und damit insbesondere auch den Fall erfasst, in dem die Pflichtteilberechtigung erst durch die Ausschlagung des beschwerten Erben erfolgt (vgl. § 1981 BGB-E).<sup>15</sup> Außerdem wiesen die historischen Gesetzgeber explizit darauf hin, dass „[d]as Recht des Pflichtteilsberechtigten, von dem Erben Auskunft über den Bestand des Nachlasses zu verlangen, [...] zum gesetzlichen Inhalte des Pflichtteilsrechts [gehört]“,<sup>16</sup> weil sie erkannten, dass die Durchsetzung eines Pflichtteilsanspruchs ohne die Kenntnis über den Umfang des Nachlasses „kaum ausführbar“ sei.<sup>17</sup> Diese historischen Umstände sprechen für die Annahme, dass die Legislatoren von Anfang an jedem Pflichtteilsberechtigten eine starke Stellung gegenüber dem Erben zubilligen wollten.

Die Rechtsstellung des Pflichtteilsberechtigten wurde in der Folge durch Judikative und Legislative immer weiter ausgebaut. Insbesondere die Neufassung des § 2306

11 Grüneberg/Weidlich, § 2314 Rdnr. 3.

12 Hierauf stellen sowohl der BGH in der gegenständlichen Entscheidung als auch bereits vor ihm das OLG Stuttgart als Berufungsinstanz (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 13.01.2022, 19 U 28/21, BeckRS 2022, 37317) sowie das OLG Schleswig in einer früheren Entscheidung ab (vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 02.09.2014, 3 U 3/14, NJW-RR 2015, 390, 391).

13 MünchKomm-BGB/Leipold, § 1959 Rdnr. 1.

14 § 1988 Abs. 1 Satz 1 BGB-E lautete in der Entwurfsversion von 1888 wie folgt: „Der Erbe ist gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten, welcher nicht Miterbe ist, verpflichtet, über den Bestand des Nachlasses Auskunft zu geben“.

15 Mot. V, S. 409.

16 Prot. V, S. 519.

17 Mot. V, S. 409.

Abs. 1 BGB im Zuge der Erbrechtsreform<sup>18</sup> zielte auf einen Abbau von Hürden bei der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen ab und nahm dabei auch auf vorangegangene höchstrichterliche Rechtsprechung<sup>19</sup> Bezug, die gleichermaßen die Vision einer effektiven Wahrnehmung der Rechte des Pflichtteilsberechtigten vor Augen hatte.<sup>20</sup> In diese Tendenz reiht sich die vorliegende Entscheidung nahtlos ein; sie bestätigt damit – mit Ausnahme der abweichenden Sicht des OLG Celle<sup>21</sup> – auch die einschlägige obergerichtliche Rechtsprechung zu § 2314 BGB.<sup>22</sup>

#### 4. Das teleologische Argument

Die Gegenauffassung, die eine Anwendung von § 2314 Abs. 1 BGB im Fall der Ausschlagung verneint, stützt sich in erster Linie auf den vermeintlichen Telos der Norm. In methodischer Hinsicht akzeptierten ihre Vertreter zwar, dass der Wortlaut der Vorschrift eine Bejahung des Tatbestands zulässt, jedoch sei die die Norm in ihrem Anwendungsbereich teleologisch zu reduzieren, um den Sinn und Zweck der Vorschrift zu erfüllen. Das OLG Celle führt hierzu an, dass derjenige Pflichtteilsberechtigte, dessen Pflichtteilsanspruch erst infolge der Ausschlagung nach Maßgabe von § 2306 Abs. 1 BGB entsteht, im Gegensatz zu dem Pflichtteilsberechtigten, der nicht nur rechtlich, sondern auch tatsächlich zu keinem Zeitpunkt (Mit-)Erbe gewesen sei, im Zeitraum bis zur Ausschlagung zunächst als (Mit-)Erbe berechtigt gewesen sei, den Nachlass zu sichten,<sup>23</sup> des Schutzes des § 2314 Abs. 1 BGB nicht (mehr) bedürfe, weil er über das für die Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs erforderliche Wissen bereits verfüge; würde man auch ihm einen Auskunftsanspruch aus § 2314 Abs. 1 BGB zubilligen, so stünde er nach Ansicht des OLG Celle besser als der originäre Pflichtteilsberechtigte, ohne dass ein sachlicher Grund bestehe.<sup>24</sup>

Der BGH tritt dieser Sichtweise jedoch auch auf der Ebene der teleologischen Argumentation in überzeugender Weise entgegen. Zunächst liegt in der Sache schon keine Besserstellung des ausschlagenden Pflichtteilsberechtigten vor, da er seine Erbenstellung und die daraus resultierenden Zugriffs- und Sichtungsrechte hinsichtlich des

Nachlasses infolge der der Ausschlagung rückwirkend verliert. Erbenstellung und Pflichtteilsberechtigung schließen sich insofern gegenseitig aus und bestehen zu keinem Zeitpunkt parallel.<sup>25</sup> Gleichermaßen besteht auch in Bezug auf den Auskunftsanspruch keine Anspruchskonkurrenz, vielmehr ersetzt § 2314 BGB den originären, auf der Erbenstellung beruhenden Auskunftsanspruch. Insofern fügt sich auch § 2314 BGB in den allgemeinen Charakter des Pflichtteilsrechts als Ersatzfunktion für ein ein.<sup>26</sup>

Einer solchen, rein dogmatischen Sichtweise könnte man entgegen, dass zwar nicht in rechtlicher, allerdings in tatsächlicher Hinsicht eine Privilegierung des ausschlagenden Pflichtteilsberechtigten stattfindet. Trotz der Rückwirkung der Ausschlagung werden faktisch bereits erlangte Kenntnisse des nunmehr Pflichtteilsberechtigten nicht aus dessen Erinnerung gelöscht, sodass er möglicherweise gegenüber dem originären Pflichtteilsberechtigten einen gewissen Informationsvorsprung genießt.

Dem Ausschlagenden aus diesem Grund pauschal den Auskunftsanspruch aus § 2314 Abs. 1 BGB zu verwehren, ist dennoch aus nachfolgenden Gründen unzutreffend: Zum einen ist die Ausschlagungsfrist (§ 1944 BGB) sehr knapp bemessen, weshalb sich der Vorsprung gerade bei komplexen Nachlässen bereits deshalb in Grenzen hält;<sup>27</sup> zum anderen kann – wie der Senat zu Recht anführt – nicht ausgeschlossen werden, dass der Ausschlagende die Ausschlagungsfrist nicht ausnutzt, um Informationen über die Höhe des etwaigen Pflichtteilsanspruchs sammelt, etwa weil er nicht aus wirtschaftlichen Erwägungen, sondern aus persönlichen Gründen ausschlägt oder sich zunächst mit groben Angaben zufrieden gibt. In beiden Konstellationen ist er nach der Erklärung der Ausschlagung auf einen Auskunftsanspruch angewiesen; ihn auf § 242 BGB zu verweisen, widerspricht aufgrund der damit verbundenen Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses dem Ziel des § 2314 BGB, die effektive Durchsetzung des Pflichtteilsanspruchs zu ermöglichen.<sup>28</sup> Vielmehr reicht es umgekehrt aus, dem Ausschlagenden im Einzelfall aus Treu und Glauben den Auskunftsanspruch zu verweigern, wenn sich dessen Geltendmachung als rechtsmissbräuchlich erweist.<sup>29</sup> Die vorstehenden Erwägungen machen deutlich, dass die Durchführung der teleologischen Reduktion auch in methodischer Hinsicht verfehlt ist, weil deren Voraussetzungen nicht gegeben

18 Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24.09.2009, BGBl. 2009 I, S. 3142.

19 BGH, Beschluss vom 05.07.2006, IV ZB 39/05, NJW 2006, 3353, 3355 f.

20 BT-Drucks. 16/8954, S. 20.

21 OLG Celle, Urteil vom 06.07.2006, 6 U 53/06, ZEV 2006, 557.

22 Vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 17.04.2014, 1 U 124/13, BeckRS 2014, 19293; OLG Schleswig, Urteil vom 02.09.2014, 3 U 3/14, NJW-RR 2015, 390, 392; OLG Düsseldorf, Urteil vom 04.08.2022, 7 U 202/21, BeckRS 2022, 35790; OLG München, Urteil vom 21.11.2022, 33 U 2216/22, BeckRS 2022, 33158.

23 Siehe hierzu BGH, Urteil vom 27.06.1973, IV ZR 50/72, NJW 1973, 1876, 1877 f.

24 OLG Celle, Urteil vom 06.07.2006, 6 U 53/06, ZEV 2006, 557.

25 Vgl. *Lange*, ZEV 2023, 106.

26 Vgl. *Grüneberg/Weidlich*, § 2303 Rdnr. 1.

27 Vgl. OLG Naumburg, Urteil vom 17.04.2014, 1 U 124/13, BeckRS 2014, 19293; OLG Stuttgart, Urteil vom 13.01.2022, 19 U 28/21, BeckRS 2022, 37317.

28 *MünchKomm-BGB/Lange*, § 2314 Rdnr. 4.

29 So zu Recht OLG München, Urteil vom 21.11.2022, 33 U 2216/22, BeckRS 2022, 33158; *Grziwotz*, NZFam 2023, 286.

sind.<sup>30</sup> Es fehlt einerseits an der Unvergleichbarkeit der beiden Sachverhalte – ausschlagender versus originärer Pflichtteilsberechtigter –, weil im Einzelfall beide gleichermaßen auskunfts- und schutzbedürftig sein können, und andererseits unbillige Ergebnisse auf andere Weise, beispielsweise über § 242 BGB, vermieden werden können.<sup>31</sup>

Zuletzt sei im Sinne eines *ceterum censeo* außerdem die Frage aufgeworfen, wieso durch zulässige Rechtsausübung die eigene Rechtsposition nicht verbessert werden darf.<sup>32</sup>

## 5. Fazit

Vor diesem Hintergrund ist es sehr zu begrüßen, dass der BGH die Streitfrage zur Anwendung des § 2314 BGB nunmehr geklärt hat. Insbesondere für Pflichtteilsberechtigte schafft die Entscheidung weitere Rechtssicherheit für die Durchsetzung ihrer Ansprüche.

30 Zu den methodischen Grundlagen und Voraussetzungen der teleologischen Reduktion vgl. Möllers, Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 6 Rdnr. 123 ff.

31 OLG Naumburg, Urteil vom 17.04.2014, 1 U 124/13, BeckRS 2014, 19293; OLG Schleswig, Urteil vom 02.09.2014, 3 U 3/14, NJW-RR 2015, 390, 391 f.; Lange, ZEV 2023, 106 f.

32 So zu Recht Damrau, ZEV 2006, 557, 558.

## 12. Zur Auslegung eines notariellen Testaments

OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.10.2022, 14 U 125/21

BGB §§ 2306, 2314

### LEITSATZ:

**Nach Ausschlagung seines Erbteils ist ein Pflichtteilsberechtigter im Sinne von § 2306 Abs. 11. Hs. BGB nicht Erbe im Sinne von § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB. Ihm steht ein Auskunftsanspruch aus § 2314 Abs. 1 BGB zu. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Der Kläger macht auf der Grundlage, dass er mit der Beklagten Erbe der Erblasserin A geworden sei, im Wege der Stufenklage einen Auskunftsanspruch gegen die Beklagte als Erbschaftsbesitzerin geltend. Die Beklagte beantragt widerklagend die Feststellung, dass sie Alleinerbin geworden sei und die Berichtigung des Grundbuchs bezüglich der zum Nachlass gehörenden Eigentumswohnung.

2 Die am (...) 1937 geborene Erblasserin A, geborene war die Mutter der Beklagten und des B. Der Kläger ist der einzige Sohn des B.

3 Die Erblasserin, B und die Beklagte schlossen am 23.11.1993, notariell beurkundet, einen Teilerbauseinsetzungsvertrag und Übergabevertrag zur Regelung des Nachlasses des im Jahr 1972 verstorbenen Ehemanns der Erblasserin. Wegen der Einzelheiten wird auf die notarielle

Urkunde (...) verwiesen. Von dem damals bestehenden Grundstück (...) wurde eine Teilfläche abgetrennt und – neben einem weiteren im Nachlass befindlichen Grundstück – B übertragen. Das auf dem verbliebenen Grundstück stehende Haus der Erblasserin war in zwei Wohnungseigentumseinheiten aufgeteilt. Die im Obergeschoss befindliche Wohnung wurde der Beklagten übertragen, während die andere, im Erdgeschoss gelegene Wohnung – die Gegenstand des Urteilstenors Ziffer I. 3. ist – im Eigentum der Erblasserin blieb. Die der Beklagten übertragene Wohnung wurde im Jahr 1995 durch den Umbau in eine Maisonette-Wohnung vergrößert und von der Beklagten bezogen. Die Erblasserin bewohnte bis zu ihrem Umzug in ein Pflegeheim im Jahr 2014 die im Erdgeschoss befindliche Wohnung. B und mittlerweile auch der Kläger bewohnen das auf dem abgetrennten Grundstück errichtete, unmittelbar angrenzende Haus.

4 Die Erblasserin hat am 04.02.2008 ein notarielles Testament errichtet, wegen dessen Einzelheiten auf die Urkunde (...) des Notariats Konstanz (...) verwiesen wird. In § 2 des Testaments setzte die Erblasserin B und die Beklagte als Erben zu gleichen Teilen ein. Zugleich bestimmte sie deren Abkömmlinge nach gesetzlicher Erbfolge zu Ersatzerben. In § 3 des Testaments regelte die Erblasserin eine Teilungsanordnung mit der Bestimmung, dass etwaige Mehrerwerbe über das Erbteil hinaus nicht auszugleichen wären. Die Erblasserin ordnete an, dass die Beklagte ihr Wohnungseigentum im Anwesen (...) erhalten sollte. Von ihrem Geldvermögen sollten B 7/10 und die Beklagte 3/10 erhalten, ferner traf die Erblasserin Bestimmungen bezüglich zweier Seegrundstücke. Gemäß § 4 wurde dem Kläger ein Vermächtnis i. H. v. 10.000 € zugewandt.

5 In einer weiteren Urkunde vom 21.02.2008 (...) änderte die Erblasserin die Teilungsanordnung in § 3 Nr. 1 des früheren Testaments dahin gehend ab, dass die Beklagte für den Fall eines Verkaufs oder einer unentgeltlichen Übertragung des ihr zugewiesenen Wohnungseigentums einen Ausgleich von 1/3 des Erlöses bzw. des Werts an B zahlen müsse. Sie bestimmte weiter, der Anteil der Beklagten von 3/10 am Geldvermögen sei gemäß der Erbquoten zu verteilen. Wegen der Einzelheiten wird auf den Inhalt der Urkunde verwiesen.

6 Die Erblasserin ist am (...) 08.2015 verstorben. B hat durch Erklärung vom 07.12.2015 (...) die Ausschlagung der Erbschaft erklärt. Auf Aufforderung des Nachlassgerichts (...) erklärte der Kläger die Annahme der Erbschaft und beantragte einen Erbschein. Der erteilte Erbschein wies die Parteien als Erben zu je 1/2 aus; auf seiner Grundlage wurden sie als Eigentümer der im Tenor genannten Eigentumswohnung in Erbengemeinschaft eingetragen.

7 Zwischen B und der Beklagten ist beim LG Konstanz wegen des Pflichtteilsanspruchs eine Stufenklage rechtshängig, die nach Erlass eines Teilerkenntnisurteils bezüglich des Auskunftsanspruchs zum Ruhen gebracht wurde.

8 Nachdem es nach dem Erbfall und der Ausschlagung zwischen den Parteien zu Auseinandersetzungen wegen der in der früheren Wohnung der Erblasserin befindlichen Gegen-

stände gekommen war, erhob der Kläger gegen die Beklagte Klage mit dem Antrag, Auskunft über den Bestand des Nachlasses der Erblasserin zum 11.08.2015 und über den Verbleib der Nachlassgegenstände zu erteilen, soweit sich diese zum Zeitpunkt des Erbfalls am 11.08.2015 in der Eigentumswohnung der Erblasserin befunden haben, sowie für den Fall mangelnder Sorgfalt der Auskunft diesbezüglich eine eidesstattliche Versicherung abzugeben.

**9** Das Verfahren vor dem LG ruhte wegen außergerichtlicher Vergleichsbemühungen vom 11.04.2018 bis zur Wiederanrufung durch die Beklagte am 04.12.2020. Mit der Wiederanrufung erhob die Beklagte Widerklage mit dem Antrag,

den Kläger und Widerbeklagten zu verurteilen, zur Berichtigung des Grundbuches des AG Konstanz, ½ Miteigentumsanteil an dem Grundstück Flurstück-Nr. (...), verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichneten Wohneinheit im Erdgeschoss mit Keller Nr. 1, Bastelraum Nr. 1 und Garage Nr. 1 im Untergeschoss die Eintragung der Beklagten und Widerklägerin als Alleineigentümerin zu bewilligen.

(...)

**10** Die Beklagte vertrat die Auffassung, die Auslegung der Testamente führe dazu, dass der Kläger nicht auch für den Fall einer Ausschlagung der Erbschaft als Ersatzerbe eingesetzt worden sei; es habe nicht dem Willen der Erblasserin entsprochen, dass der Ausschlagende den Pflichtteil und zusätzlich der Ersatzerbe eigene Ansprüche geltend machen könnte. Selbst wenn der Kläger Miterbe geworden sein sollte, sei die Beklagte berechtigt, eine Teilauseinandersetzung des Nachlasses in Form der Bewilligung der Eintragung des Alleineigentums an der Wohnung, der Herausgabe der Wohnung sowie der Feststellung, dass der Beklagten allein die Mieteinnahmen aus der Vermietung zustünden, zu verlangen.

**11** Der Kläger ist der Widerklage entgegengetreten. Er vertrat die Auffassung, er sei von der Erblasserin ausdrücklich und ohne Einschränkung als Ersatzerbe benannt worden. Dementsprechend weise der zutreffend ausgestellte Erbschein die Parteien als Miterben aus; hierauf beruhe die Grundbucheintragung. Der Nachlass sei nicht teilungsfähig. Ein Anspruch auf Übertragung des Wohnungseigentums vor einer Teilung sei nicht gegeben, denn es sei anzunehmen, dass die Eigentumswohnung zur Befriedigung einer Nachlassverbindlichkeit in Form des Pflichtteilsanspruchs des B in Anspruch zu nehmen sei; wegen der Einzelheiten des diesbezüglichen Vortrags wird auf den Schriftsatz des Klägers vom 19.02.2021 verwiesen. Auch die Teilung der Früchte in Form der Mieteinnahmen könne derzeit nicht verlangt werden.

**12** Wegen der weiteren Einzelheiten des erstinstanzlichen Vortrags wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

**13** Das LG hat die Beklagte durch Teilurteil vom 23.04.2021 zur Auskunftserteilung über den Bestand des Nachlasses zum Stichtag 11.08.2015 und über den Verbleib der Nach-

lassgegenstände, soweit sich der Nachlass um die Nachlassgegenstände zum Zeitpunkt des Erbfalls am 11.08.2015 in der Eigentumswohnung der Erblasserin im (...) befunden habe, verurteilt. Die Widerklage wurde abgewiesen. Zur Begründung führt das LG aus, die Einsetzung des Klägers als Ersatzerbe im Testament sei eindeutig. Die Voraussetzungen für eine anderweitige Auslegung des Testaments habe die Beklagte nicht schlüssig dargelegt. Der Auskunftsanspruch beruhe darauf, dass die Beklagte den Erbschaftsbesitz erlangt habe. Die bisherigen Angaben der Beklagten stellten keine Auskunft dar. Die Widerklage sei abzuweisen und eine Grundbuchberichtigung komme nicht in Betracht, da der Kläger Miterbe geworden sei. Ein schuldrechtlicher Verschaffungsanspruch der Beklagten bestehe derzeit nicht, da sich nicht abschließend bewerten lasse, ob nach einer Übertragung der Eigentumswohnung der restliche Nachlass ausreichen werde, um die Ansprüche des Vaters des Klägers zu bedienen. Deshalb kämen auch Räumungs- und Herausgabeansprüche oder die Feststellung bezüglich des Mietzinses nicht in Betracht. Auf die Entscheidung wird Bezug genommen.

**14** Mit Beschluss vom 25.05.2021 (...) hat das LG einen Berichtigungsantrag der Beklagten, wonach die Widerklage als „derzeit unbegründet“ abzuweisen sei, zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, einer solchen Tenorierung bedürfe es nicht, da sich die Abweisung als derzeit unbegründet aus den Entscheidungsgründen ergeben würde.

**15** Mit der Berufung verfolgt die Beklagte ihre erstinstanzlich gestellten Ansprüche in erweitertem Umfang weiter und begehrt die Abweisung der erstinstanzlich erfolgreichen Klage.

**16** Zur Begründung führt die Beklagte aus, dass der Kläger nicht als Ersatzerbe an die Stelle seines Vaters getreten sei, da dies dem durch Auslegung zu ermittelnden Willen der Erblasserin widersprechen würde. Die Ausschlagung des zugewandten Erbteils und die Geltendmachung des Pflichtteils gegen die Beklagte im Wege der Stufenklage stellten eine aktive Entscheidung des Vaters des Klägers dar, die er gegen den Willen der Erblasserin getroffen habe. Ein Nachrücken des Klägers als Ersatzerbe in diesem Fall habe die Erblasserin nicht gewollt, da dann der Stamm des Sohnes in zweifacher Weise bedacht würde, nämlich der Sohn mit dem uneingeschränkten Pflichtteil und der nachrückende Enkel als Miterbe. Die Regelung des § 2320 Abs. 2 BGB schließe eine solche Auslegung nicht aus. Der Wille der Erblasserin, dass die Beklagte uneingeschränkte und unbeschwerte Alleineigentümerin der Eigentumswohnung werden solle, sei unter Berücksichtigung des Inhalts des Testaments eindeutig zu ermitteln. Dass der Sohn und der Kläger in der geschehenen Weise vorgehen würden, um mehr aus dem Nachlass zu erhalten, als ihnen von der Erblasserin zugewendet worden sei, führe nach dem anzunehmenden Willen der Erblasserin dazu, dass lediglich ihrem pflichtteilsberechtigten Sohn der Pflichtteil zu gewähren sei und der Beklagten der gesamte Restnachlass zustehen sollte. Zur Begründung der Hilfsanträge führt die Beklagte aus, das LG habe zu Unrecht angenommen, dass eine Inanspruchnahme der Eigentumswohnung zur Aufbringung der auszuglei-

chenden Beträge nötig werden könnte. Dabei habe sich das LG darauf gestützt, dass der Wert der Immobilie streitig sei, wobei der Kläger einen Wert von bis 250.000 € in den Raum gestellt habe. Erst nach der Urteilsverkündung des LG sei der Beklagten ein vom Vater des Klägers in Auftrag gegebenes Gutachten zum Bewertungsstichtag 25.11.2014 bekannt geworden, in dem der Verkehrswert der Immobilie mit 182.000 € festgestellt worden sei (...). Von dem Pflichtteilsanspruch des Vaters seien – streitige – einbehaltene Beträge von insgesamt 64.000 € abzuziehen, sodass nur noch ein Restanspruch i. H. v. 11.645,17 € bestehe. Wegen der Einzelheiten des Vortrags und der Berechnung wird auf den Inhalt der Berufungsbegründung verwiesen.

**17** Die Beklagte beantragt nunmehr,

1. Unter Abänderung des Urteils des LG Konstanz vom 23.04.2021, Az.: E 3 O 300/17, wird die Klage abgewiesen.

2. Unter Abänderung des Urteils des LG Konstanz vom 23.04.2021, Az.: E 3 O 300/17, wird der Widerklage stattgegeben und

2.1. festgestellt, dass der Kläger und Widerbeklagte nicht Miterbe geworden ist, sondern die Beklagte Alleinerbin nach A, verstorben am 11.08.2015, geworden ist;

2.2. der Kläger (und Widerbeklagte) verurteilt, die Berichtigung des Grundbuchs des Amtsgerichtsbezirks Konstanz, Grundbuchamt Konstanz zu bewilligen.

(...)

**18** Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

**19** Der Kläger ist der Auffassung, der mit der Berufungsbegründung gestellte Antrag sei unzulässig, insbesondere lägen die Voraussetzungen für eine zulässige Klageänderung im Sinne von § 533 ZPO nicht vor. Die Feststellung, dass der Kläger nicht Erbe geworden sei, stelle eine rechtliche Vorfrage dar, weshalb ein Feststellungsantrag nicht zulässig sei.

**20** Der Kläger ist der Auffassung, die Beklagte verhalte sich widersprüchlich, da sie den für die Erbengemeinschaft ausgestellten Erbschein nicht angegriffen habe. Die Tatsache, dass der Vater des Klägers seinen Pflichtteil geltend gemacht habe, könne nicht zur Begründung einer Auslegung im Sinne der Beklagten herangezogen werden, denn eine solche erfolge in der Regel immer gegen den Willen des Erblassers. Auch das „zweifache Bedenken“ des Stamms stelle diesbezüglich kein Argument dar, da diese Konstellation vom Gesetzgeber in § 2320 BGB geregelt worden sei. Es sei davon auszugehen, dass die Erblasserin in ihrer notariellen Verfügung ausdrücklich für jedes Kind die Abkömmlinge als Ersatzerben bestimmt habe. Für die Auslegung der Beklagten gebe es keine Andeutung im streitgegenständlichen Testament. Eine ausdrückliche Beschränkung der Ersatzerbenberufung auf einen bestimmten Wegfallgrund sehe das Testament nicht vor. Wegen der weiteren Einzelheiten der Erwidern, insbesondere zur Teilerbauseinandersetzung, wird auf den Schriftsatz des Klägers vom 29.11.2021 verwiesen.

**21** Der Senat hat den Kläger und die Beklagte in der mündlichen Verhandlung am 06.09.2022 persönlich angehört. Auf das Protokoll wird Bezug genommen.

**22** Wegen der weiteren Einzelheiten des Vortrags der Parteien in zweiter Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

**23** B. Die Berufung ist zulässig (I.) und begründet (II.-IV.).

**24** I. Der mit der Berufungsbegründung erstmals gestellte, auf die Erbenstellung der Parteien bezogene Feststellungsantrag der Widerklage stellt eine Klageerweiterung dar, die sachdienlich im Sinne von § 533 Nr. 1 ZPO ist. Die Frage der Sachdienlichkeit ist unter dem Gesichtspunkt der Prozesswirtschaftlichkeit zu beurteilen (vgl. *Ball* in Musielak/Voit, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 533 Rdnr. 5). Die Rechtskraftwirkung der Entscheidung über den erweiterten Antrag wird durch die begehrte Feststellung im Vergleich zu den erstinstanzlichen Anträgen in positiver oder negativer Hinsicht erweitert, was zur Vermeidung eines weiteren Rechtsstreits, dessen Gegenstand oder Vorfrage die Erbenstellung der Parteien ist, geeignet ist. Zur Entscheidung über den Feststellungsantrag bedarf es im Sinne von § 533 Nr. 2 ZPO keiner neuen Tatsachen. Die Frage, wer Erbe geworden ist, ist zwar Vorfrage für die erstinstanzlich geltend gemachten Ansprüche, stellt aber auch ein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis dar, für dessen Feststellung ein Bedürfnis der Beklagten gemäß § 256 Abs. 1 ZPO besteht.

**25** II. Auf die Widerklage der Beklagten war festzustellen, dass der Kläger nicht Miterbe, sondern die Beklagte Alleinerbin nach der Erblasserin geworden ist. Die Ausschlagung des testamentarisch zugewandten Erbteils durch den Vater des Klägers hatte nicht zur Folge, dass der Kläger gemäß § 2096 BGB als Ersatzerbe an dessen Stelle getreten ist.

**26** I. Die Auslegung der Verfügung in § 2 des notariellen Testaments vom 04.02.2008 führt dazu, dass nach dem Willen der Erblasserin die Einsetzung der Abkömmlinge als Ersatzerben nicht für den Fall gelten sollte, dass der als Erbe Eingesetzte die Ausschlagung erklären und den Pflichtteil geltend machen würde.

**27** a) Die Bestimmung über die Ersatzerben ist auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass sie in einem notariellen Testament enthalten ist, der Auslegung zugänglich und bedürftig. Es entspricht zwar allgemeiner Auffassung, dass die Pflicht des Notars aus § 17 BeurkG, den Willen der Beteiligten zu erforschen, sie über die Tragweite ihres Geschäftes zu belehren und ihre Erklärungen klar und unzweideutig wiederzugeben, eine „gewisse Vermutung“ dafür begründet, dass objektiver Erklärungsinhalt der Verfügung und Erblasserwille übereinstimmen (vgl. BayObLG, Beschluss vom 08.02.1996, 1 Z BR 157/95, juris Rdnr. 17; OLG München, Beschluss vom 08.06.2010, 31 Wx 48/10, NJW-RR 2011, 12; *Horn/Kroiß*, Testamentsauslegung, 2. Aufl. 2019, § 7 Rdnr. 59, 60; *Linnartz* in jurisPK-BGB, Stand: 17.08.2022, § 2084 Rdnr. 7; *Staudinger/Otte*, Neub. 2019, Vor §§ 2064 ff. Rdnr. 62).

**28** Diese Vermutung geht aber nicht über die Annahme hinaus, dass die Erblasserin den zutreffenden rechtlichen Be-

griff verwendete und ihr klar war, dass der Begriff des Ersatzerben – in Abgrenzung zu anderen Bezeichnungen wie Nacherbe oder Schlusserbe – den Fall betrifft, dass der ursprünglich eingesetzte Erbe wegfällt und eine oder mehrere andere Personen an seine Stelle treten. Dies ist eine – wie nicht zuletzt die Vermutung des § 2069 BGB zeigt – übliche Regelung für den regelmäßig zu bedenkenden Fall, dass ein Erbe bis zu dem zukünftigen, unbestimmten Zeitpunkt des Erbfalls versterben könnte. Dass anlässlich der Beurkundung auch der Fall erörtert wurde, dass ein Wegfall des Erben auch im Fall einer Ausschlagung vorliegen könnte und zugleich ein Pflichtteilsanspruch geltend gemacht werden könnte, wird von dieser Vermutung nicht umfasst. Daher spricht der Umstand, dass die Einsetzung der Ersatzerben ohne weitere Zusätze verfügt wurde, weder gegen die Auslegbarkeit noch ergibt sich daraus bereits der Wille der Erblasserin, dass der Ersatzerbe für jeden Fall des Wegfalls eingesetzt werden sollte.

**29 b)** Gemäß §§ 133, 2084 BGB ist bei der Auslegung eines Testaments der wirkliche Wille des Erblassers zu ermitteln. Dabei sind neben dem gesamten Inhalt der Testamentsurkunde auch Umstände außerhalb des Testaments heranzuziehen und zu würdigen (vgl. BGH, Urteil vom 08.12.1982, IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41-51 Rdnr. 16; BayObLG, Beschluss vom 16.03.2005, 1 Z BR 77/04, FamRZ 2006, 226, 228). Selbst Umstände, die nach dem Zeitpunkt der Testamentserrichtung eintreten, können von Bedeutung sein, soweit sie Rückschlüsse auf den Erblasserwillen zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung zulassen (vgl. Hanseatisches OLG, Beschluss vom 22.12.2016, 2 U 10/16, juris). Der Erblasserwille ist als „innere Tatsache“ grundsätzlich dem Geständnis und der Beweisaufnahme zugänglich (vgl. BGH, Urteil vom 07.10.1992, IV ZR 160/91, juris Rdnr. 11). Lässt sich auf diese Weise nicht feststellen, was der wirkliche Wille des Erblassers war, muss sich das Gericht notfalls mit dem Sinn begnügen, der dem Erblasserwillen mutmaßlich am ehesten entspricht, also dem, was der Erblasser vernünftigerweise am ehesten gewollt hat (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 08.12.1982, IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41-51, Rdnr. 16; Urteil vom 07.10.1992, IV ZR 160/91, juris Rdnr. 11; BayObLG, Beschluss vom 17.05.2001, 1 Z BR 121/00, juris Rdnr. 24). Von diesem durch Wortlaut und Umstände nahegelegten Verständnis darf das Gericht nur dann abgehen, wenn weitere Umstände mit mindestens annähernd gleich großem Gewicht für ein Verständnis in einem anderen Sinne dargetan und bewiesen sind (vgl. BGH, Urteil vom 07.10.1992, IV ZR 160/91, juris Rdnr. 11). Es ist demnach zu unterscheiden: Streitige Umstände, aus denen sich der Erblasserwille ergeben soll, sind nur zugrunde zu legen, wenn sie zweifelsfrei erwiesen sind. Wenn aber der Wille des Erblassers nicht zweifelsfrei ermittelt werden kann, muss sich das Gericht eine Überzeugung davon bilden, für welche Interpretation die überwiegenden Gründe sprechen; in diesen Fällen darf der Richter nicht dem Erblasserwillen durch Berufung auf ein non liquet die Geltung verwehren (vgl. Staudinger/Otte, Vor §§ 2064 ff., Rdnr. 115; *Leipold* in MünchKomm-BGB, 9. Aufl. 2022, § 2084 Rdnr. 169).

**30** Eine ergänzende Auslegung kommt in Betracht, wenn sich eine regelungsbedürftige Lücke in letztwilligen Verfü-

gungen ergibt; diese Lücke kann sich sowohl durch spätere Entwicklungen als auch durch einen Irrtum über die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung ergeben (vgl. BayObLG, Beschluss vom 27.06.1997, 1 Z BR 240/96, DNotZ 1998, 209; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 11.09.2015, 21 W 55/15, beck-online Rdnr. 15; *Czubayko* in Burandt/Rojahn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2084 BGB Rdnr. 15; Staudinger/Otte, Vor §§ 2064 Rdnr. 77 ff.; *Roth*, NJW-Spezial 2015, 359).

**31** Zur Auslegung einer Verfügung kann auch die allgemeine Lebenserfahrung herangezogen werden (vgl. *Horn/Kroiß*, a. a. O., § 7 Rdnr. 158; *Gierl* in BeckOGK-BGB, Stand: 01.09.2022, § 2084 Rdnr. 49 m. w. N.).

**32 c)** Die nach diesen Grundsätzen vorzunehmende Auslegung der Testamente der Erblasserin führt zu der Annahme, dass es nicht deren Willen entsprach, dass im Falle der Ausschlagung durch den eingesetzten Erben unter Geltendmachung des Pflichtteils dessen Abkömmlinge als Ersatzerben an die Stelle des Ausschlagenden treten sollten.

**33 aa)** Der Inhalt der Testamente macht deutlich, dass es der Erblasserin nicht in erster Linie darum ging, ihre beiden Kinder gleichmäßig zu bedenken, sondern, dass sie besonderen Wert darauf legte, dass die Beklagte die zu diesem Zeitpunkt von der Erblasserin bewohnte Wohnung erhalten sollte. Die Regelungen in beiden Testamenten, insbesondere die Ergänzungen im Testament vom 21.02.2008, sprechen dafür, dass der Vater des Klägers zwar einen gewissen Ausgleich hierfür erhalten sollte, es der Erblasserin aber auch bewusst war, dass bei dieser nicht ausgleichenden Anordnung der Anteil der Beklagten am Nachlass dem Wert nach voraussichtlich größer als der des Vaters des Klägers sein würde. Durch diese Teilungsanordnung wollte die Erblasserin sicherstellen, dass die Beklagte durch den Erwerb der Eigentumswohnung der Erblasserin im Erdgeschoss des Anwesens (...) nunmehr Eigentümerin der gesamten Immobilie – genau genommen beider Eigentumswohnungen – wird. Diese Vorstellung der Erblasserin ist vor allem deshalb naheliegend, weil ihr Sohn B, der Vater des Klägers, im Rahmen des Teilerbauseinandersetzungsvertrags und Übergabevertrags vom 23.11.1993 das benachbarte Grundstück zum Alleineigentum erhalten, auf diesem unmittelbar benachbarten Grundstück ein Wohnhaus errichtet und mit seiner Familie bezogen hat. Das damals bestehende und mit zunächst nur einem Haus bebaute Grundstück (...) wurde mithin in zwei Grundstücke aufgeteilt, die bei Errichtung des Testaments im Februar 2008 jeweils mit einem Wohnhaus bebaut waren. Die Überlegung, dass jedes ihrer beiden Kinder, der Sohn B und die Beklagte, ein Grundstück mit einem Haus bekommen sollten, ist ohne Weiteres nachvollziehbar und liegt aus Sicht des Senats auf der Hand.

**34** Die im Testament der Erblasserin vom 21.02.2008 ergänzte Regelung für den Fall der Veräußerung oder unentgeltlichen Übertragung der Eigentumswohnung der Erblasserin lässt erkennen, dass der Grund für die Bevorzugung der Beklagten nach dem Willen der Erblasserin darin bestand, sicherzustellen, dass die Beklagte die vermachte Eigentumswohnung auch tatsächlich behält, mithin das gesamte Anwesen in das Eigentum der Beklagten übergeht,

also gewissermaßen „in der Familie bleiben“ würde. Im Fall der Übertragung der Wohnung sollte hingegen ein Ausgleich zugunsten des B erfolgen.

**35** Mit einem Willen, dass bei einer Ausschlagung der Erbschaft durch den insofern benachteiligten Vater des Klägers die Beklagte den Pflichtteil aufbringen müsste und zugleich der Ersatzerbe am Nachlass beteiligt wäre, sind die Regelungen zur Teilung des Nachlasses daher nicht zu vereinbaren.

**36 bb)** Die außerhalb des Testaments liegenden Umstände stützen diese Auslegung. Im Fall einer Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft auf der Grundlage einer hälftigen Quote lag die Befürchtung auf der Hand, dass die Wohnung angesichts dessen, dass der Wert der Wohnung den des Rests des Nachlasses wesentlich übertraf, veräußert werden müsste. Zum Zeitpunkt der Testamentserstellung hatte die Erblasserin bereits längere Zeit im gleichen Anwesen wie die Beklagte gewohnt; die oben dargestellte Wohnsituation der Erblasserin und der eingesetzten Erben war aus Sicht der Erblasserin eine Folge der einverständlichen Regelung in dem Vertrag vom 23.11.1993. Die Anordnungen in den Testamenten lassen auf diesem Hintergrund ebenfalls auf den Willen der Erblasserin schließen, dass die von ihr bewohnte Wohnung „in der Familie bleiben“ und zwar der Beklagten zufallen sollte. Ein Verhalten der eingesetzten Erben, das diesem Willen zuwiderlief, insbesondere – wie der Kläger selbst geltend macht – den Verkauf der Wohnung notwendig machen würde, widerspricht diesem Willen in eklatanter Weise.

**37 cc)** Schließlich spricht, nicht anders als in den Fällen, in denen der Ausschlagende als Nacherbe eingesetzt war, die allgemeine Lebenserfahrung für diese Auslegung. Auf dieser Grundlage wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung eine tatsächliche Vermutung dahin gehend angenommen, dass in den Fällen, in denen ein Nacherbe die Erbschaft ausschlägt und sein Pflichtteilsrecht geltend macht, nach dem Willen des Erblassers eine angeordnete oder gemäß § 2069 BGB vermutete Ersatzerbeneinsetzung nicht gelten soll (vgl. BayObLG, Beschluss vom 10.08.1962, 1 Z 43/61, BayObLGZ 1962, 240, 243 f; OLG Stuttgart, Beschluss vom 27.10.1981, 8 W 507/80, juris; BayObLG, Beschluss vom 02.03.2000, 2 ZR BR 144/99, NJW-RR 2000, 1391; OLG München, Beschluss vom 25.07.2006, 31 Wx 39/06, FamRZ 2007, 767, 768; OLG Bamberg, Urteil vom 23.04.2013, 5 U 34/12, Rdnr. 34, juris; OLG Braunschweig, Beschluss vom 14.05.2020, 3 W 74/20, juris). Dies soll auch dann gelten, wenn ausdrücklich und ohne Einschränkungen Ersatzerben eingesetzt wurden (vgl. BayObLG, a. a. O.; OLG Stuttgart, a. a. O. Rdnr. 9; OLG München, a. a. O.; OLG Bamberg, a. a. O. Rdnr. 34).

**38** Der BGH hat in dem Urteil vom 29.06.1960, V ZR 64/59, entschieden, dass die Vermutung des § 2069 BGB dann nicht zur Anwendung kommt, wenn der Nacherbe die Erbschaft ausschlägt und den Pflichtteil verlangt. Der Grund dafür sei gerade dann, wenn Ausschlagung und Pflichtteilsverlangen in dem Zusammenhang des § 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB stehen, die Erwägung, dass der betreffende Stamm in diesem Fall in zweierlei Weise zum Zuge käme. Dies stehe

in ausgeprägtem Widerspruch zu dem, was ein Erblasser in aller Regel gewollt habe oder bei Erwägung einer solchen Möglichkeit gewollt habe. Der BGH verweist zutreffend auf den Zusammenhang aus § 2306 Abs. 1 BGB, an dem sich durch die seit 01.01.2010 geltende Neufassung der Vorschrift in dieser Hinsicht nichts geändert hat. § 2306 Abs. 1 BGB regelt das Recht des Ausschlagenden, den Pflichtteil zu verlangen, im Fall der Beschränkung oder Beschwerung des Erben; § 2306 Abs. 2 BGB setzt dem die Einsetzung als Nacherben gleich. Insofern ist die für den Fall der Nacherbschaft ergangene, oben zitierte Rechtsprechung auch auf Fälle übertragbar, in denen die Ausschlagung nicht durch die Anordnung der Vorerbschaft – typischerweise bei wechselseitiger Erbeinsetzung von Eltern – motiviert ist, sondern durch die wertmäßige Minderung des Nachlasses durch eine nicht ausgleichende Teilungsanordnung. Im ersten Fall muss der Nacherbe den Eintritt des Nacherbfalls – regelmäßig den Tod des Vorerben – abwarten, bis er seinen Erbeil erhält; im zweiten Fall muss der Erbe, wenn er nicht ausschlägt, hinnehmen, dass er wertmäßig weniger erhält, als ihm nach der gesetzlichen Erbfolge oder sogar bei Erhalt des Pflichtteils zustehen würde. Beiden Situationen gemein ist, dass die Erblasser eine Bestimmung getroffen haben, auf deren Umsetzung sie besonderen Wert legen. Im Fall der Vor- und Nacherbschaft bezieht sich dies typischerweise auf den Erhalt des ungeschmälernten Nachlasses für den anderen Elternteil, im Fall der Teilungsanordnung auf den Übergang eines besonders wichtigen Vermögensgegenstands auf einen bestimmten Begünstigten. Wenn sich der Erbe durch die Ausschlagung diesem Willen widersetzt, liegt es nach der allgemeinen Lebenserfahrung nahe, dass der Erblasser den oder die Erben, die nicht ausschlagen, nicht noch durch das Hinzutreten eines Ersatzerben aus dem Stamm des Ausschlagenden zusätzlich belasten will.

**39 dd)** Auch die Wirkungen des § 2320 BGB sprechen nicht gegen eine Auslegung des Erblasserwillens in diesem Sinne. Der diesbezüglichen Auffassung des Klägers und Teilen der Literatur (vgl. Staudinger/Otte, § 2064 Rdnr. 12, 14a) ist nicht zu folgen. Insofern kann es für die Auslegung ausschließlich auf den – ggf. hypothetischen – Willen des Testierenden ankommen, nicht auf die später tatsächlich eintretenden, wirtschaftlichen Folgen einer Regelung. Dabei ist es von besonderer Bedeutung, dass § 2320 BGB zwar die aus dem Pflichtteil folgende Lastverteilung im Innenverhältnis der Erben regelt, aber nicht dazu geeignet ist, die verbleibenden Erben vor der notwendigen Auseinandersetzung mit einem als Ersatzerben eingetretenen Miterben zu bewahren. Dass dies zu erheblichen Erschwernissen und Kostenrisiken führen kann – eben gerade deshalb, weil der Ersatzerbe dem Stamm des Ausschlagenden angehört und sich regelmäßig diesem verbunden fühlen wird –, wird an dem vorliegenden Fall deutlich, in dem die Anwendbarkeit des § 2320 BGB keinesfalls verhindern konnte, dass durch die Ausschlagung die Umsetzung des Erblasserwillens nachhaltig beeinträchtigt wird. Im Vordergrund eines nach der Lebenserfahrung anzunehmenden Willens steht, dass der entgegen dem Willen des Erblassers ausschlagende Erbe nicht durch einen an seine Stelle tretenden Abköm-

ling ersetzt werden soll, mit dem sich der oder die anderen Erben – zusätzlich – auseinandersetzen müssen.

**40 ee)** Selbst dann, wenn man die oben dargestellten Gesichtspunkte nicht genügen lassen würde, um im Weg der erläuternden Auslegung zu einem Schluss auf den Willen der Erblasserin zu gelangen, würde jedenfalls eine ergänzende Auslegung zum gleichen Ergebnis führen. Auch wenn man zu Grunde legen würde, dass die Testamente insofern eine nicht geregelte Lücke aufweisen würden, als die Erblasserin die Möglichkeit einer Ausschlagung nicht bedacht hätte, und deshalb nicht ausdrücklich geregelt ist, ob die Ersatzerbeneinsetzung für diesen Fall gelten soll, wäre der Ersatzerbe nicht für den Fall der Ausschlagung eingesetzt worden. Die ergänzend anzunehmende Regelung zur Füllung der Lücke richtet sich nach dem Willen, den der Testierende bei Kenntnis der Lage im Zeitpunkt der Testamentserrichtung gefasst hätte (vgl. Staudinger/Otte, Vor §§ 2064 Rdnr. 87; Burandt/Rojahn, Erbrecht, § 2084 BGB Rdnr. 16). Der Inhalt des hypothetischen Willens ist aufgrund der nach dem Testament erkennbaren Willensrichtung zu bestimmen (vgl. BayObLG, Beschluss vom 27.06.1997, 1 Z BR 240/96, juris; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 11.09.2015, 21 W 55/15, beck-online Rdnr. 15; Staudinger/Otte, a. a. O. Rdnr. 83; Burandt/Rojahn, Erbrecht, § 2084 BGB Rdnr. 17). Unter Heranziehung der dargelegten Gesichtspunkte besteht kein vernünftiger Zweifel daran, dass die Erblasserin, wenn sie die Möglichkeit einer Ausschlagung durch den Vater des Klägers und der Geltendmachung des Pflichtteils bedacht hätte, den Willen gehabt hätte, dass in diesem Fall die Beklagte Alleinerbin sein sollte. In diesem Fall wäre nämlich die Beklagte ohne Weiteres im Wege der Gesamtrechtsnachfolge Eigentümerin der Wohnung geworden, während der Ausschlagende sein Pflichtteilsrecht von der Beklagten erhalten hätte. Der Kläger hätte, wie im Testament verfügt, das ihm zugewendete Vermächtnis erhalten. Dafür, dass das Hinzutreten eines Ersatzerben für diesen Fall dem Willen der Erblasserin entsprochen hätte, spricht keiner der zu Tage getretenen Gesichtspunkte.

**41 d)** Durch den Wegfall des Vaters des Klägers als Erben wuchs der ihm zugeordnete Erbteil der Beklagten an, § 2094 Abs. 1 BGB.

**42 III.** Die Beklagte hat gegen den Kläger einen Anspruch auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung gemäß § 894 BGB.

**43** Die Beklagte ist als Alleinerbin gemäß § 1922 BGB alleinige Eigentümerin der Eigentumswohnung der Erblasserin geworden. Da die Parteien als Eigentümer des Wohnungseigentums in Erbengemeinschaft eingetragen sind, ist das Grundbuch unrichtig.

**44** Es kommt nicht darauf an, dass die Eintragung in das Grundbuch auf der Grundlage des Erbscheins des Nachlassgerichts erfolgte. Die Ausführungen des Klägers zur Wirkung des Erbscheins bzw. zu einem widersprüchlichen Verhalten der Beklagten gehen fehl. Es besteht zwar die Vermutung der Richtigkeit des Erbscheins gemäß § 2365 BGB, aber keine Bindung des Prozessgerichts an dessen Inhalt (vgl. Grziwotz in MünchKomm-BGB, § 2365 Rdnr. 8).

Umgekehrt wird das Nachlassgericht, wenn rechtskräftig festgestellt wird, dass der Erbschein unrichtig ist, diesen von Amts wegen einziehen (§ 2361 BGB).

**45 IV.** Ein Auskunftsanspruch des Klägers aufgrund behaupteter Erbenstellung gegen die Beklagte ist aufgrund der fehlenden Erbenstellung nicht gegeben.

(...)

**ANMERKUNG:**

Von Notar Dr. **Benedikt Selbherr**, Weilheim i. OB

**1. Sachverhalt**

Die Entscheidung wirft mit folgendem Sachverhalt ein Schlaglicht auf zwei erbrechtspraktische Fragen: Die Erblasserin setzte mit notarieller Urkunde ihre zwei Kinder T und S als Erben zu gleichen Teilen und deren Abkömmlinge „nach gesetzlicher Erbfolge zu Ersatzerben ein“;<sup>1</sup> weitere Bestimmungen zur Ersatzerbeinsetzung, insbesondere zum Wegfall eines Erbens wegen Ausschlagung, finden sich offenbar nicht. Weiter traf die Erblasserin beide Erben beschwerende Verteilungsanordnungen, deren rechtliche Qualifikation hier dahinstehen kann (das Gericht spricht von einer „nicht auszugleichenden Teilungsanordnung“). S schlägt das Erbe aus (§ 1953 Abs. 1 BGB) und verlangt von T seinen Pflichtteil (§ 2306 Abs. 1 BGB). Das Kind des S, K, sieht sich als infolge der Ausschlagung einrückender Ersatzerbe. Im Fokus des Urteils steht die Frage, ob K (Ersatz-)Erbe geworden ist. Vermutlich kein seltener Fall.

**2. Auslegung notarieller Verfügungen von Todes wegen**

Die erste Instanz hatte die (Ersatz-)Erbenstellung des K bejaht mit der Begründung, dessen Einsetzung als Ersatzerbe „sei eindeutig“. Dies veranlasst das OLG Karlsruhe zu der Feststellung, dass auch eine zu notarieller Urkunde verfügte Ersatzerbeneinsetzung grundsätzlich der Auslegung zugänglich sei. Hierbei geht es in Übereinstimmung mit einer in der Rechtsprechung gängigen Formulierung davon aus, dass „eine gewisse Vermutung“ dafür spreche, dass bei einer durch einen Notar beurkundeten letztwilligen Verfügung objektiver Erklärungsinhalt und Erblasserwille übereinstimmen.<sup>2</sup> Das bedeute für den vorliegenden Fall letztlich nur, dass der Notar hier den Begriff des Ersatzerben gewissermaßen technisch zutreffend verwendet habe, und nicht etwa eigentlich die Einsetzung als Nacherbe ausdrücken wollte (Rdnr. 27). Immerhin. Im Übrigen aber setze eine notarielle Verfügung von Todes wegen der Auslegung im Sinne der Ermittlung des Willens des Erblassers keine engeren Grenzen als eine eigenhändig errichtete Verfügung von Todes

1 Rdnr. 4 der Urteilsbegründung; der Wortlaut des Testaments ist im Urteil nicht wiedergegeben.

2 So zum Beispiel BayObLG Beschluss vom 08.02.1996, 1 Z BR 157/95, BeckRS 1996, 31022666; jüngst OLG München, Beschluss vom 27.09.2023, 33 Wx 164/23e, NJW-RR 2024, 9.

wegen.<sup>3</sup> Aus dem Umstand, dass sich das Testament zu näheren Umständen der Ersatzerbeneinsetzung nicht äußere, ergibt sich – so die Urteilsbegründung zutreffend (Rdnr. 28) – somit nicht, ob die Ersatzerben für jeden Fall des Wegfalls eingesetzt waren. Und schon gar nicht „eindeutig“, ist man mit Blick auf das erstinstanzliche Urteil zu ergänzen geneigt.

### 3. Ersatzerbeneinsetzung bei Wegfall des Bedachten wegen Ausschlagung

Nach diesem Befund wendet sich das OLG Karlsruhe im Wege der individuellen Auslegung der Ermittlung des Testierwillens der Erblasserin zur Frage zu, welche Folge die Ausschlagung und das Pflichtteilsverlangen des S auf das Nachrücken des K als Ersatzerbe hat. Richtigerweise rekurriert das Gericht nicht sogleich auf § 2069 BGB, denn diese Vorschrift enthält eine gesetzliche Regel der ergänzenden Testamentsauslegung („im Zweifel“),<sup>4</sup> die wie alle gesetzlichen Auslegungs- und Ergänzungsregeln nur Anwendung findet, wenn sich der Testierwille nicht zweifelsfrei feststellen lässt.<sup>5</sup>

Das Ergebnis des Urteils vermag zwar zu überzeugen, die Begründung – obgleich ausführlich – macht indes deutlich, welche Schwierigkeiten es bereiten kann, eine Testamentsauslegung systematisch und transparent zu begründen. Nach grundsätzlichen Ausführungen zur erläuternden und zur ergänzenden Testamentsauslegung, kommt das Gericht „zu der Annahme, dass es nicht (dem) Willen (der Erblasserin) entsprach, dass im Falle der Ausschlagung durch den eingesetzten Erben unter Geltendmachung des Pflichtteils dessen Abkömmlinge als Ersatzerben an Stelle des Ausschlagenden treten sollen“ (Rdnr. 32). Das Urteil stützt sich primär auf die erläuternde Auslegung, was überrascht, weil sich das Testament zur entschiedenen Frage auch nicht andeutungsweise äußert, an dieser Stelle vielmehr eine Lücke aufweist. In Rdnr. 40 wird dann auch deutlich, dass das Gericht (auch) eine ergänzende Auslegung vornimmt. Im Kern stützt sich das Urteil darauf, dass das Verhalten des Ausschlagenden jedenfalls bei Nachrücken seines Kindes als Ersatzerben den Verteilungsplan der Erblasserin unmöglich macht, was nicht dem hypothetischen Willen der Erblasserin entsprochen hätte. Für die Feststellung einer Willensrichtung hin zu einer Regelung für den Fall, dass S bei Pflichtteilsforderung das Erbe ausschlägt, die es fortzu-

schreiben gilt,<sup>6</sup> bezieht sich der Senat wohl auf den Gesamtverteilungsplan der Erblasserin.

Bemerkenswert ist, dass das Urteil im Rahmen der erläuternden Auslegung „die allgemeine Lebenserfahrung“ heranziehen will (Rdnr. 31), was es dann in Rdnr. 37 f. auch tut. Im Ergebnis stützt sich das Gericht im Rahmen seiner Auslegung auf eine sog. „tatsächliche Vermutung“, die von der Rechtsprechung zur Vereinheitlichung der Rechtsfindung gebildet werden; es handelt sich hierbei um Schlussfolgerungen aus Erfahrungssätzen, also um Schlüsse die aus der allgemeinen Lebenserfahrung gewonnen werden.<sup>7</sup> Die hier einschlägige Tatsachenvermutung geht davon aus, dass als Ersatzerben in Betracht kommenden Abkömmlinge des Ausschlagenden im Zweifel von der Erbfolge ausgeschlossen sein sollen. Dies beruhe auf der allgemeinen Lebenserfahrung, dass es in der Regel dem Willen des Erblassers nicht entspricht, den Stamm des Abkömmlings, der die Erbschaft ausschlägt und den Pflichtteil verlangt, doppelt zu berücksichtigen.<sup>8</sup> Eine Tatsachenvermutung ist allerdings eine Beweislastnorm, keine Auslegungsregel.<sup>9</sup> Systematisch dienen Tatsachenvermutungen somit eher nicht der Untermauerung eines Auslegungsergebnisses.

Da das Gericht selbst zu einem Auslegungsergebnis kommt, ist es im Übrigen folgerichtig, sich im konkreten Fall nicht mit der Auslegungsregel des § 2069 BGB auseinanderzusetzen. Die Vorschrift soll nach herrschender Meinung in Fällen wie diesen grundsätzlich nicht anwendbar sein,<sup>10</sup> was im Wesentlichen gleich begründet wird wie die vorbeschriebene Tatsachenvermutung.<sup>11</sup> Dennoch setzt sich das Urteil mit dem vom ausschlagenden S in diesem Kontext vorgetragenen Einwand auseinander, dass eine Doppelbegünstigung bereits durch § 2320 Abs. 1 und 2 BGB, der die Pflichtteilslast den Abkömmlingen des Ausschlagenden auferlegt, vermieden werde, sodass § 2069 BGB jedenfalls beim Vollerben anwend-

3 Das kann schon deshalb nicht anders sein, weil bei der Auslegung der Wille des Erblassers, und nicht der des beurkundenden Notars maßgebend ist, Horn/Kroiß/Horn, Testamentsauslegung, 2. Aufl. 2019, § 7 Rdnr. 65 m. w. N.

4 MünchKomm-BGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 2069 Rdnr. 1; NK-BGB/Selbherr, 6. Aufl. 2022, § 2069 Rdnr. 1.

5 Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 2069 Rdnr. 1; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.11.2023, § 2084 Rdnr. 54.

6 Zu diesem im Einzelnen diffizilen, gleichsam objektiven Kriterium („Anknüpfung an Testament und Willensrichtung“), das der ergänzenden Auslegung Grenzen setzen soll, vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, § 2084 Rdnr. 99 bis 104; vgl. auch Horn/Kroiß/Horn, Testamentsauslegung, § 7 Rdnr. 132-139.

7 W. Kössinger/Najdecki in Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 23 Rdnr. 28.

8 Paradigmatisch BayObLG, Beschluss vom 02.03.2000, 2 Z BR 144/99, NJW-RR 2000, 1391, 1392 (zu Ersatznacherben); Horn/Kroiß/Horn, Testamentsauslegung, § 7 Rdnr. 158.

9 Horn/Kroiß/Horn, Testamentsauslegung, § 7 Rdnr. 158.

10 BGH, Urteil vom 29.06.1960, V ZR 64/59, NJW 1960, 1899; OLG München, Beschluss vom 25.07.2006, 31 Wx 39/06 und 040/06, DNotZ 2007, 537 f.; Grüneberg/Weidlich, § 2069 Rdnr. 4; kritisch hierzu Günther, ZEV 2011, 357.

11 Stimmen in der Literatur sprechen sich für die grundsätzliche Anwendbarkeit von § 2069 BGB verbunden mit ergänzender Auslegung aus; guter Überblick zu den verschiedenen Begründungsmustern (auch innerhalb der Rechtsprechung) bei Beck OK-BGB/Litzenburger, § 2069 Rdnr. 13 f.

bar sei.<sup>12</sup> Dieses Argument wird mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Verweisung der T auf einen Ausgleich im Innenverhältnis eben nicht die dingliche Beteiligung des Stammes des Ausschlagenden am Nachlass verhindere, und die daraus folgenden Risiken einer notwendigen bleibenden Erbauseinandersetzung dem Willen der Erblasserin daher gerade nicht entsprechen.

#### 4. Impuls für den Testamentsgestalter

Der dem Urteil zugrunde liegende, Jahre dauernde, alle Beteiligten sicherlich belastende Rechtsstreit sowie das erstinstanzliche Urteil legen nahe, das Schicksal einer sinnvollerweise ausdrücklich anzuordnende Ersatzerben-einsetzung bei Wegfall des Bedachten wegen Ausschlagung jedenfalls in Fällen, in denen § 2306 Abs. 1 BGB einschlägig sein könnte, mit zu regeln und eine normalerweise in diesem Fall nicht gewünschte doppelte Beteiligung des Stammes des Ausschlagenden am Nachlass auszuschließen.<sup>13</sup>

12 MünchKomm-BGB/Leipold, § 2069 Rdnr. 13; vgl. auch NK-BGB/Selbherr, § 2069 Rdnr. 12.

13 Vgl. W. Kössinger/Najdecki in Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 2 Rdnr. 33 mit Formulierungsvorschlag; Keim in Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 5. Aufl. 2023, C. I. 2. Anm. 3.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 13. Zur Eintragung einer Fusion von Sparkassen im Handelsregister

BGH, Beschluss vom 19.09.2023, II ZB 15/22 (Vorinstanz: OLG Rostock, Beschluss vom 04.07.2022, 1 W 53/21)

HGB §§ 33, 34 Abs. 1

SpkG M-V § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2

#### LEITSATZ:

**Eine nach landesrechtlichen Vorschriften erfolgte Vereinigung von Sparkassen (hier: nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 SpkG M-V) ist analog §§ 33, 34 Abs. 1 HGB in das Handelsregister sowohl der aufgenommenen als auch der aufnehmenden Sparkasse einzutragen.**

### 14. Einberufung der Gesellschafterversammlung bei Tod eines Gesellschafters

OLG Brandenburg, Beschluss vom 02.01.2024, 7 W 66/23

AktG § 241 Nr. 1

BGB § 181

FamFG § 382 Abs. 4

#### LEITSÄTZE:

- Im Falle eines nicht behebbaren Beschlussmangels kann dessen Heilung nicht durch Zwischenverfügung des Registergerichtes verlangt werden. Der Antrag ist unter Hinweis auf den Beschlussmangel zurückzuweisen.**
- In analoger Anwendung des § 241 Nr. 1 AktG kann beim Tod eines Gesellschafters eine wirksame Beschlussfassung nur dann erfolgen, wenn der Rechtsnachfolger des verstorbenen Gesellschafters geladen wird.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Gesellschafter der Antragstellerin zu 1 waren die Antragstellerin zu 2 mit einem Geschäftsanteil von 12.250 € und R(...) R(...) mit einem Geschäftsanteil von 12.750 €. R(...) R(...) war auch allein vertretungsberechtigter Geschäftsführer der Antragstellerin zu 1. Er ist zwischen dem (...) und (...)03.2023 verstorben. Die Erben sind nicht bekannt. Die Antragstellerin zu 1. beschloss als Gesellschafterin in einer Gesellschafterversammlung am 04.05.2023 unter Verzicht auf alle gesetzlichen und/oder satzungsrechtlich vorgeschriebenen Formen und Fristen der Einberufung, Ankündigung und Durchführung einer Gesellschafterversammlung, dass sie zur allein vertretungsberechtigten Geschäftsführerin unter Befreiung von § 181 BGB bestellt wird. Mit Antrag vom selben Tag begehrt sie die Löschung von R(...) R(...) als Geschäftsführer und ihre Eintragung als Geschäftsführerin.

2 Sie beruft sich auf § 13 des Gesellschaftsvertrages, der die Folgen des Todes eines Gesellschafters regelt. Die Vorschrift lautet:

„§ 13 Tod eines Gesellschafters

- Beim Tod eines Gesellschafters sind nur Mitgesellschafter nachfolgeberechtigt. Geht ein Geschäftsanteil auf eine nicht nachfolgeberechtigte Person über, ist er an eine nachfolgeberechtigte Person zu übertragen, wenn die Gesellschaft dies innerhalb einer Frist von sechs Monaten ab dem Zeitpunkt, zu dem der Gesellschaft ein Erbschein über die Erbfolge vorgelegt worden ist, verlangt.

Das Verlangen ist an einen der im Erbschein ausgewiesenen Erben durch Einschreibebrief oder gegen schriftliches Empfangsbekanntnis zu richten. Die Frist ist durch die Aufgabe zur Post gewahrt.

- Die Übertragung hat innerhalb von sechs Monaten zu erfolgen und muss auch innerhalb dieser Frist der Gesellschaft angezeigt werden. Für die Berechnung

des Fristbeginns ist bei Übersendung des Abtretungsverlangens durch Einschreibebrief der Tag maßgeblich, an dem dieser zur Post aufgegeben wurde. Gleiches gilt für die Wahrung der Frist zur Anzeige der Übertragung, soweit die Aufgabe zur Post im Inland erfolgt.

3. Nach fruchtlosem Verstreichen der Frist stellt die Gesellschaft mittels eingeschriebenen Briefes an die nicht nachfolgeberechtigten Erben fest, dass der Geschäftsanteil des verstorbenen Gesellschafters gegen Entgelt eingezogen wird oder die entgeltliche Abtretung des Geschäftsanteils an sie oder an eine dritte Person zu erfolgen hat. Die Einziehungsverfügung regelt sich nach § 12 des Gesellschaftsvertrages.

4. Bis zur Übertragung und Anzeige bei der Gesellschaft ruhen die Gesellschafterrechte mit Ausnahme des Gewinnbezugsrechts.“

**3** Das Registergericht hat mit Zwischenverfügung vom 15.05.2023 angeordnet, dass die Antragstellerin zu 1 eine Nachlasspflegschaft anregen und den Nachlasspfleger zur Versammlung zu laden habe. Dies gelte unabhängig davon, dass § 13 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages das Ruhen der Gesellschafterrechte im Fall des Todes eines Gesellschafters vorsehe. Das Teilnahmerecht an der Gesellschafterversammlung sei – anders als das Stimmrecht – nicht entziehbar.

**4** Gegen diese Zwischenverfügung wenden sich die Antragstellerinnen und tragen zur Begründung vor, dass ihrer Auffassung nach auch das Teilnahmerecht an Gesellschafterversammlungen wirksam entzogen werden könne, wenn dafür ein sachlicher Grund gegeben sei. In diesem Fall dürfe auch die Ladung des Gesellschafters unterbleiben. Der sachliche Grund für das Ruhen des Teilnahmerechts an Gesellschafterversammlungen sei hier die zügige Fortführung des Geschäfts der Gesellschaft ohne Beeinträchtigung durch die Erben oder deren Vertreter. Dies sei sachgerecht, weil die verbleibende Gesellschafterin ohnehin ein Übernahme- bzw. Bestimmungsrecht für die Übertragung der Geschäftsanteile habe und anderenfalls die Geschäftsanteile des verstorbenen Gesellschafters eingezogen würden. Die Erben selbst seien nicht zur Übernahme berechtigt. Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

**5 II.** Die gemäß § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG zulässige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 15.05.2023 ist begründet und führt zur Aufhebung der Zwischenverfügung.

**6** Die Beschwerde ist sowohl, soweit sie von der Gesellschaft eingelegt wurde, als auch, soweit sie von der Antragstellerin zu 2 als bestellter Geschäftsführerin eingelegt wurde, zulässig. Die Zulässigkeit der Beschwerde ist auch nicht dadurch entfallen, dass die Antragstellerin zu 2. während des Beschwerdeverfahrens zur Notgeschäftsführerin bestellt worden ist. Denn wie sie zu Recht geltend macht, reichen die Wirkungen der Bestellung als Geschäftsführerin durch die Gesellschafterversammlung wegen der Befreiung von § 181 BGB weiter, als die Bestellung als Notgeschäftsführerin.

**7 1.** Die Beschwerde hat allein deshalb Erfolg, weil die Voraussetzungen für die Entscheidung durch eine Zwischenverfügung gemäß § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG nicht vorliegen. Der Umstand, dass in der Gesellschafterversammlung vom 04.05.2023 nicht wirksam über die Bestellung der Antragstellerin zu 2 als Geschäftsführerin beschlossen werden konnte, weil die Erben des verstorbenen Mitgesellschafters nicht zu der Versammlung geladen worden sind, ist nicht behebbbar. Nach der Auffassung des Registergerichts ist vielmehr nach Bestellung eines Nachlasspflegers eine neue Gesellschafterversammlung einzuberufen und über die Bestellung eines Geschäftsführers in der dann wirksam einberufenen Gesellschafterversammlung zu beschließen. Die vom Registergericht aufgezeigten Mängel der Beschlussfassung vom 04.05.2023 sind danach nicht zu heilen, sondern bedürfen einer neuen Beschlussfassung und der erstmaligen Schaffung der einzutragenden Tatsachen (vgl. Schulte-Bunert/Weinreich, FamFG, § 382 Rdnr. 15). Das Registergericht hätte mithin auf die Mängel der Beschlussfassung hinweisen und den Antrag nach Anhörung der Antragstellerinnen zurückweisen müssen.

**8 2.** Die Rechtsauffassung des Registergerichts, wonach die Bestellung einer Geschäftsführerin nicht ohne Ladung eines Vertreters der unbekanntenen Erben zur Gesellschafterversammlung wirksam beschlossen werden kann, dürfte demgegenüber zutreffend sein. Gemäß § 241 Nr. 1 AktG analog ist die Nichtladung eines Gesellschafters ein Einberufungsmangel, der zur Nichtigkeit der in der Versammlung gefassten Beschlüsse führt. Das Recht zur Teilnahme an den Gesellschafterversammlungen ist auch bei Ruhen der Gesellschafterrechte nicht entziehbar (Henssler/Strohn/Hillmann, Gesellschaftsrecht, § 51 Rdnr. 27; MünchKommGmbHG/Liebscher, § 51 Rdnr. 72). Zulässig sind Beschränkungen des Teilnahmerechts durch die Anordnung der gemeinsamen Vertretung mehrerer an einem Geschäftsanteil Berechtigter. Das sich aus der Mitgliedschaft ergebende Teilnahmerecht ist aber unverzichtbar, soweit dem Gesellschafter die willensgetragene Wahrnehmung der Gesellschafterrechte insgesamt nicht mehr zugestanden wird (BGH, Urteil vom 17.10.1988, II ZR 18/88, GmbHR 1989, 120, juris Rdnr. 5).

**9** Diese Wirkung hat hier die von den Antragstellerinnen vertretene Auslegung des Gesellschaftsvertrages, da die Einberufung und Beschlussfassung über sämtliche die Gesellschaft betreffenden Angelegenheiten zulässig wäre, ohne dass die Erben oder vor deren Ermittlung ein zu ihrer Vertretung berufener Nachlasspfleger Kenntnis von den Beschlussfassungen erlangen. Der Antragstellerin zu 1 wäre es sogar möglich, längerfristig Beschlüsse zu fassen, die den Interessen der durch den Erbfall berufenen Gesellschafter zuwiderliefen, da sämtliche Fristen für die Übernahme des Geschäftsanteils erst zu laufen beginnen, wenn der Gesellschaft ein Erbschein vorgelegt worden ist.

**10** Die Auffassung der Antragstellerinnen, dass die Rechtsnachfolge durch die Erben ausgeschlossen sei, ist schließlich dem Wortlaut des § 13 Abs. 1 der Satzung auch nicht zu entnehmen. Die Übertragung des Geschäftsanteils ist da-



nach vielmehr nur für den Fall vorgesehen, dass die Gesellschaft dies verlangt. Welche Rechtsfolge gelten soll, wenn die Gesellschaft das Verlangen nicht erklärt, wird in § 13 nicht geregelt. Denkbar wäre, dass die Gesellschaft mit den Erben fortgeführt wird oder dass – entsprechend der Regelung in § 7 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrages für die Kündigung – die Gesellschaft in Liquidation tritt. In beiden Fällen ist für die zunächst kraft Erbfolge zur Rechtsnachfolge berufenen Gesellschafter von Interesse, welche Entscheidungen in der Gesellschaft bis zur endgültigen Klärung des Gesellschafterbestandes bzw. des Fortbestehens der Gesellschaft getroffen werden. Dies rechtfertigt die Unterrichtung und die Berechtigung zur Teilnahme an Gesellschafterversammlungen, auch wenn das Abstimmungsrecht durch § 13 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrages wirksam zum Ruhen gebracht wird.

(...)

## 15. Eintragungsfähigkeit eines Vereins zum „Anbau von Cannabis unter legalen Bedingungen“

OLG München, Beschluss vom 04.10.2023, 31 Wx 153/23e

BGB §§ 56 ff., 134, 138

GG Art. 9 Abs. 1

### LEITSATZ:

**Wird den Erfordernissen der §§ 56-59 BGB nicht genügt, so hat das Registergericht gemäß § 60 BGB die Anmeldung eines Vereins zur Eintragung zurückzuweisen. Auch die Erlaubtheit des in der Satzung geregelten Vereinszwecks und die materielle Wirksamkeit der Satzung sind vom Prüfungsrecht des Registergerichts erfasst. Der in der nach § 57 Abs. 1 Alt. 1 BGB in der Satzung enthaltene Zweck des Vereins darf nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) verstoßen. Ansonsten führt dies zur Gesamtnichtigkeit der Satzung. Bei der Überprüfung dieser Vorschriften muss Art. 9 Abs. 1 GG eine besondere Berücksichtigung finden, der die Vereinigungsfreiheit grundrechtlich schützt. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Antragsteller wendet sich mit seiner Beschwerde gegen die Zurückweisung seiner Anmeldung zum Vereinsregister durch das AG – Registergericht – München.

2 Am 28.03.2023 meldeten die gemeinschaftlich vertretungsberechtigten Vorstandsmitglieder J(...)-J(...) R(...) und S(...) M(...) mit notariell beglaubigter Anmeldung den Antragsteller beim AG München – Registergericht – zur Eintragung in das Vereinsregister an.

3 Die Präambel der vorgelegten Satzung lautet auszugsweise wie folgt:

„C(...) S(...) C(...) (...) sind Anbaugemeinschaften von Cannabisnutzern, die ihren Eigenbedarfsanbau ge-

meinschaftlich organisieren. Ziel des C(...) S(...) C(...) München ist die Gründung und der Betrieb einer solchen Anbaugemeinschaft, sobald die gesetzliche Grundlage dafür vorhanden ist.

Da der Anbau von THC-haltigem Hanf, auch für den Eigenbedarf, in Deutschland derzeit noch verboten ist und auch aktiv strafrechtlich verfolgt wird, werden die vorrangigen Aufgaben und Ziele des Vereines und der Mitglieder zunächst darin bestehen, sich als Interessengemeinschaft von Cannabiskonsumenten und -patienten einzusetzen für die Änderung der Drogengesetzgebung in Deutschland, eine akzeptierende und regulierende Drogenpolitik, Aufklärung, Prävention und Bildungsarbeit intern und extern sowie die Vorbereitung und Ausgestaltung der Räumlichkeiten und Strukturen, um im Falle einer Legalisierung schnell und effektiv die Versorgung der Mitglieder sichern zu können.“

4 Die Satzung enthält ferner unter anderem auszugsweise folgende Bestimmungen:

„§ 2 Ziele und Aufgaben des Vereines

Ziel des Vereines ist der gemeinschaftliche Anbau von Cannabis für den Eigenbedarf seiner Mitglieder unter legalen Bedingungen unter Ausschluss der Öffentlichkeit.

(...) Der Verein setzt sich für ein Ende der Drogenprohibition und die Schaffung regulierter Märkte, insbesondere für regulierte Cannabismärkte und die dafür notwendigen Gesetzesänderungen und gesellschaftlichen Veränderungen ein. Zum Zeitpunkt der Gründung des Vereines ist es illegal, Cannabis zu produzieren und weiterzugeben. Der Verein und die Mitglieder arbeiten aktiv im Rahmen ihrer Möglichkeiten für eine Legalisierung von Cannabis, mit der Möglichkeit des Eigenanbaus und der vereinsrechtlichen Organisation als Ziel (...).

§ 6 Organe (...)

III. Der Anbaurat

(...)

4. Die Aufgaben des Anbaurats sind:

a) Planung, Sicherstellung und Koordination des satzungsgemäßen Anbaus

b) Wahl der Hanfsorten für den Anbau in Abstimmung mit den teilnehmenden Mitgliedern

c) Berechnung des Selbstkostenanteils für jede angebaute Sorte

(...)

7.

Solange der Anbau rechtlich noch nicht möglich ist, kann die Mitgliederversammlung durch Beschluss auf die Wahl eines Anbaurates verzichten“.

5 Mit Beschluss vom 03.05.2023, zugestellt am 10.05.2023, wies das Registergericht die Anmeldung zurück. Der in der

Satzung enthaltene Vereinszweck sei nach der derzeitigen Gesetzeslage illegal. Der Verein sei nicht vorsorglich eintragbar. Dass im Vereinszweck auch legale Tätigkeiten, wie der Einsatz für die Legalisierung von Cannabis, enthalten seien, heile den Gesetzesverstoß nicht. Die Eintragung sei bereits dann zu versagen, wenn Teile der Satzung unzulässig seien.

**6** Mit Schreiben vom 20.05.2023 legte der Antragsteller Beschwerde gegen den Beschluss vom 03.05.2023 ein. Der Zweck des Vereines verstoße nicht gegen ein gesetzliches Verbot. In der Satzung werde ausdrücklich festgestellt, dass der Anbau von THC-haltigem Cannabis derzeit verboten sei. Erst wenn ein Gesetz verabschiedet sei, das den Anbau von THC-haltigem Hanf in Anbaugemeinschaften erlaube, werde der Verein in Übereinstimmung mit den dann geltenden Vorschriften anbauen. So stehe es unmissverständlich in der Satzung. Eine vorsorgliche Eintragung sei nicht beabsichtigt. Der Verein verfolge bis zur Legalisierung andere Vereinszwecke.

**7** Das Registergericht half mit Beschluss vom 31.05.2023 der Beschwerde nicht ab. Derzeit sei nicht absehbar, ob und unter welchen Voraussetzungen die Legalisierung erfolgen werde. Nach derzeitiger Rechtslage sei der Zweck gemeinschaftlichen Anbaus von Cannabis für den Eigenbedarf seiner Mitglieder strafbar. Dass die zur Eintragung angemeldete Satzung auch weitere, zulässige Bestandteile als Vereinszweck enthalte, heile dieses wesentliche Eintragungshindernis nicht.

**8** II. Auf die zulässige Beschwerde hin war der Beschluss des AG München – Registergericht – vom 03.05.2023 aufzuheben und das Registergericht anzuweisen, die Anmeldung vom 28.03.2023 nicht aus den Gründen des aufgehobenen Beschlusses zurückzuweisen.

**9** 1. Die Beschwerde ist zulässig.

**10** a) Sie ist gemäß § 58 Abs. 1, § 382 Abs. 3 FamFG statthaft und wurde nach § 63 Abs. 1 Abs. 3 Satz 1, § 64 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Sätze 1 und 3 FamFG form- und fristgerecht beim Ausgangsgericht eingelegt.

**11** b) Der Vorverein ist im Falle der Ablehnung der Ersteintragung gemäß § 59 FamFG beschwerdeberechtigt. Die erstmalige Anmeldung des Vereins durch den Vorstand erfolgt im Namen des Vereins, letzterem steht daher auch die Beschwerdeberechtigung zu (Sternal/*Jokisch*, FamFG, 21. Aufl., § 59 Rdnr. 91; MünchKomm-FamFG/*Fischer*, 3. Aufl., § 59 Rdnr. 103; *Krafka*, RegisterR, 11. Aufl., Rdnr. 2453).

**12** 2. Die Beschwerde ist auch begründet. Aus den Gründen des Beschlusses vom 03.05.2023 kann die Ersteintragung des Vereins nicht abgelehnt werden.

**13** a) Das Registergericht hat gemäß § 60 BGB die Anmeldung eines Vereins zur Eintragung zurückzuweisen, wenn den Erfordernissen der §§ 56 bis 59 BGB nicht genügt ist. Das Prüfungsrecht des Registergerichts erstreckt sich unter anderem auch auf die Erlaubtheit des in der Satzung geregelten Vereinszwecks und die materielle Wirksamkeit der Satzung (BeckOGK-BGB/*Geißler*, Stand: 01.06.2023, § 60 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/*Leuschner*, 9. Aufl., § 60

Rdnr. 3). Gemäß § 57 Abs. 1 Alt. 1 BGB muss die Satzung den Zweck des Vereins enthalten. Dieser darf nicht gegen ein gesetzliches Verbot (§ 134 BGB) oder die guten Sitten (§ 138 Abs. 1 BGB) verstoßen, da sonst die gesamte Satzung nichtig wäre (*Krafka*, RegisterR, Rdnr. 2132; BeckOGK-BGB/*Segna*, Stand: 01.12.2022, § 25 Rdnr. 46; *Neudert/Waldner* in Sauter/Schweyer/Waldner, Eingetragener Verein, 21. Aufl., Rdnr. 17b und Rdnr. 51; KG, Rpfleger 2012, 212). Die Prüfung dieser Vorschriften ist unter besonderer Berücksichtigung des Art. 9 Abs. 1 GG vorzunehmen, der die Vereinigungsfreiheit grundrechtlich schützt.

Im Einzelnen:

**14** b) Für die Entscheidung ist insbesondere das durch Art. 9 Abs. 1 GG und Art. 114 Abs. 1 BV garantierte Grundrecht der Vereinigungsfreiheit zu berücksichtigen. Art. 9 Abs. 1 GG schützt die Gründung und den Bestand von Vereinigungen und gewährt sowohl ein individuelles wie kollektives Freiheitsrecht (vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Scholz, GG, Stand: Mai 2023, Art. 9 Rdnr. 42, 43, beck-online). Jeder Eingriff in die Vereinigungsfreiheit ist an die Verhältnismäßigkeit gebunden. Soweit die Vereinigungsfreiheit durch Art. 9 Abs. 2 GG einer Schranke unterliegt, ist diese Verbotsbefugnis eng auszulegen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 13.07.2018, 1 BvR 1474/12, 1 BvR 670/13, 1 BvR 57/14, NVwZ 2018, 1788, beck-online). Die Freiheit der Bildung von Vereinigungen zu beliebigen Zwecken gehört danach zu den elementaren Voraussetzungen der Persönlichkeitsbildung und -entfaltung. Sie hat darüber hinaus zentrale Bedeutung für die Meinungs- und Willensbildungsprozesse in einem freiheitlich und pluralistisch verfassten Gemeinwesen (vgl. Erfurter Kommentar/*Linsenmaier*, GG, 23. Aufl. 2023, Art. 9 Rdnr. 1, beck-online). Art. 9 Abs. 1 GG schützt natürliche sowie juristische Personen als Gründer oder Mitglieder von Vereinigungen (vgl. BeckOK-GG/*Cornils*, Stand: 15.08.2023, Art. 9 Rdnr. 3). Hinsichtlich der legitimen Vereinigungszwecke trifft Art. 9 Abs. 1 GG bewusst keine Vorentscheidung; es gilt vielmehr der Grundsatz prinzipieller Zweckoffenheit (vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Scholz, Art. 9 Rdnr. 38, beck-online).

**15** c) Unzutreffend ist das Registergericht davon ausgegangen, dass der in der Satzung angegebene Zweck gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und somit gemäß § 134 BGB unwirksam ist.

**16** Zwar wäre derzeit der erstrebte gemeinschaftliche Anbau von Cannabis gemäß § 30 Abs. 1 Nr. 1, § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtmG bzw. § 30a Abs. 1 BtmG als bandenmäßiger unerlaubter Anbau von Betäubungsmitteln bzw. als bandenmäßiger unerlaubter Anbau von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge strafbar und würde zu einer Ahndung mit einer Mindestfreiheitsstrafe von zwei Jahren bzw. fünf Jahren führen, soweit nicht ein minder schwerer Fall vorliegt. Aus der vorgelegten Satzung ergibt sich jedoch, dass ein Anbau erst beabsichtigt ist, wenn dies gesetzlich zulässig ist.

**17** In der Präambel der Satzung wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass eine Anbaugemeinschaft erst dann gegründet und betrieben werden soll, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen und die vorrangigen Auf-

gaben bis dahin in dem Einsatz zur Änderung der Gesetzgebung sowie Aufklärung und Bildungsarbeit bestehen sollen. § 2 Abs. 1 der Satzung formuliert zwar als Ziel des Vereins den gemeinschaftlichen Anbau von Cannabis, stellt dies allerdings unter den Vorbehalt, dass der Anbau „unter legalen Bedingungen“ erfolgt. In § 2 Abs. 2 der Satzung wird dann auch ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die Produktion und Weitergabe von Cannabis derzeit illegal ist und der Verein Öffentlichkeitsarbeit zur Legalisierung von Cannabis betreibt.

**18** Dass der Verein bereits vor einer Legalisierung den Anbau oder die Weitergabe von Cannabis betreiben will, ist aus der Satzung nicht zu entnehmen. Auch die Regelungen in § 6 III. 4. über die Aufgaben des „Anbaurates“ können, insbesondere auch unter Berücksichtigung der Regelung in § 6 III. 7., nur dahin gehend verstanden werden, dass diese Aufgaben erst greifen, wenn ein Anbau von Cannabis auch rechtlich möglich ist.

**19** Soweit sich herausstellen sollte, dass entgegen der in der Satzung festgelegten Regelungen bereits vor Legalisierung ein Anbau von cannabishaltigen Pflanzen betrieben werden sollte, kann auch bei Eintragung des Vereines über ein Betätigungsverbot oder ein Verbotsverfahren gegen den Antragsteller vorgegangen werden. Strafverfolgungsmaßnahmen bleiben von der Eintragung ohnehin unberührt. Derzeit bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass bereits vor Legalisierung Anbau betrieben werden soll. Vielmehr versicherte der Beteiligte auch im Rahmen des Eintragungsverfahrens mehrfach, keine illegalen Tätigkeiten entfalten zu wollen.

**20 d)** Auch eine Versagung der Eintragung wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 138 BGB) kommt nicht in Betracht. Hieran wäre zu denken, soweit der Verein einen Zweck verfolgen sollte, der im Moment der Eintragung auf unabsehbare Zeit nicht „dem Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ bzw. dem Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung entsprechen sollte (vgl. *Armbrüster* in MünchKomm-BGB, § 138 Rdnr. 23 und Rdnr. 26).

**21** Derzeit bestehen jedoch in der Bundesrepublik Deutschland Gesetzgebungsvorhaben, die einen privaten und gemeinschaftlichen, nicht-gewerblichen Eigenanbau von Cannabis für Erwachsene zum Eigenkonsum vorsehen.

**22** Basierend auf einem Zwei-Säulen-Eckpunktepapier, welches unter Mitarbeit verschiedener Bundesministerien unter Federführung des Bundesgesundheitsministeriums erarbeitet wurde, hat das Bundeskabinett am 16.08.2023 den Entwurf eines Gesetzes zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften (CanG) beschlossen (vgl. BR-Drucks. 367/23, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/brd/2023/0367-23.pdf>). Der von dem Antragsteller langfristig verfolgte Zweck beruht auf genau dieser Gesetzgebungsinitiative.

**23** Für die Frage der Eintragung in das Vereinsregister entscheidungserheblich und daher vom Senat zu prüfen ist insoweit der Maßstab des § 138 BGB. Obwohl der Gesetzentwurf nicht nur in Details, sondern zum Teil auch grundlegend umstritten ist und noch Gegenstand der parlamen-

tarischen Beratung sein wird, lässt es sich angesichts des laufenden Gesetzgebungsverfahrens nicht rechtfertigen, den Vereinszweck der Legalisierung des Cannabisanbaus als gegen „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden“ verstoßend anzusehen und mit dieser Bewertung die Eintragung in das Vereinsregister abzulehnen.

**24 d)** Die Tatsache, dass mit dem „Anbau von Cannabis unter legalen Bedingungen“ ein offensichtlicher Hauptzweck des Vereins derzeit nicht verwirklicht werden kann, stellt ebenfalls kein Eintragungshindernis dar. Der Zweck des Vereins ist der den Charakter des Vereins bestimmende oberste Leitsatz der Vereinstätigkeit, in dem das alle Mitglieder verbindende gemeinsame Interesse zum Ausdruck kommt (*Neudert/Waldner* in Sauter/Schweyer/Waldner, Der eingetragene Verein, Rdnr. 42). In diesem Sinne läge wohl kein zulässiger Vereinszweck vor, wenn die Ziele derart in der Zukunft liegen, dass derzeit noch keine wesentliche Vereinstätigkeit stattfindet oder stattfinden kann. Vorliegend sind allerdings mit dem Einsatz für Gesetzesänderungen und der Öffentlichkeitsarbeit weitere Ziele genannt, deren Verfolgung derzeit möglich und zulässig ist und welche die Grundlage der Vereinstätigkeit darstellen können. Zwar muss zum Beispiel bei Kapitalgesellschaften schon aus Publizitätsgründen der konkrete Tätigkeitsbereich als Gegenstand des Unternehmens so individualisiert sein, dass der tatsächliche Schwerpunkt der Geschäftstätigkeit erkennbar wird. Eine mangelnde Individualisierung hindert die Eintragung im Handelsregister (vgl. BeckOK-GmbHG/C. *Jaeger*, Stand: 01.08.2023, § 3 Rdnr. 4 ff.; BeckOK-AktG/*Limmer*, Stand: 01.07.2023, § 23 Rdnr. 33 ff.), was auch die Eintragung von derzeit nicht durchgeführten, nicht durchführbaren oder erst künftig beabsichtigten Tätigkeiten im Handelsregister ausschließt. Hiervon unterscheidet sich aber der Zweck eines Vereins im Sinne des § 57 Abs. 1 Alt. 1 BGB, der durch die Vereinstätigkeit erreicht bzw. verwirklicht werden soll. Die Ziele des Vereins unterliegen keiner Registerpublizität. Solange – zumindest auch – Ziele verfolgt werden, die Grundlage einer gegenwärtigen Vereinstätigkeit darstellen können, spricht nichts dagegen, auch künftige Ziele in den Vereinszweck aufzunehmen. Ob dies anders zu beurteilen wäre, wenn die Erreichung der Ziele völlig unrealistisch erscheint, kann vorliegend dahinstehen. Angesichts der derzeitigen politischen Bestrebungen der Bundesregierung, unter bestimmten Voraussetzungen den Anbau und Konsum von Cannabis zu legalisieren, erscheint das vom Verein angestrebte Ziel des „Anbaus von Cannabis unter legalen Bedingungen“ nicht völlig fernliegend.

(...)

## 16. Voraussetzungen für die Bestellung eines Nachtragsliquidators

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.07.2023, 3 Wx 72/23

GmbHG § 66 Abs. 5

### LEITSÄTZE:

1. Will ein Beteiligter die Bestellung eines Nachtragsliquidators nach § 66 Abs. 5 GmbHG erreichen, genügt die bloße Behauptung, die wegen Vermögenslosigkeit gelöschte Gesellschaft besitze noch Vermögenswerte, nicht; vielmehr muss der Beteiligte durch substantiierte Behauptungen nachvollziehbar darlegen, dass noch konkretes verteilbares Vermögen der gelöschten Gesellschaft vorhanden ist.
2. Sind Vermögenswerte der Gesellschaft vor deren Löschung im Handelsregister an einen Dritten übertragen worden, setzt die Bestellung eines Nachtragsliquidators voraus, dass der antragstellende Beteiligte stichhaltige Einwände gegen die Wirksamkeit der Rechtsübertragung vorträgt.

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 17. Rückwirkungen einer Vaterschaftsanerkennung auf den Geburtsnamen

BGH, Beschluss vom 22.03.2023, XII ZB 105/22 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 03.02.2022, 1 W 277/21)

AEUV Art. 21

BGB § 1617 Abs. 1 Satz 1, § 1617a Abs. 1, Abs. 2 Satz 2, § 1617b Abs. 1

EGBGB Art. 5 Abs. 1 Satz 2, Art. 10 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 PStG §§ 47, 48

StAG § 4 Abs. 1 Satz 2

### LEITSATZ:

Erwirbt ein Kind aufgrund Anerkennung der Vaterschaft durch einen Deutschen nach § 4 Abs. 1 Satz 2 StAG die deutsche Staatsangehörigkeit, führt das Kind vorbehaltlich einer abweichenden Rechtswahl der Sorgerechtsinhaber gemäß Art. 10 Abs. 1 EGBGB grundsätzlich einen Geburtsnamen nach Maßgabe deutschen Sachrechts.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Das Verfahren betrifft die Berichtigung der Eintragung des Geburtsnamens des betroffenen Kindes im Geburtenregister.

2 Die Beteiligte zu 1 (im Folgenden: Kindesmutter) ist ghanaische Staatsangehörige. Nach ihrer Eheschließung in Ghana mit einem deutschen Staatsangehörigen im Jahr 2009 trug sie zunächst dessen Familiennamen „L(...)“ als Ehenamen.

3 Nachdem ihre Ehe im Jahr 2014 geschieden worden war und sie am 03.10.2019 das betroffene Kind in Deutschland geboren hatte, erklärte die Kindesmutter – vertreten durch ihre Schwester – mit „statutory declaration“ vom 18.10.2019 vor dem Superior Court of Judicature in Accra (Ghana), ihrem durch die – vormalige – Eheschließung erworbenen Namen nunmehr ihren Geburtsnamen hinzuzufügen, so dass ihr Familienname mit sofortiger Wirkung „L(...)–G(...)“ laute. In ihrer Geburtsanzeige gegenüber dem Standesamt (Beteiligter zu 4) vom 13.11.2019 benannte sie als Vater des betroffenen Kindes den Beteiligten zu 2 (im Folgenden: Kindesvater), der den Familiennamen „W(...)“ trägt und deutscher Staatsangehöriger ist. Weiter bestimmte sie darin, dass sich der Familienname des Kindes nach dem Recht von Ghana richten und „G(...)–W(...)“ lauten solle.

4 Im Mai 2020 erkannte der Kindesvater seine Vaterschaft zu dem Kind mit Zustimmung der Kindesmutter in notarieller Form an und erklärte sich damit einverstanden, dass das Kind nach dem Recht von Ghana den Familiennamen „G(...)–W(...)“ erhalte. Gleichwohl trug das Standesamt am 07.08.2020 das Kind mit dem Geburtsnamen „L(...)–G(...)“ in das Geburtenregister ein.

5 Nachdem die Kindeseltern im November 2020 gemeinsame Sorgeerklärungen abgegeben hatten, haben sie im Januar 2021 beim AG beantragt, die Berichtigung des Geburtseintrags dahin anzuordnen, dass der Geburtsname des Kindes „G(...)–W(...)“ laute. Das AG hat den Antrag zurückerwiesen. Auf die Beschwerde des Kindes und seiner Eltern hat das KG das Standesamt angewiesen, den Geburtenregistereintrag für das Kind auf den Geburtsnamen „G(...)–W(...)“ zu berichtigen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Standesamts.

6 B. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft, weil das Beschwerdegericht sie in der angefochtenen Entscheidung zugelassen hat (§ 70 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 FamFG i. V. m. § 51 Abs. 1 PStG). Sie ist auch im Übrigen zulässig.

7 Die Rechtsbeschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht.

8 I. Das Beschwerdegericht hat seine in FamRZ 2022, 1093 veröffentlichte Entscheidung wie folgt begründet:

9 Das Geburtenregister sei gemäß § 48 PStG zu berichtigen, weil das Kind den Familiennamen „G(...)–W(...)“ und nicht, wie im Geburtenregister eingetragen, den Namen „L(...)–G(...)“ führe.

10 Nach Art. 10 Abs. 1 EGBGB sei für die Namensbestimmung des Kindes im Zeitpunkt seiner Geburt ghanaisches Recht maßgeblich gewesen, weil das Kind zu diesem Zeitpunkt gemäß Art. 6 Abs. 2 der Verfassung von Ghana ghanaischer Staatsangehöriger gewesen sei. Das ghanaische Recht verweise für die Namensbestimmung des Kindes nicht auf das deutsche Recht zurück. Nach dem Recht von Ghana habe die Kindesmutter dem betroffenen Kind jedenfalls durch ihre Erklärung in der Geburtsanzeige gegenüber dem Standesamt wirksam den aus ihrem

Geburtsnamen und dem Namen des Kindesvaters zusammengesetzten Doppelnamen „G(...)-W(...)“ erteilt.

**11** An dieser wirksamen Namenserteilung habe sich dadurch, dass das Kind anschließend durch die Anerkennung der Vaterschaft seitens des (deutschen) Kindesvaters nach § 4 Abs. 1 Satz 2 StAG die deutsche Staatsangehörigkeit erworben habe, nichts geändert. Zwar wirke dieser Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes zurück. Deshalb sei für die Namensführung des Kindes gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB rückwirkend ab dem Zeitpunkt der Geburt nunmehr dessen deutsche Staatsangehörigkeit maßgeblich. Dies führe aber nach den – hier jedenfalls entsprechend anwendbaren – Grundsätzen, die im Fall eines Statutenwechsels aufgrund Einbürgerung eines ausländischen Staatsangehörigen für dessen Namensführung gelten würden, nicht dazu, dass der auf der Grundlage ghanaischen Rechts wirksam erworbene Name des Kindes rückwirkend unwirksam geworden wäre. Vielmehr gelte der Grundsatz der Namenskontinuität.

**12 II.** Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

**13 1.** Die Berichtigung eines abgeschlossenen Registereintrags gemäß §§ 47, 48 PStG setzt eine von Anfang an bestehende Unrichtigkeit voraus. Unrichtig in diesem Sinne ist jeder Eintrag, dessen Inhalt auf der Verletzung materiell- oder verfahrensrechtlicher Vorschriften beruht. Der Begriff der Unrichtigkeit ist weit zu verstehen und umfasst sowohl tatsächlich oder rechtlich unrichtige als auch unvollständige Registereinträge (Senatsbeschluss vom 21.09.2022, XII ZB 504/21, FamRZ 2023, 27 Rdnr. 8 m. w. N.).

**14 2.** Die bisher getroffenen Feststellungen rechtfertigen nicht die von den Antragstellern beantragte Berichtigung des Geburtseintrags.

**15 a)** Gemäß Art. 10 Abs. 1 EGBGB unterliegt der Name einer Person dem Recht des Staates, dem die Person angehört. Nach den vom Beschwerdegericht getroffenen und mit der Rechtsbeschwerde nicht angegriffenen Feststellungen hat das betroffene Kind mit der Geburt die ghanaische und anschließend durch die Anerkennung der Vaterschaft seitens des deutschen Kindesvaters gemäß 2. § 3 Abs. 1 Nr. 1, § 4 Abs. 1 Satz 1 und StAG die deutsche Staatsangehörigkeit erworben.

**16** Ein Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 4 Abs. 1 Satz 2 StAG tritt nach – soweit ersichtlich – allgemeiner, auch vom Beschwerdegericht geteilter und zutreffender Auffassung rückwirkend mit der Geburt des Kindes ein (vgl. etwa OVG Bremen, Beschluss vom 03.02.2021, 2 B 404/20, juris Rdnr. 16; VGH München, Beschluss vom 11.10.2017, 19 CE 17.2007, juris Rdnr. 12; BayObLG, FamRZ 2003, 310, 312; GK-StAR/Marx, Stand: 17.08.2009, § 4 Rdnr. 154; *Kau/Hailbronner* in *Hailbronner/Kau/Gnatzy/Weber*, Staatsangehörigkeitsrecht, 7. Aufl., § 4 Rdnr. 32, 39; *BeckOK-Ausländerrecht/Weber*, Stand: 01.01.2023, § 4 StAG Rdnr. 17; *Staudinger/Hausmann*, Stand: 31.05.2021, Art. 10 EGBGB Rdnr. 353).

**17** Dies führt im vorliegenden Fall dazu, dass sich die Namensbestimmung gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB selbst

dann rückwirkend ab dem Zeitpunkt seiner Geburt ausschließlich nach deutschem Sachrecht richtet, wenn das Kind mehreren Staaten angehörte (vgl. Senatsbeschluss vom 08.12.2021, XII ZB 60/18, FamRZ 2022, 421 Rdnr. 16).

**18** Die rückwirkende Anwendung deutschen Sachrechts schließt es aber aus, dass das Kind wirksam einen Geburtsnamen nach ghanaischem Sachrecht erworben hat.

**19 b)** Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts kommt auch eine Fortgeltung des nach ghanaischem Recht gebildeten Namens entsprechend den Grundsätzen über einen Statutenwechsel nicht in Betracht.

**20 aa)** Allerdings ist in der Rechtsprechung des Senats anerkannt, dass im Fall eines nachträglichen Erwerbs einer deutschen Staatsangehörigkeit durch Einbürgerung eines ausländischen Staatsangehörigen dessen bisherige Namensführung fortbesteht. Denn anders als der Namenswerb, der mit der Namenserteilung abgeschlossen ist, kann die Namensführung als Folge tatsächlicher Veränderung des Anknüpfungsgrundes, und zwar insbesondere bei einem Wechsel der Staatsangehörigkeit des Namensträgers, einem Statutenwechsel unterliegen. Dabei bestimmt sich nach deutschem Recht, ob ein Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit Auswirkungen auf die Namensführung eines Betroffenen hat. Das deutsche Recht enthält indessen keine Norm, die es ohne Weiteres erlauben würde, die Namensführung eines eingebürgerten Ausländers abweichend von dem fremden Recht zu beurteilen, unter dem der Name erworben wurde. Vielmehr ist das deutsche Recht von dem – ungeschriebenen – Grundsatz der Namenskontinuität beherrscht, mit dem sowohl allgemeinen Ordnungsinteressen als auch dem Bestreben Rechnung getragen wird, Namensänderungen gegen den Willen des Namensträgers möglichst zu vermeiden (vgl. Senatsbeschluss vom 19.02.2014, XII ZB 180/12, FamRZ 2014, 741 Rdnr. 13 ff. m. w. N.).

**21 bb)** Diese vom Beschwerdegericht herangezogenen Grundsätze sind hier aber nicht, auch nicht entsprechend, anwendbar.

**22 (1)** Anders als im Fall der Einbürgerung eines ausländischen Staatsangehörigen, bei welcher der Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 16 Satz 1 StAG lediglich mit Wirkung ex nunc eintritt (vgl. GK-StAR/Marx, Stand: 09.06.2006, § 16 Rdnr. 6; *Hailbronner* in *Hailbronner/Kau/Gnatzy/Weber*, Staatsangehörigkeitsrecht, § 16 Rdnr. 3), oder im Fall der Aufnahme von Deutschen im Sinne des Art. 116 Abs. 1 GG in das Gebiet der Bundesrepublik, bei der die von der Verfassung angeordnete Gleichstellung mit deutschen Staatsangehörigen ebenfalls lediglich eine ex-nunc-Wirkung für die Zeit ab ihrer Aufnahme entfaltet (vgl. Senatsbeschluss, BGHZ 121, 305 = FamRZ 1993, 935, 938), erfolgt der – hier vorliegende – Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit des Kindes aufgrund Anerkennung der Vaterschaft durch einen Deutschen nach § 4 Abs. 1 Satz 2 StAG mit Wirkung ex tunc auf den Zeitpunkt der Geburt des Kindes zurück.

**23** Ein rückwirkender Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit hat jedoch – anders als ein solcher nur mit Wirkung

ex nunc (vgl. dazu Senatsbeschlüsse vom 08.06.1983, IVb ZB 637/80, FamRZ 1983, 878, 881; BGHZ 121, 305 = FamRZ 1993, 935, 938 und vom 09.06.1993, XII ZB 3/93, FamRZ 1993, 1178, 1179) – Auswirkungen auf einen bereits nach ausländischem Recht gebildeten Namen. Denn dieser Erwerb verdrängt das vormals maßgebliche ausländische – hier ghanaische – Namenssachrecht (*Wall*, StAZ 2022, 225, 226 f.; *Kraus*, [Fachausschuss Nr. 4178], StAZ 2021, 92, 94 und [Fachausschuss Nr. 3953], StAZ 2012, 350, 352; *Henrich*, StAZ 1995, 284, 286; vgl. auch *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, 4. Aufl., Rdnr. V-579 f.). Das Personalstatut eines Kindes im Sinne von Art. 10 Abs. 1 EGBGB ist infolge eines rückwirkenden Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 4 Abs. 1 Satz 2 StAG somit von Geburt an auf diese Staatsangehörigkeit festgelegt; dies gilt unabhängig davon, wann die Anerkennung der Vaterschaft erfolgt ist. Rechtlich kommt es in diesem Fall somit weder zu einem Statutenwechsel, da das deutsche Personalstatut des Kindes von Geburt an besteht, noch zu einer Änderung des Namens, weil eine entgegen Art. 10 Abs. 1 EGBGB nach ausländischem Recht erfolgte Namenserteilung aus Sicht des deutschen Rechts grundsätzlich irrelevant ist (vgl. *Staudinger/Hausmann*, Stand: 31.05.2021, Art. 10 EGBGB Rdnr. 148). Vielmehr führt gemäß Art. 10 Abs. 1 EGBGB ein Kind im Fall der Anerkennung der Vaterschaft durch einen Deutschen ab seiner Geburt einen Namen nach Maßgabe des – nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB vorgehenden – deutschen Sachrechts (vgl. BayObLG, FamRZ 2003, 310, 312; *Staudinger/Hausmann*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 355, 409; MünchKomm-BGB/*Lipp*, 8. Aufl., Art. 10 EGBGB Rdnr. 161; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. IV-314; *Grüneberg/Thorn*, 82. Aufl., Art. 10 EGBGB Rdnr. 6; *Wall*, StAZ 2022, 225, 226 ff.; *Hepting*, StAZ 1998, 133, 136; *Sturm*, StAZ 1994, 273, 278; a. A. BayObLG, StAZ 2000, 235, 237; jurisPK-BGB/*Janal*, Stand: 06.03.2020, Art. 10 EGBGB Rdnr. 41).

**24 (2)** Es ist auch nicht ersichtlich, dass diese kollisionsrechtliche Folge den gesetzgeberischen Motiven widerspricht (vgl. dazu BT-Drucks. 12/4450, S. 36; BT-Drucks. 13/8511, S. 77). Denn die in § 4 Abs. 1 StAG enthaltene Inbezugnahme der deutschen Gesetze umfasst auch das Kollisionsrecht (BVerwGE 172, 109 = NJW 2021, 2669 Rdnr. 42). Mit dem rückwirkenden Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit nach § 4 Abs. 1 Satz 2 StAG beansprucht der deutsche Gesetzgeber im Falle des Anerkenntnisses einer Vaterschaft durch einen Deutschen die kollisionsrechtliche Personalhoheit über das Kind (*Wall*, StAZ 2022, 225, 228). Eine – entsprechende – Anwendung der Grundsätze über einen Statutenwechsel, wie vom Beschwerdegericht befürwortet, würde sich über dieses gesetzgeberische Ziel unzulässig hinwegsetzen.

**25 (3)** Nichts anderes ergibt sich aus den Wertungen des mit dem Gesetz zur Reform des Kindschaftsrechts (Kindschaftsrechtsreformgesetz – KindRG) vom 16.12.1997 (BGBl. I, S. 2942) eingeführten § 1617b Abs. 2 Satz 1 BGB.

**26** Nach dieser Vorschrift erhält im Fall einer rechtskräftigen Feststellung, dass ein Mann, dessen Familienname Geburtsname des Kindes geworden ist, nicht der Vater des

Kindes ist, das Kind (nur) auf seinen Antrag oder, wenn das Kind das fünfte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, auch auf Antrag des Mannes den Namen, den die Mutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes geführt hat, als Geburtsnamen. Mithin tritt im Fall einer erfolgreichen Vaterschaftsanfechtung, also im spiegelbildlichen Fall zur hier vorliegenden Vaterschaftsanerkennung, bei dem Kind ein Wechsel seines Geburtsnamens nicht mehr ipso iure, sondern nur noch auf Antrag des Kindes oder des Mannes ein.

**27** Zwar hat der Gesetzgeber zur Begründung dieser Vorschrift ausgeführt, sie breche mit einem Grundgedanken des bisherigen Rechts, denn künftig solle das Kind – vorbehaltlich eines abweichenden Antrags – auch nach einer erfolgreichen Anfechtung der Vaterschaft seinen Namen behalten (BT-Drucks. 13/4899, S. 91). Dieser Paradigmenwechsel im Regelungsbereich der Vaterschaftsanfechtung rechtfertigt aber keine Übertragung auf Fälle der hier vorliegenden Art (a. A. wohl *Krömer*, StAZ 2023, 6, 7 f.). Aus der Gesetzesbegründung zu § 1617b Abs. 2 BGB ergibt sich lediglich das Motiv, die vermehrt auftretenden Fälle einer Namensänderung infolge einer erfolgreichen Anfechtung der Vaterschaft zu regulieren. Diese im deutschen Sachrecht mit festgelegter Zielrichtung getroffene Regelung lässt sich nicht ohne Weiteres auf anders gelagerte kollisionsrechtliche Sachverhalte, um die es hier geht, übertragen.

**28 c)** Soweit die Vaterschaftsanerkennung aufgrund des rückwirkend anzuwendenden deutschen Namensstatuts faktisch mit einer Änderung der Namensführung des Kindes einhergeht, hängt diese Änderung hier auch nicht von der Zustimmung des Kindes ab. Zwar wird eine Zustimmungspflicht bei Kindern, die das fünfte Lebensjahr vollendet haben, in entsprechender Anwendung der § 1617a Abs. 2 Satz 2, § 1617b Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2 Satz 1, § 1617c Abs. 1 Satz 1 BGB von Teilen der Literatur angenommen (so etwa *Staudinger/Hausmann*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 410 f.; *Kraus*, [Fachausschuss Nr. 4178], StAZ 2021, 92, 94; *Hepting*, StAZ 1998, 133, 136). Dies kann hier aber dahinstehen, da das betroffene Kind im Zeitpunkt der Anerkennung der Vaterschaft erst sieben Monate alt war.

**29 d)** Auf der Grundlage deutschen Sachrechts scheidet die von den Antragstellern begehrte Berichtigung des im Geburtenregister eingetragenen Geburtsnamens aus.

**30 aa)** Danach bestimmt sich der Geburtsname für das betroffene Kind gemäß § 1617a Abs. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift erhält ein Kind als Geburtsnamen den Namen seiner – wie hier – nicht verheirateten Mutter, den diese im Zeitpunkt der Geburt des Kindes geführt hat, sofern der Mutter das alleinige Sorgerecht zugestanden hat.

**31** Wer Inhaber der elterlichen Sorge ist, wird – wenn keine deutsche oder in Deutschland anzuerkennende ausländische Sorgerechtsentscheidung vorliegt – in selbstständiger Anknüpfung gemäß Art. 16 Abs. 1 des Haager Kinderschutzabkommens (KSÜ) nach dem Sachrecht des Staates bestimmt, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Macht das Sorgerechtsstatut die Zuweisung der elterlichen Sorge von der Abstammung abhängig, ist diese –

ebenfalls selbstständig – nach Art. 19 EGBGB anzuknüpfen (Senatsbeschluss vom 29.06.2022, XII ZB 153/21, FamRZ 2022, 1455 Rdnr. 11 m. w. N.). Bei hier vorliegendem gewöhnlichem Aufenthalt des Kindes im Inland ist deutsches Recht zur Bestimmung der elterlichen Sorge berufen.

**32** Nach deutschem Sachrecht hatte die (nicht verheiratete) Kindesmutter gemäß § 1626a Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 BGB im Zeitpunkt der Geburt des Kindes die alleinige elterliche Sorge, weil die Eltern eine Sorgeerklärung (§ 1626a Abs. 1 Nr. 1 BGB) erst später – nach der Beurkundung des Geburtsnamens – abgegeben haben.

**33** Nach der Regelung des somit anwendbaren § 1617a Abs. 1 BGB kommt eine Berichtigung des Geburtsnamens des Kindes auf den Namen „G(...)-W(...)“, wie von den Kindeseltern beantragt, nicht in Betracht. Denn nach den vom Beschwerdegericht getroffenen Feststellungen führte die Kindesmutter im Zeitpunkt der Geburt des Kindes den Familiennamen „L(...)“. Mit Wirkung vom 18.10.2019 änderte sich der mütterliche Bezugsname nach dem insoweit anzuwenden ghanaischen Recht zu „L(...)-G(...)“. Da diese Namensänderung nicht auf einer Eheschließung oder Begründung einer Lebenspartnerschaft beruht, erstreckt sie sich gemäß § 1617c Abs. 2 Nr. 2 i. V. m. Abs. 1 BGB auf das noch nicht fünf Jahre alte Kind (vgl. MünchKomm-BGB/von Sachsen Gessaphe, § 1617c Rdnr. 24). Weil die Geburt zum Zeitpunkt dieser personenstandsrechtlichen Änderung noch nicht beurkundet war, hat das Standesamt die Änderung zutreffend gemäß § 35 Abs. 2 PStV in den Haupteintrag aufgenommen (vgl. Gaaz/Bornhofen/Lammers, Personenstandsgesetz, 5. Aufl., § 21 Rdnr. 20).

**34** bb) Auch die von den Eltern nach der Beurkundung begründete gemeinsame elterliche Sorge für das Kind bietet keine Grundlage dafür, die Eintragung des begehrten Geburtsnamens – mittels einer Maßgabenanordnung hinsichtlich einer vorzunehmenden Folgebeurkundung (vgl. § 27 Abs. 3, § 49 PStG; Senatsbeschluss vom 29.06.2022, XII ZB 153/21, FamRZ 2022, 1455 Rdnr. 31) – auszusprechen. Denn auch bei gemeinsamer elterlicher Sorge kann der Geburtsname des Kindes gemäß § 1617b Abs. 1 i. V. m. § 1617 Abs. 1 Satz 1 BGB lediglich nach dem Namen des Vaters oder der Mutter, nicht jedoch als Doppelname der Eltern bestimmt werden.

**35** cc) In diesen gesetzlichen Bestimmungen liegt auch keine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des Kindes (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG). Zwar wird ein nicht rechtmäßig erworbener, aber von einem Menschen in gutem Glauben tatsächlich geführter Name vom Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts umfasst, wenn er über einen nicht unbedeutenden Zeitraum die Persönlichkeit des Trägers tatsächlich mitbestimmt hat und ein entsprechender Vertrauenstatbestand vorliegt (BVerfG, NJWE-FER 2001, 193, 194). Es ist aber nicht zu erkennen, dass sich bei dem hier betroffenen Kleinkind in dem Zeitraum von zehn Monaten seit seiner Geburt bis zur Eintragung seines Geburtsnamens im Geburtenregister eine schutzwürdige soziale Identität mit dem geführten Doppelnamen bilden konnte (vgl. Senatsbeschlüsse vom 20.02.2019, XII ZB 130/16, FamRZ 2019,

967 Rdnr. 39 und vom 13.11.2019, XII ZB 118/17, FamRZ 2020, 331 Rdnr. 31 ff.).

**36** Ebenso wenig erfordert es der Schutz des Elternrechts (Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG), einen (unrechtmäßig) aus den Namen der Eltern zusammengesetzten Kindesdoppelnamen anzuerkennen (vgl. BVerfGE 104, 373 = FamRZ 2002, 306, 307 ff.).

**37** dd) Schließlich besteht keine unionsprimärrechtliche Pflicht nach Art. 21 AEUV zur Anerkennung des nach ghanaischem Recht gebildeten Namens (vgl. für den europäischen Rechtsraum EuGH, FamRZ 2017, 1175; FamRZ 2016, 1239; FamRZ 2011, 1486; FamRZ 2008, 2089 und FamRZ 2004, 173). Denn dass ein Bürger der Europäischen Union in einem Nicht-Mitgliedstaat (hier: Ghana) ggf. einen anderen Namen führen muss als in einem Mitgliedstaat (hier: Deutschland), verbietet das Unionsrecht nicht (vgl. *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, 4. Aufl., Rdnr. II-469; *Wall*, StAZ 2022, 225, 233; vgl. dazu auch *Junker*, Internationales Privatrecht, 5. Aufl., § 13 Rdnr. 18).

**38** 3. Die angefochtene Entscheidung kann daher keinen Bestand haben. Sie ist gemäß § 74 Abs. 5 FamFG aufzuheben und die Sache ist nach § 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen, weil sie nicht zur Endentscheidung reif ist.

**39** Im weiteren Verfahren wird das Beschwerdegericht zu prüfen haben, ob die von den Eltern nach Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB getroffene Rechtswahl, nach der sich die Namensbestimmung für das Kind nach ghanaischem Recht richten soll, wirksam ist. Nach dieser Vorschrift können allerdings von vornherein nur solche Rechtsordnungen gewählt werden, die eine den familiären Bezug erkennbar machende Namenserteilung vorsehen. Rechtsordnungen, die ausschließlich Eigennamen kennen oder die eine Namensbestimmung für das minderjährige Kind in das freie Belieben der sorgeberechtigten Eltern stellen und dabei auch die Erteilung von sog. Phantasienamen zulassen, können nicht gewählt werden, da die nach solchen Regeln erfolgende Namensgebung nicht den Begriff des „Familiennamens“ im Sinne des Art. 10 Abs. 3 EGBGB erfüllt (vgl. Senatsbeschluss vom 29.06.2022, XII ZB 153/21, FamRZ 2022, 1455 Rdnr. 22 m. w. N.). Insoweit kommt es (ausschließlich) auf den Inhalt der gewählten Rechtsordnung, nicht hingegen darauf an, ob der konkret gewählte Name des Kindes – wie hier – einen familiären Bezug erkennbar macht (vgl. Senatsbeschluss vom 09.05.2018, XII ZB 47/17, FamRZ 2018, 1245 Rdnr. 11). Hierzu hat das Beschwerdegericht, von seinem Standpunkt aus folgerichtig, noch keine ausreichenden Feststellungen getroffen.

(...)

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 18. Unzulässigkeit der Durchsuchung und Beschlagnahme bei einem Notar anlässlich dessen Geldwäscheverdachtsanzeige

LG München I, Beschluss vom 08.06.2022, 9 Qs 14/22

*BNotG § 18*

*GwG §§ 43, 54*

*StGB § 203 Abs. 1 Nr. 3*

*StPO § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 97 Abs. 1 Nr. 3*

#### LEITSATZ:

**Bei einem Notar, der eine Geldwäscheverdachtsanzeige abgibt, steht einer Durchsuchung und Beschlagnahme zur Erlangung weiterer darauf bezogener Informationen ein Beschlagnahmeverbot entgegen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

**24 1.** Entgegen der Rechtsauffassung der Beschwerdeführerin Bi, sie sei unrichtige Adressatin des angefochtenen Beschlusses, ist sie als Mitinhaberin des Notariats sehr wohl richtige Adressatin des angefochtenen Beschlusses. Dass – so ihr Vortrag – die fraglichen Unterlagen von ihren eigenen Unterlagen getrennt aufbewahrt werden, macht sie als Mitberechtigte der Räume des Notariats nicht zur falschen Adressatin. Vor Beginn einer Durchsuchung ist es weder für die Staatsanwaltschaft noch der Polizei möglich, näher zu spezifizieren, wo in dem Notariat, in welchem Schrank etc. welche Unterlagen lagern und welchem von mehreren Notaren diese zuzuschreiben sind. Im Gegenteil: Wenn bereits vor Beginn der Durchsuchung erkennbar ist, dass auch weitere Personen von dieser betroffen sind, muss auch gegen diese ein richterlicher Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss ergehen.

**25 2.** Der Durchsuchung und Beschlagnahme steht ein Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 Nr. 3, § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO entgegen. Der Beschwerdeführer ist nach § 18 BNotG zur Verschwiegenheit verpflichtet. Die Verschwiegenheitspflicht ist nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbewehrt. Eine Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht wurde weder seitens der Beteiligten noch der Aufsichtsbehörde, d. h. der Präsidentin des LG München I, erteilt.

**26** Entgegen der Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft M I besteht auch keine Ausnahme von der Verschwiegenheitspflicht dahin gehend, dass sich diese lediglich auf solche Gegenstände erstreckt, die ihrem Aussagegehalt nach zu dem Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Notar gehören. Eine derartige Ausnahme findet sich zwar in § 43 Abs. 2 GwG betreffend der Geldwäscheverdachtsmeldung, zu der Notare in den durch die GwGMeldV – Immobilien nach § 43 Abs. 6 GwG stets verpflichtet sind. Vorliegend erstellte (...) auch gerade solch eine Geldwäscheverdachtsmeldung an die FIU. Allerdings entbindet die Verpflichtung

des Notars zur Fertigung einer Geldwäscheverdachtsmeldung nicht von der Schweigepflicht des Notars nach § 18 BNotG, § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Hierbei handelt es sich um voneinander getrennt zu betrachtende Pflichten des Notars.

**27** Weiter ist der Notar lediglich verpflichtet, gegenüber der FIU eine Geldwäscheverdachtsmeldung abzugeben. Die Beamten der FIU wiederum sind nach § 54 Abs. 3 Nr. 2a GwG explizit von der Verschwiegenheitspflicht gegenüber Strafverfolgungsbehörden befreit. Eine entsprechende Befreiung von der Verschwiegenheitspflicht für Notare enthält § 54 GwG demgegenüber gerade nicht. Dies zeigt gerade, dass wenn die FIU aufgrund der Geldwäscheverdachtsmeldung eines Verpflichteten, hier des (...) nach weiteren selbstständigen Ermittlungen Anhaltspunkte für ein strafbares Verhalten hat, sie ihr Wissen den Strafverfolgungsbehörden offenbaren darf und muss. Im Gegensatz dazu bleiben Notare zur Verschwiegenheit verpflichtet.

**28** Weiter wies die LNotK zutreffend auf den unterschiedlichen Zweck einer Geldwäscheverdachtsmeldung und einer Zeugenaussage bzw. einer Beschlagnahme von Unterlagen beim Notar hin: Während § 43 GWG den Notar dazu verpflichtet, eine Geldwäscheverdachtsmeldung abzugeben, damit seitens der Aufsichtsbehörde präventiv eine Geldwäschebehandlung noch verhindert werden kann (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 10.04.2018, 2 S 1059/17), erfolgen eine Zeugenaussage bzw. eine Beschlagnahme von Unterlagen für die Strafverfolgungsbehörden naturgemäß stets repressiv. In letzterem Fall ist die strafbare Handlung somit stets eingetreten. Der Notar würde vorliegend immer zum Beweismittel gegen seinen eigenen Mandanten werden, was die Vertrauensbasis zwischen Mandanten und Notaren von vorneherein erheblich beeinträchtigen könnte.

(...)



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

## KOSTENRECHT

### 19. Zur Wertbemessung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit

OLG Köln, Beschluss vom 13.12.2023, 2 Wx 218/23

GNotKG §§ 52, 83

#### LEITSATZ:

**Fehlen für den Wert des Rechts für den Berechtigten oder für das herrschende Grundstück rechnerisch greifbare Anhaltspunkte, so bestimmt sich Wert für die Einräumung einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit betreffend ein Leitungsrecht für ein Stromversorgungsunternehmen gemäß § 52 Abs. 5 GNotKG nach dem geschätzten Jahreswert der eingeräumten Nutzung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit Beschluss vom 05.10.2023 hat der Grundbuchrechtspfleger den Geschäftswert für die Eintragung einer Dienstbarkeit betreffend die Führung von Höchstspannungsfreileitungen, wegen deren Inhalt im Einzelnen auf die Bewilligung vom 13.02.2023 (...) Bezug genommen wird, unter Zugrundelegung eines Jahreswertes im Sinne des § 52 Abs. 5 GNotKG auf 26.769 € festgesetzt (...). Mit Kostenrechnung vom selben Tage wurde nach diesem Wert eine 1,0-Gebühr nach Nr. 14121 GNotKG i. H. v. 125 € gegen die F GmbH angesetzt. Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 2 mit ihrer „Erinnerung“ vom 17.10.2023. Durch Beschluss vom 04.12.2023 hat der Grundbuchrechtspfleger der Beschwerde nicht abgeholfen, die Beschwerde wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache zugelassen und die Sache dem OLG Köln zur Entscheidung vorgelegt.

2 II. Die als Beschwerde zu verstehende „Erinnerung“ ist gemäß § 83 Abs. 1 Satz 2 GNotKG aufgrund bindender Zulassung durch das Grundbuchamt statthaft.

3 Der rechts unterzeichnende Einzelrichter überträgt gemäß § 83 Abs. 1 Satz 5 i. V. m. § 81 Abs. 6 Satz 2 GNotKG die Sache zur Entscheidung dem Senat in der Besetzung nach dem Gerichtsverfassungsgesetz mit drei Richtern. Insbesondere im Hinblick auf den von der Beschwerde zitierten Beschluss des OLG Hamm vom 24.10.2018, 15 W 287/18 kommt der Rechtssache grundsätzliche Bedeutung zu.

4 Die Beschwerde ist unbegründet, weil das Grundbuchamt den Geschäftswert für die Eintragung der Dienstbarkeit nicht zu hoch bemessen hat.

5 Grundsätzlich bestimmt sich der Wert einer Dienstbarkeit gemäß § 52 GNotKG nach dem Wert, den das Recht für den Berechtigten oder für das herrschende Grundstück hat. Wenn eine einmalige Entschädigung als Gegenleistung versprochen wird, ist der Wert nach § 52 Abs. 1 GNotKG mit diesem Wert der Gegenleistung anzusetzen. Nur ansonsten wird der Wert nach dem Jahreswert der eingeräumten Nutzung ermittelt. Ist dieser nicht zu ermitteln, so ist er, wenn alle Nutzungen umfassend sind, nach § 52 Abs. 5

GNotKG mit 5 % des Grundstückswertes anzusetzen (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 18.01.2018, 3 W 88/17, juris Rdnr. 13).

6 Vorliegend scheidet danach eine Anwendung des § 52 Abs. 1 GNotKG aus, weil rechnerisch greifbare Anhaltspunkte für die Bewertung einer Gegenleistung weder von der Beteiligten zu 2 mitgeteilt noch sonst ersichtlich sind. Bei der Wertangabe im Antrag (1.000 €) handelt es sich lediglich um eine subjektive Einschätzung, während es für die Bestimmung des Wertes im Sinne des § 52 Abs. 1 GNotKG objektiver bewertbarer Anknüpfungskriterien bedarf. Insoweit folgt der Senat nicht dem Beschluss des OLG Hamm vom 24.10.2018, 15 W 287/18, soweit diesem zu entnehmen ist, dass eine bloße Wertangabe in der Bewilligung ohne weitere Anhaltspunkte für eine Anwendung des § 52 Abs. 1 GNotKG ausreicht. Der Hinweis der Beschwerde, eine Einzelzuordnung von Netzentgelten sei nicht möglich, erlaubt ebenso wenig eine Wertbemessung auf der Grundlage des § 52 Abs. 1 GNotKG wie der Verweis, es sei unrealistisch, den Wert eines Leitungsteils auf einem Grundstücksteil bestimmen zu wollen. Auch der Hinweis auf die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben stellt insoweit keinen tauglichen Anknüpfungspunkt dar, weil das geltende Recht in § 52 GNotKG keine Differenzierung nach der Zweckrichtung einer Dienstbarkeit vorsieht. Der Gesetzgeber hat es in der Hand, Unternehmen von Gerichtskosten zu entlasten, die diesen in Wahrnehmung übertragener öffentlicher Aufgaben erwachsen.

7 In Fällen, in denen – gerade auch nach dem Beschwerdevorbringen – für eine Bemessung auf der Grundlage des § 52 Abs. 1 GNotKG greifbare Anhaltspunkte fehlen, ist für den Jahreswert § 52 Abs. 5 GNotKG heranzuziehen und – wie es das Grundbuchamt getan hat – an den Wert der von der Dienstbarkeit betroffenen Fläche anzuknüpfen. Ein anderer Wert im Sinne des zweiten Halbsatzes der Vorschrift – etwa nur ein Bruchteil – ist hier nicht festzustellen. Denn die vorliegende Dienstbarkeit erschöpft sich nicht in solchen Eigentumsbeschränkungen, wie sie mit einem bloßen Leitungsrecht wie etwa bei einem Erdkabel verbunden wären, sondern umfasst auch das Aufstellen von Leistungsmasten, das Benutzen, Betreten und Befahren der betroffenen Grundfläche sowie auch diesbezügliche Bau-, Geländeänderungs- und Pflanzverbote. Auch zutreffend hat das Grundbuchamt auf den sich damit aus § 52 Abs. 5 GNotKG ergebenden Jahreswert den Vervielfältiger gemäß § 52 Abs. 3 Satz 1 GNotKG angewendet.

(...)

## STEUERRECHT

### 20. Private Veräußerungsgeschäfte: Nutzung zu eigenen Wohnzwecken bei Abtrennung und Veräußerung eines unbebauten Teils des Wohngrundstücks

BFH, Urteil vom 26.09.2023, IX R 14/22 (Vorinstanz: FG Niedersachsen, Urteil vom 20.07.2022, 4 K 88/21)

EStG § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1, Satz 3

#### LEITSÄTZE:

1. Zwischen dem angeschafften bebauten Grundstück und dem veräußerten, durch Teilung entstandenen unbebauten (Teil-)Grundstück besteht wirtschaftliche (Teil-)Identität.
2. Die Tatbestandsausnahme in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG erstreckt sich nicht nur auf das zu eigenen Wohnzwecken genutzte Gebäude, sondern auch auf den dazugehörenden Grund und Boden, sofern ein einheitlicher Nutzungs- und Funktionszusammenhang zwischen dem Gebäude und dem Grundstück besteht.
3. Ein einheitlicher Nutzungs- und Funktionszusammenhang zwischen dem zu eigenen Wohnzwecken genutzten Gebäude und dem dazugehörenden Grund und Boden entfällt, soweit von dem bisher ungeteilten Wohngrundstück ein (unbebauter) Teil abgetrennt wird. Die beiden dadurch entstandenen Grundstücke sind in Bezug auf ihre „Nutzung zu eigenen Wohnzwecken“ jeweils getrennt zu betrachten.

### 21. Kein Aufteilungsgebot bei Vermietung oder Verpachtung eines Grundstücks mit Betriebsvorrichtungen

BFH, Beschluss vom 17.08.2023, V R 7/23 (Vorinstanz: EuGH, Urteil vom 04.05.2023, C-516/21)

FGO § 118 Abs. 2

MwStSystRL Art. 135 Abs. 2 Satz 1 lit. c

UStG § 4 Nr. 12 Satz 1 und 2

#### LEITSATZ:

§ 4 Nr. 12 Satz 2 UStG ist nicht auf die Verpachtung von auf Dauer eingebauten Vorrichtungen und Maschinen anzuwenden, wenn es sich hierbei um eine Nebenleistung zur Verpachtung eines Gebäudes als Hauptleistung handelt, die im Rahmen eines zwischen denselben Parteien geschlossenen Vertrags nach § 4 Nr. 12 Satz 1 lit. a UStG steuerfrei ist, sodass eine einheitliche Leistung vorliegt (Folgeentscheidung zum EuGH-Urteil FA X vom 04.05.2023, C-516/21, ECLI: EU: C:2023:372 und Aufgabe des Senatsurteils vom 28.05.1998, V R 19/96, BFHE 185, 555 = BStBl. II 2010, S. 307).

#### AUS DEN GRÜNDEN:

11. Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) verpachtete in den Jahren 2010 bis 2014 (Streitjahre) Stallgebäude zur Putenaufzucht mit auf Dauer eingebauten Vorrichtungen und Maschinen. Es handelte sich bei diesen um speziell abgestimmte Ausstattungselemente für die vertragsgemäße Nutzung als Putenaufzuchtstall. Die Vorrichtungen dienten der Fütterung in der Putenhaltung, um die Tiere unter Einsatz einer Industrieförderspirale (vom Silo bis zur speziell entworfenen Futterschale) in der vorgegebenen Zeit zur Schlachtreife aufzuziehen. Heizungs- und Lüftungsanlagen dienten der Sicherung des jeweils erforderlichen Stallklimas (Aufzucht der Küken bei 29 °C, Absenkung der Stalltemperatur bis zur fünften Lebenswoche stufenweise auf 20 °C bis 22 °C). Spezielle Beleuchtungssysteme sorgten für eine gleichmäßige Ausleuchtung zur Vermeidung schädlicher Schattenplätze (entsprechend besonderer Rechtsvorschriften und Verbandsrichtlinien mit einer Beleuchtungsstärke zwischen 0,5 lx während der Nachtruhe und circa 20 lx am Tag).

2 Der Kläger ging davon aus, dass seine Leistung bei der Verpachtung der Stallgebäude zur Putenaufzucht mit den auf Dauer eingebauten Vorrichtungen und Maschinen insgesamt steuerfrei sei. Es lag hierfür ein einheitliches Entgelt vor, das nach den vertraglichen Regelungen nicht auf die Überlassung des Stalls einerseits und Vorrichtungen und Maschinen andererseits aufgeteilt war.

3 Demgegenüber vertrat der Beklagte und Revisionskläger (FA) die Auffassung, dass das einheitlich vereinbarte Pachtentgelt nach Maßgabe der beim Kläger entstandenen Kosten zu 20 % auf die Vorrichtungen und Maschinen entfalle und insoweit steuerpflichtig sei. Das FA erließ daher entsprechende Änderungsbescheide für die Streitjahre. Der dagegen eingelegte Einspruch hatte keinen Erfolg.

4 Demgegenüber gab das FG der hiergegen eingelegten Klage statt. Nach seinem in EFG 2020, 1725 veröffentlichten Urteil liegt eine insgesamt und damit auch im Umfang der Verpachtung der eingebauten Vorrichtungen und Maschinen steuerfreie Leistung vor. Zwar sei die eigenständige Verpachtung derartiger Vorrichtungen und Maschinen steuerpflichtig. Handele es sich aber wie im vorliegenden Fall bei der Überlassung derartiger Vorrichtungen und Maschinen um eine Nebenleistung zur Überlassung eines Stallgebäudes, sei die Verpachtung auch insoweit steuerfrei, als sie auf die Überlassung dieser Vorrichtungen und Maschinen entfalle. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH zur RL 2006/112/EG des Rates vom 28.11.2006 über das gemeinsame Mehrwertsteuersystem (MwStSystRL) ging das FG davon aus, dass eine einheitliche Leistung vorliege, wenn ein zur Miete angebotenes Gebäude mit begleitenden Leistungen in wirtschaftlicher Hinsicht objektiv eine Gesamtheit bilde (EuGH-Urteil Wojskowa Agencja Mieszkaniowa w Warszawie vom 16.04.2015, C-42/14, ECLI: EU: C:2015:229, Rdnr. 42). Ergänzend verwies das FG auch darauf, dass der BFH entschieden habe, dass es sich bei der Überlassung des Inventars um eine Nebenleistung zur gemäß § 4 Nr. 12 Satz 1 lit. a UStG steuerfreien Verpachtung eines Seniorenwohn-parks handele (Senatsurteil vom 11.11.2015, V R 37/14,



BFHE 251, 517 = BStBl. II 2017, S. 1259). Daher sei die Überlassung der Vorrichtungen und Maschinen eine Nebenleistung zur steuerfreien Verpachtung. Es lägen speziell abgestimmte Ausstattungselemente vor, die nur dazu gedient hätten, die vertragsgemäße Nutzung des Putenstalls unter optimalen Bedingungen in Anspruch zu nehmen.

**5** Hiergegen wendet sich das FA mit seiner Revision. Die Vermietungsleistung sei in eine steuerfreie Grundstücksvermietung und eine steuerpflichtige Vermietung von Betriebsvorrichtungen aufzuteilen. § 4 Nr. 12 Satz 2 UStG gehe den Abgrenzungsmerkmalen von Haupt- und Nebenleistung und dem Grundsatz der Einheitlichkeit der Leistung vor. Es handele sich um ein Aufteilungsgebot. Zudem habe das FG die Einheitlichkeit der Leistung zu Unrecht bejaht. Das FG habe sich nur von dem Verhältnis der Anschaffungskosten der Betriebsvorrichtungen zu den Gebäudeherstellungskosten leiten lassen. Es habe nicht die Absetzung für Abnutzung (AfA) und Erhaltungsaufwendungen einbezogen. Maßgeblich sei die Kapitalverzinsung wie auch eine gesonderte Rentabilitätsberechnung. Die Betriebsabläufe in der Putenmast bestätigten eine getrennte Beurteilung. Zudem gebe die Überlassung der Betriebsvorrichtungen der Gesamtverpachtung das Gepräge. Auf dieser Grundlage sei die Grundstücksverpachtung Nebenleistung zur Überlassung der Betriebsvorrichtungen.

**6** Das FA beantragt,

das Urteil des FG aufzuheben und die Klage abzuweisen.

**7** Der Kläger beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

**8** Die Vermietung des Stallgebäudes sei als Hauptleistung anzusehen, da das Gebäude den Schutz und die Wärme der Puten zur Mast gewährleistet habe. Putenmast wäre auch ohne Technik möglich. Die Technik diene nur der wirtschaftlicheren Nutzung des Stallgebäudes, nicht aber das Gebäude der Nutzung der Technik. Bei älteren und damit bereits abgeschriebenen Gebäuden könne nicht auf das Verhältnis der Kosten abgestellt werden.

**9** Im Revisionsverfahren hat der erkennende Senat mit Beschluss vom 26.05.2021, V R 22/20 (BFHE 273, 351) das Verfahren gemäß § 74 FGO ausgesetzt und dem EuGH folgende Frage zur Auslegung der MwStSystRL zur Vorabentscheidung vorgelegt:

„Erfasst die Steuerpflicht der Vermietung von auf Dauer eingebauten Vorrichtungen und Maschinen gemäß Art. 135 Abs. 2 [Satz 1] lit. c MwStSystRL nur die isolierte (eigenständige) Vermietung derartiger Vorrichtungen und Maschinen oder auch die Vermietung (Verpachtung) derartiger Vorrichtungen und Maschinen, die aufgrund einer zwischen denselben Parteien erfolgenden Gebäudeverpachtung (und als Nebenleistung zu dieser) nach Art. 135 Abs. 1 Buchst. I MwStSystRL steuerfrei ist?“

**10** Hierauf hat der EuGH mit Urteil FA X vom 04.05.2023, C-516/21 (ECLI: EU: C:2023:372) wie folgt geantwortet:

„Art. 135 Abs. 2 Satz 1 lit. c der RL 2006/112/EG (...) ist dahin auszulegen, dass er auf die Vermietung auf

Dauer eingebauter Vorrichtungen und Maschinen keine Anwendung findet, wenn diese Vermietung eine Nebenleistung zu einer Hauptleistung der Verpachtung eines Gebäudes ist, die im Rahmen eines zwischen denselben Parteien geschlossenen und nach Art. 135 Abs. 1 lit. I dieser Richtlinie steuerbefreiten Pachtvertrags erbracht wird, und diese Leistungen eine wirtschaftlich einheitliche Leistung bilden.“

**11** Die Beteiligten hatten Gelegenheit zur Stellungnahme.

**12** II. Die Entscheidung ergeht gemäß § 126a FGO. Der Senat hält einstimmig die Revision des FA für unbegründet und eine mündliche Verhandlung nicht für erforderlich. Die Beteiligten sind davon unter Hinweis auf die maßgeblichen Gründe unterrichtet worden und hatten Gelegenheit zur Stellungnahme. Das FG hat zutreffend entschieden, dass eine insgesamt steuerfreie Leistung vorliegt. Denn das sog. Aufteilungsgebot des § 4 Nr. 12 Satz 2 UStG ist nicht auf die Vermietung oder Verpachtung (vorliegend: Verpachtung) von auf Dauer eingebauten Vorrichtungen und Maschinen anzuwenden, wenn es sich hierbei um eine Nebenleistung zur Vermietung oder Verpachtung (vorliegend: Verpachtung) eines Gebäudes als Hauptleistung handelt, die im Rahmen eines zwischen denselben Parteien geschlossenen Vertrags nach § 4 Nr. 12 Satz 1 lit. a UStG steuerfrei ist, sodass eine wirtschaftlich einheitliche Leistung vorliegt.

**13** 1. Nach § 4 Nr. 12 Satz 1 lit. a UStG ist die Vermietung und die Verpachtung von Grundstücken steuerfrei. Unionsrechtlich beruht dies auf dem insoweit gleichlautenden Art. 135 Abs. 1 lit. I MwStSystRL.

**14** Von dieser Steuerfreiheit schließt § 4 Nr. 12 Satz 2 UStG insbesondere die Vermietung und die Verpachtung von Maschinen und sonstigen Vorrichtungen aller Art aus, die zu einer Betriebsanlage gehören (Betriebsvorrichtungen), auch wenn sie wesentliche Bestandteile eines Grundstücks sind. Unionsrechtlich ergibt sich dies aus Art. 135 Abs. 2 Satz 1 lit. c MwStSystRL, der die Vermietung von auf Dauer eingebauten Vorrichtungen und Maschinen von der Steuerfreiheit ausschließt. Zudem ordnet Art. 135 Abs. 2 Satz 2 MwStSystRL an, dass die Mitgliedstaaten Ausnahmen von der Befreiung nach Art. 135 Abs. 1 lit. I MwStSystRL vorsehen können.

**15** 2. Der erkennende Senat ist in seiner bisherigen Rechtsprechung davon ausgegangen, dass sich in Bezug auf Betriebsvorrichtungen aus § 4 Nr. 12 Satz 2 UStG ein Aufteilungsgebot ergibt. Danach ist die Vermietung und Verpachtung von Betriebsvorrichtungen nicht von der Umsatzsteuer befreit, selbst wenn diese wesentliche Bestandteile eines Grundstücks sind. Das Aufteilungsgebot lasse auch keine Einbeziehung der Überlassung von Betriebsvorrichtungen in die Steuerbefreiung der Grundstücksvermietung unter dem Gesichtspunkt der unselbstständigen Nebenleistung zu (Senatsurteil vom 28.05.1998, V R 19/96, BFHE 185, 555 = BStBl. II 2010, S. 307, Leitsatz). Dem folgte auch die Finanzverwaltung (Abschn. 4.12.10 Satz 1 des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses).

**16** 3. Demgegenüber ist nach dem in diesem Rechtsstreit ergangenen EuGH-Urteil FA X (ECLI: EU: C:2023:372)

Art. 135 Abs. 2 Satz 1 lit. c MwStSystRL nicht auf die Verpachtung von auf Dauer eingebauten Vorrichtungen und Maschinen anzuwenden, wenn diese eine Nebenleistung zu einer Hauptleistung der Verpachtung eines Gebäudes ist, die im Rahmen eines zwischen denselben Parteien geschlossenen und nach Art. 135 Abs. 1 lit. I dieser Richtlinie steuerbefreiten Pachtvertrags erbracht wird, und diese Leistungen eine wirtschaftlich einheitliche Leistung bilden (EuGH-Urteil FA X, ECLI: EU: C:2023:372, Antwort auf die Vorlagefrage und Rdnr. 39).

**17 a)** Der EuGH begründet dies damit, dass sich aus Art. 135 Abs. 2 MwStSystRL kein Erfordernis ergibt, einen einheitlichen wirtschaftlichen Vorgang in eigenständige Leistungen aufzuteilen (EuGH-Urteil FA X, ECLI: EU: C:2023:372, Rdnr. 34). Daher ist in Bezug auf die Verpachtung eines Zuchtstalls und der in diesem Gebäude auf Dauer eingebauten Anlagen, die speziell an diese Zucht angepasst sind, wobei der Pachtvertrag zwischen denselben Parteien geschlossen ist und ein einheitliches Entgelt vorliegt, zu prüfen, ob diese Leistungen, wie es nahezu liegen scheint, eine wirtschaftlich einheitliche Leistung darstellen (EuGH-Urteil FA X, ECLI: EU: C:2023:372, Rdnr. 37). Im Fall einer wirtschaftlich einheitlichen Leistung, die zusammengesetzt ist aus einer nach Art. 135 Abs. 1 lit. I MwStSystRL steuerbefreiten Hauptleistung in Form der Vermietung oder Verpachtung eines Grundstücks und einer mit der Hauptleistung untrennbar verbundenen Nebenleistung, die nach Art. 135 Abs. 2 Satz 1 lit. c MwStSystRL grundsätzlich von dieser Befreiung ausgeschlossen ist, ist die Nebenleistung – gleichwohl – steuerlich ebenso zu behandeln wie die Hauptleistung (EuGH-Urteil FA X, ECLI: EU: C:2023:372, Rdnr. 38).

**18 b)** Dem schließt sich der erkennende Senat für die Auslegung von § 4 Nr. 12 Satz 2 UStG an. An der bisherigen Annahme eines Aufteilungsgebots im Senatsurteil vom 28.05.1998, V R 19/96, BFHE 185, 555 = BStBl. II 2010, S. 307 ist somit nicht mehr festzuhalten, da § 4 Nr. 12 Satz 2 UStG entsprechend Art. 135 Abs. 2 Satz 1 lit. c MwStSystRL richtlinienkonform auszulegen ist (Änderung der Rechtsprechung). Die Beurteilung bei Betriebsvorrichtungen entspricht damit der bei der Überlassung von Inventar (vgl. hierzu Senatsurteil vom 11.11.2015, V R 37/14, BFHE 251, 517 = BStBl. II 2017, S. 1259).

**19 c)** Der Senat berücksichtigt dabei auch, dass § 4 Nr. 12 Satz 2 UStG der Umsetzung von Art. 135 Abs. 2 Satz 1 MwStSystRL, nicht aber zur Ausübung der durch Art. 135 Abs. 2 Satz 2 MwStSystRL eingeräumten Ermächtigung dient. Zur Ausübung dieser Ermächtigung bedarf es einer gesetzlichen Regelung (EuGH-Urteil Maierhofer vom 16.01.2003, C-315/00, ECLI: EU: C:2003:23, Rdnr. 23 zu der Art. 135 Abs. 2 Satz 2 MwStSystRL entsprechenden Bestimmung in Art. 13 Teil B lit. b Abs. 2 der Sechsten RL 77/388/EWG des Rates vom 17.05.1977 zur Harmonisierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Umsatzsteuern), die in eindeutiger Weise ein Aufteilungsgebot begründet (vgl. zum Beispiel § 12 Abs. 2 Nr. 11 Satz 2 UStG). Eine derartige Regelung ist § 4 Nr. 12 Satz 2 UStG nicht zu entnehmen. Aus diesem Grund ist zum Beispiel die dort auch genannte Vermietung von Plätzen für das Abstellen

von Fahrzeugen wie die Vermietung von Grundstücken für Wohnzwecke steuerfrei, wenn sie im Rahmen eines einheitlichen wirtschaftlichen Vorgangs mit dieser eng verbunden ist (so zum Beispiel zuletzt BFH, Urteil vom 10.12.2020, V R 41/19, BFH/NV 2021, 949, Leitsatz).

**20 4.** Im Streitfall hat das FG unter zutreffender Berücksichtigung der vom EuGH entwickelten Rechtsprechung zu Haupt- und Nebenleistungen (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 26.05.2021, V R 22/20, BFHE 273, 351 Rdnr. 45 f., m. w. N. zur Rechtsprechung des EuGH) entschieden, dass eine einheitliche Leistung vorliegt, bei der die Überlassung der Betriebsvorrichtungen Nebenleistung zur Stallüberlassung war, sodass eine insgesamt nach § 4 Nr. 12 Satz 1 lit. a UStG steuerfreie Leistung vorliegt.

**21 a)** Das FG hat dies zutreffend damit begründet, dass es sich bei den Vorrichtungen und Maschinen um speziell abgestimmte Ausstattungselemente handelte, die nur dazu dienten, die vertragsgemäße Nutzung des Putenstalls unter optimalen Bedingungen in Anspruch zu nehmen. Die Vorrichtungen wurden für die Fütterung von Tieren in der Putenhaltung verwendet, um diese unter Einsatz einer Industrieförderspirale in der vorgegebenen Zeit zur Schlachtreife aufzuziehen. Heizungs- und Lüftungsanlagen waren notwendig, um den Anforderungen an das Stallklima gerecht zu werden. Spezielle Beleuchtungssysteme dienten einer gleichmäßigen Ausleuchtung. Bei den weiteren Anlagen zur Fütterung handelte es sich somit um Gegenstände, die für die Nutzung der gepachteten Ställe nützlich oder sogar notwendig waren. Als zutreffend erweist sich damit die Überlegung des Klägers, dass vorrangig das Gebäude den Schutz und die Wärme der Puten zur Mast gewährleistete. Diese Würdigung ist weder widersprüchlich noch verstößt sie gegen Denkgesetze und auch nicht gegen allgemeine Erfahrungssätze (vgl. zum Beispiel Senatsurteil vom 16.03.2023, V R 17/21, BFH/NV 2023, 965 Rdnr. 20). Daher ist vorliegend nicht einer Auffassung im Schrifttum (*Nieskens*, UR 2023, 446; vgl. auch *Widmann*, UR 2022, 7, 9 f.; demgegenüber zutreffend *Heinrichshofen*, UStB 2023, 173, 174) zu folgen, wonach die Gebäudeverpachtung die selbstständige Nebenleistung und die Verpachtung der Betriebsvorrichtungen die das Schicksal der Leistung insgesamt bestimmende Hauptleistung sein soll.

**22 b)** Ebenso greifen die hiergegen gerichteten und nicht näher spezifizierten Überlegungen des FA zur fehlenden Einbeziehung von AfA und Erhaltungsaufwendungen oder zur Kapitalverzinsung und zu Rentabilitätsberechnungen nicht durch. Das FA wendet sich insoweit nur gegen die Tatsachenwürdigung des FG, ohne in Bezug auf diese Feststellungen zulässige und begründete Revisionsgründe vorzubringen (§ 118 Abs. 2 FGO). Es stellt lediglich seine eigene Würdigung der Tatsachen an die Stelle der Würdigung des FG.

**23** Damit erweist sich das Urteil des FG, das bei seiner Entscheidung das jetzt aufgegebenen Senatsurteil vom 28.05.1998, V R 19/96, BFHE 185, 555 = BStBl II 2010, S. 307 außer Betracht gelassen hatte, im Ergebnis als zutreffend.

(...)

## 22. Disquotale Einlage in eine KGaA

FG Hamburg, Urteil vom 11.07.2023, 3 K 188/21

AO § 42

ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 8

### LEITSÄTZE:

1. Die disquotale Einlage eines Kommanditaktionärs gilt nicht nach § 7 Abs. 8 ErbStG als Schenkung zugunsten des nicht am Grundkapital beteiligten persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA. Dieser hält keinen Anteil an einer Kapitalgesellschaft im Sinne der Vorschrift, dessen Wert erhöht worden ist.
2. Erhöht sich der Wert der Beteiligung eines pHG einer KGaA, der nicht am Grundkapital der Gesellschaft beteiligt ist, dadurch, dass ein anderer Gesellschafter Vermögen in die KGaA einbringt, ohne eine dessen Wert entsprechende Gegenleistung zu erhalten, liegt keine freigebige Zuwendung des einbringenden Gesellschafters an den persönlich haftenden Gesellschafter vor. Wegen der rechtlichen Eigenständigkeit des Gesellschaftsvermögens der KGaA fehlt es unabhängig von der konkreten Ausgestaltung der Satzung an der Vermögensverschiebung zwischen den Gesellschaftern.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die disquotale Einlage in die ungebundene Kapitalrücklage einer KGaA ein schenkungsteuerpflichtiger Vorgang ist.

2 I. Mit notarieller Urkunde vom (...) 2019 gründeten der Kläger und sein Vater (...) die Y(...) KGaA. Das Grundkapital der Gesellschaft betrug 50.000 €, eingeteilt in 50.000 auf den Namen lautende Stückaktien, welche der Vater vollständig übernahm. Der Kläger verpflichtete sich als persönlich haftender Gesellschafter (im Folgenden pHG) der Y-KGaA, eine nicht auf das Grundkapital zu leistende Vermögenseinlage i. H. v. 450.000 € in bar zu erbringen. Dieser Einlageverpflichtung kam der Kläger nach.

3 Gegenstand der Y-KGaA war nach deren Satzung die Verwaltung eigenen Vermögens, der Erwerb, die Verwaltung und die Veräußerung von Beteiligungen sowie die Übernahme der persönlichen Haftung und die Geschäftsführung bei Handelsgesellschaften. Ausgenommen waren erlaubnispflichtige Geschäfte.

4 Zur Ergebnisverteilung enthält die Satzung in Abschnitt VII. folgende Regelung:

#### 5 „2. Ergebnisverteilung

a) Ausgangsbetrag für die Aufteilung des Ergebnisses ist das Jahresergebnis nach Abzug der festen Tätigkeitsvergütung der persönlich haftenden Gesellschafter, einer etwaigen Haftungsvergütung der persönlich haftenden Gesellschafter und der festen Vergütungen des Aufsichtsrats.

b) Aus diesem Ausgangsbetrag wird das Jahresergebnis im Verhältnis der Kapitalkonten (Grundkapital und Kapitalkonto der persönlich haftenden Gesellschafter) nach dem Stand am Bilanzstichtag aufgeteilt; (...)

c) (...)

d) Der auf die persönlich haftenden Gesellschafter nach den Buchstaben b) und c) entfallende Gewinn steht den persönlich haftenden Gesellschaftern nach Feststellung des Jahresabschlusses zur Entnahme zur Verfügung. (...)

g) Die Rücklagen der Gesellschaft stehen im Verhältnis des Kapitalkontos der persönlich haftenden Gesellschafter zur Summe des Gesamtkapitals der Gesellschaft, welches sich aus der Summe der Kapitalkonten aller persönlich haftenden Gesellschafter zuzüglich des Grundkapitals der Gesellschaft zusammensetzt, auch den persönlich haftenden Gesellschaftern zu.

h) Die Hauptversammlung kann mit Zustimmung der persönlich haftenden Gesellschafter eine von den vorstehenden lit. a)-g) abweichende Ergebnisverteilung beschließen. Insbesondere können die Aktionäre für einzelne Geschäftsjahre zugunsten der persönlich haftenden Gesellschafter auf ihr Dividendenbezugsrecht und/oder ihren Dividendenanspruch verzichten; umgekehrt gilt Gleiches.“

6 Hinsichtlich des Ausscheidens von persönlich haftenden Gesellschaftern regelt die Satzung in Abschnitt VIII. 1. unter anderem Folgendes:

„d) Der Wert des Anteils eines ausscheidenden persönlich haftenden Gesellschafters mit Kapitalanteil wird nach Maßgabe einer auf den Tag seines Ausscheidens aufzustellenden Auseinandersetzungsbilanz ermittelt. In dieser sind Aktiva und Passiva mit dem Zeitwert anzusetzen; ein Geschäftswert oder Ertragswert sowie der im Zeitpunkt des Ausscheidens aus laufenden Geschäften erwartete Gewinn sind bei der Erstellung der Auseinandersetzungsbilanz zu berücksichtigen. Das Auseinandersetzungsguthaben des ausscheidenden persönlich haftenden Gesellschafters entspricht seiner prozentualen Beteiligung an dem sich aus der Auseinandersetzungsbilanz ergebenden Wert; die prozentuale Beteiligung entspricht dem Verhältnis des Kapitalkontos des ausscheidenden persönlich haftenden Gesellschafters zur Summe des Gesamtkapitals der Gesellschaft, welches sich aus der Summe der Kapitalkonten aller persönlich haftenden Gesellschafter zuzüglich des Grundkapitals der Gesellschaft zusammensetzt. Die Rücklagen der Gesellschaft sind im Verhältnis des Kapitalkontos des ausscheidenden persönlich haftenden Gesellschafters zur Summe des Gesamtkapitals der Gesellschaft, welches sich aus der Summe der Kapitalkonten aller persönlich haftender Gesellschafter zuzüglich des Grundkapitals der Gesellschaft zusammensetzt, dem persönlich haftenden Gesellschafter zuzurechnen. (...)“

7 Zur Auflösung trifft die Satzung unter Abschnitt IX. Nr. 1 unter anderem folgende Regelung:

„b) Das nach Berichtigung der Verbindlichkeiten verbleibende Vermögen der Gesellschaft wird zwischen den persönlich haftenden Gesellschaftern mit Kapitalanteil und den Kommanditaktionären im Verhältnis der Nennbeträge der Kapitalanteile und der Anteile am Grundkapital verteilt. Die Rücklagen der Gesellschaft sind im Verhältnis des Kapitalkontos des persönlich haftenden Gesellschafters zur Summe des Gesamtkapitals der Gesellschaft, welches sich aus der Summe der Kapitalkonten aller persönlich haftenden Gesellschafter zuzüglich des Grundkapitals der Gesellschaft zusammensetzt, dem persönlich haftenden Gesellschafter zuzurechnen.“

8 Die Eintragung der Y-KGaA ins Handelsregister erfolgte (...) [knapp vier Wochen später].

9 II. (...) (knapp fünf Wochen nach der Gründung) schloss der Vater mit der Y-KGaA einen Einlagevertrag ab. In der Präambel des Vertrages heißt es, der Kommanditaktionär, also der Vater, beabsichtige den Zweck der Gesellschaft durch Übertragung zusätzlicher Investitionsmittel auf die Gesellschaft zu fördern. In dem Vertrag verpflichtete sich der Vater, einen Betrag in Höhe von (...) Mio. € in die Gesellschaft einzulegen. In der Handelsbilanz der Gesellschaft sollte der dem Wert der Einlage entsprechende Betrag in die ungebundene Kapitalrücklage (§ 272 Abs. 2 Nr. 4 HGB) der Gesellschaft eingestellt werden.

10 III. Mit Schreiben vom (...) zeigte der Vater dem Beklagten den vorstehenden Vorgang an. Dabei führte er aus, die Förderung des Gesellschaftszwecks einer Kapitalgesellschaft durch ihren Gesellschafter stelle nach der Rechtsprechung des BFH keine freigebige Zuwendung dar, entsprechend liege kein schenkungsteuerpflichtiger Vorgang vor. Auch zugunsten der Gesellschafter liege kein schenkungsteuerpflichtiger Vorgang vor, sodass die Mitteilung nur höchstvorsorglich und nachrichtlich erfolge.

11 Daraufhin teilte der Beklagte dem Vater am (...) mit, auch er gehe davon aus, dass die Einlage keine freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG darstelle, wohl aber den Tatbestand des § 7 Abs. 8 ErbStG erfülle.

12 Unter dem (...) nahm der Vater dazu Stellung und führte insbesondere aus: Es sei zwar richtig, dass sich durch seine Einlage die Vermögenssituation des Klägers positiv verändert habe, da dieser in dem Verhältnis, wie er ihm, dem Vater, gegenüber an den Kapitalrücklagen der Y-KGaA partizipiere, in einem späteren, aufschiebend bedingten Falle, insbesondere bei Ausscheiden aus der Y-KGaA oder deren Liquidation, an der Einlage partizipieren solle, sofern die eingelegten Mittel zu diesem Zeitpunkt in der Y-KGaA wertmäßig noch vorhanden seien. Gleichwohl handele es sich nicht um einen steuerbaren Vorgang durch Zuwendung an den Kläger nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Nach der Rechtsprechung des BFH komme eine, auch schenkungsteuerrechtliche Vermögenszurechnung an einen Gesellschafter über seine Beteiligung an einer Gesellschaft nur dann in Betracht, wenn ihm das Vermögen der Gesellschaft auch

zivilrechtlich zustehe. Im Gegensatz zu einer Personengesellschaft, bei der das (Gesamthands-)Vermögen den Gesamthändern und nicht der Gesellschaft zustehe, sei die KGaA nach der Rechtsprechung des BFH, auch was die schenkungsteuerliche Behandlung des Komplementärs angehe, nicht als transparent zu behandeln. Die Einlagen einer KGaA seien Vermögen der Gesellschaft selbst und die Komplementäre seien nicht dinglich am Vermögen der KGaA beteiligt, sondern verfügten lediglich über einen bedingten schuldrechtlichen Auseinandersetzungsanspruch.

13 Darüber hinaus liege auch kein nach § 7 Abs. 8 ErbStG steuerbarer Vorgang vor. Der Wortlaut der Vorschrift setze „die Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft voraus“. Auch wenn unbestritten sei, dass es sich bei einer KGaA um eine Kapitalgesellschaft handle, sei ein pHG nicht derart an der KGaA beteiligt, dass er „einen Anteil an einer Kapitalgesellschaft“ halte, dessen Wert sich mit der Einlage erhöhen könne. „Anteil an einer Kapitalgesellschaft“ sei in diesem Sinne nur eine Beteiligung am Grundkapital der Gesellschaft, an der es beim pHG der Y-KGaA fehle. Hiervon gehe auch der BFH in seinem Beschluss vom 27.04.2005 (II B 76/04) aus.

14 Auch die gesetzliche Regelungssystematik des ErbStG spreche für dieses Verständnis. So seien in § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG Anteile an Kapitalgesellschaften aufgeführt und daneben in § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG der Anteil eines pHG einer KGaA; stellte die Beteiligung eines KGaA-Komplementärs einen Anteil an einer Kapitalgesellschaft dar, wäre die Nennung in § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG obsolet. Es sei daher auch konsequent, dass § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG von Anteilen „an“ einer Kapitalgesellschaft spreche, während § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG den Anteil eines pHG „einer“ KGaA behandle; der Komplementär habe eben gerade keinen Anteil „an“ einer Kapitalgesellschaft, sondern sei Gesellschafter „einer“ Kapitalgesellschaft. Auch aus § 13b Abs. 6 ErbStG ergebe sich das gleiche Bild, da auch hier Anteile an einer Kapitalgesellschaft getrennt von dem Anteil eines pHG einer KGaA geregelt seien.

15 Dass der Gesetzgeber zwischen einem „Anteil an einer Kapitalgesellschaft“ einerseits und dem „Anteil eines pHG einer KGaA“ unterscheide, zeige sich auch bei § 13b Abs. 4 Nr. 2 ErbStG, der Anteile an Kapitalgesellschaften von 25 % oder weniger als Verwaltungsvermögen einordne. Wäre ein Komplementäranteil ein „Anteil an einer Kapitalgesellschaft“, wären Komplementäranteile, die eine wirtschaftliche Beteiligung an der KGaA von 25 % oder weniger vermitteln, Verwaltungsvermögen, obwohl ein solcher Anteil gleichzeitig aber gemäß § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG unabhängig von der Höhe der wirtschaftlichen Beteiligung begünstigungsfähiges Vermögen wäre. Dies sei ein Widerspruch, da dann ein solcher Anteil zwar unmittelbar begünstigt übertragen werden könnte, die Begünstigung aber entfielen, wenn der Anteil über eine andere Gesellschaft gehalten würde. Der Gleichlauf von § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG und § 13b Abs. 4 Nr. 2 ErbStG zeige gerade, dass Gegenstände begünstigungsfähigen Vermögens kein Verwaltungsvermögen darstellten.

**16** Dass der Anteil des pHG einer KGaA und ein Anteil an einer Kapitalgesellschaft unterschiedliche Vermögensgegenstände seien, zeige sich auch an der ertragsteuerlichen Beurteilung, wonach der Gewinnanteil des pHG nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb zähle und der Komplementär wie ein Mitunternehmer behandelt werde, während Einkünfte aus Anteilen an einer Kapitalgesellschaft Einkünfte aus Kapitalvermögen seien. Diese Aufteilung entspreche der Besteuerung eines atypischen stillen Gesellschafters bei einer GmbH, der mit dem pHG einer KGaA gemein habe, dass beide eine Einlage in das Vermögen einer Kapitalgesellschaft leisteten, aber nicht an deren Grund- bzw. Nennkapital beteiligt seien und keine Anteile an dieser Gesellschaft hielten.

**17** Außerdem wies der Vater darauf hin, dass seiner Ansicht nach die Einlage in die KGaA keinen Missbrauch steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne des § 42 AO darstelle.

**18** Mit Schreiben vom (...) teilte der Beklagte dem Kläger mit, dass eine Besteuerung der „Werterhöhung gemäß § 7 Abs. 8 ErbStG Kapitalanteil [Kläger] 450.000 € / Gesamtkapital 500.000 €“ in Höhe von (...) Mio. € beabsichtigt werde. Zur Erläuterung führte er aus, eine KGaA stelle sowohl zivil- als auch steuerrechtlich eine Kapitalgesellschaft dar. Durch seine Einlage habe der Kläger zivilrechtlich einen Kapitalanteil am einheitlichen Gesellschaftsvermögen der Y-KGaA und damit einen Anteil an einer Kapitalgesellschaft erworben. Die von seinem Vater geleistete Einlage habe dem Kläger umfangreiche Rechte am Vermögen der Y-KGaA (Anteil am Ergebnis, beim Ausscheiden und bei Auflösung der Gesellschaft) verschafft, der Anteil des Klägers an der Y-KGaA habe durch die Einlage des Vaters eine Werterhöhung erfahren. § 7 Abs. 8 ErbStG stelle auf die Gesellschaftsnatur ab, sodass von der Vorschrift auch die KGaA erfasst sei.

**19** Der Kläger reagierte auf die Mitteilung der Besteuerungsabsicht durch Schreiben vom (...), mit dem er die Ausführungen aus dem Schreiben seines Vaters vom (...) wiederholte und vertiefte.

**20** IV. Mit Schenkungsteuerbescheid vom (...) setzte der Beklagte für den Erwerb vom (...) gegenüber dem Kläger eine Schenkungsteuer in Höhe von (...) € fest. Er berücksichtigte dabei einen Erwerb in Höhe von (...) Mio. €. Der Bescheid erging unter dem Vorbehalt der Nachprüfung. Zur Begründung wiederholte der Beklagte seine Ausführungen aus der Mitteilung der Besteuerungsabsicht.

**21** V. Dagegen wandte sich der Kläger mit seinem Einspruch vom (...) und führte zur Begründung aus, weshalb seiner Auffassung nach weder die Voraussetzungen des § 7 Abs. 8 ErbStG noch die des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gegeben seien.

**22** Auf eine schriftliche Anfrage des Beklagten vom (...) nach etwaigen Vorschenkungen teilte der Kläger mit, dass er gemäß Schenkungsvertrag vom (...) eine Geldschenkung in Höhe von (...) € von seinem Vater erhalten habe.

**23** Der Beklagte erließ daraufhin am (...) einen geänderten Schenkungsteuerbescheid. Den steuerpflichtigen Erwerb

beifizierte der Beklagte weiterhin auf (...) Mio. € und setzte unter Berücksichtigung der Vorschenkung von (...) € nunmehr eine Steuer in Höhe von (...) € fest. Der Vorbehalt der Nachprüfung blieb bestehen.

**24** VI. Durch Einspruchsentscheidung vom (...) wies der Beklagte den Einspruch als unbegründet zurück. Zur Begründung seiner Einspruchsentscheidung ergänzte der Beklagte seine bisherigen Ausführungen unter anderem wie folgt:

§ 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG sei grundsätzlich auch auf den pHG einer KGaA anzuwenden. Die Tatbestandsvoraussetzungen seien erfüllt. Der Kläger habe durch seine Einlage einen Anteil am einheitlichen Gesellschaftsvermögen der Y-KGaA erlangt. Infolge der bestehenden Satzungsregelungen halte er einen (Kapitalgesellschafts-)Anteil an der Y-KGaA. Die Einlage seines Vaters habe dem Kläger entsprechend den in der Satzung getroffenen Regelungen umfangreiche Rechte am Vermögen der Y-KGaA verschafft – für die Ergebnisverteilung, aber auch für den Fall seines Ausscheidens sowie bei Auflösung der Gesellschaft.

**25** Der Umstand, dass der pHG einer KGaA in den Vorschriften der §§ 13a, 13b ErbStG ausdrücklich benannt werde, in § 7 Abs. 8 ErbStG jedoch nicht, stehe einer Steuerpflicht aus § 7 Abs. 8 ErbStG nicht entgegen. Im Zusammenhang mit begünstigtem Vermögen und den Nachbesteuerungstatbeständen werde nur hervorgehoben, dass neben dem Betriebsvermögen und Beteiligungen an einer Gesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG auch der Anteil eines pHG einer KGaA dazugehöre, was der ertragsteuerlichen Gleichbehandlung nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG entspreche. Das ErbStG knüpfe lediglich an diesen Regelungsansatz an.

**26** Soweit § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG den pHG hervorhebe, stelle er auf den Gesellschafter und nicht auf die Gesellschaft ab. Ob diese Regelung auf das Erbschaftsteuerrecht ohne gesonderte Normierung (§ 13b Abs. 1, 2 ErbStG) übertragbar sei, sei unerheblich, weil es für die Beurteilung einer Zuwendung nach § 7 Abs. 8 ErbStG hierauf nicht ankomme, da dieser Tatbestand auf die Gesellschaftsnatur abstelle und damit die KGaA erfasst sei.

**27** § 7 Abs. 8 ErbStG erfasse disquotale Einlagen in jegliche Kapitalgesellschaften; einer steuerlichen Bereicherung stehe nicht entgegen, dass es sich bei dem Erwerber um einen pHG handle. Auch wenn im Rahmen des § 7 Abs. 8 ErbStG nicht auf die Leistung selbst, sondern auf die Wertsteigerung der Beteiligung abzustellen sei, führe dies zum gleichen Ergebnis, da die Geldleistung mit dem Nennwert nach § 200 Abs. 4 BewG anzusetzen sei.

**28** Alternativ seien auch die Voraussetzungen des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfüllt. Eine Vermögensverminderung beim Vater habe stattgefunden, ebenso aber auch eine Vermögensmehrung beim Kläger unter Berücksichtigung der hybriden Rechtsform der KGaA aus Personen- und Kapitalgesellschaft. Durch die Ausgestaltung der Satzung sei zielgerichtet die Voraussetzung dafür geschaffen worden, dass sich im Zeitpunkt der Einlage die schuldrechtlichen Auseinandersetzungsansprüche des Klägers um (...) Mio. € ( $450.000 \text{ €} : 500.000 \text{ €} \times [\dots] \text{ Mio. €}$ ) unmittelbar

erhöht hätten. Dies habe zur Folge, dass durch die Einlage eine endgültige Vermögensverschiebung zugunsten des Klägers eingetreten und er unmittelbar auf Kosten des Vaters bereichert sei. Da die Einlage in Kenntnis dieser unmittelbaren Bereicherungswirkung getätigt worden sei, sei auch der Wille zur Bereicherung des Klägers vorhanden.

**29** VII. Dagegen hat der Kläger am (...) Klage erhoben.

**30** Zur Begründung ergänzt der Kläger sein Vorbringen aus dem Verwaltungsverfahren insbesondere wie folgt: Eine Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG könne nur vorliegen, wenn eine Leistung beim Leistungsempfänger den Bestand seines Vermögens und nicht nur dessen Wert erhöhe. Es sei für § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG auch erforderlich, dass der Empfänger über das Zugewandte im Verhältnis zum Leistenden tatsächlich und rechtlich frei verfügen könne. Im Fall einer disquotalen Einlage in eine Kapitalgesellschaft könne aber nur die Kapitalgesellschaft selbst tatsächlich und rechtlich frei über das Vermögen verfügen, die Gesellschafter hätten keinen unmittelbaren Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen. Soweit sich der Wert der Anteile der Gesellschafter erhöhe, stelle dies gerade keine Vermögensverschiebung, sondern nur einen Wertreflex dar.

**31** Das vom Beklagten angeführte Urteil des BFH zur disquotalen Einlage in eine Kommanditgesellschaft (II R 9/17) führe auch nicht zu einem anderen Ergebnis. Der BFH begründe sein Ergebnis, dass die Gesamthänder bei der disquotalen Einlage in die KG bereichert seien, mit der Art der Beteiligung der Gesamthänder am Gesamthandsvermögen. Nur die unmittelbare Berechtigung der Gesamthänder am eingelegten Wirtschaftsgut führe zu der für die Annahme einer freigebigen Zuwendung erforderlichen Vermögensverschiebung. Da es sich bei der KGaA um eine Kapitalgesellschaft handele, hielten weder die Kommanditaktionäre noch die pHG einer KGaA einen Anteil an einem Gesamthandsvermögen der Gesellschaft.

**32** Hinsichtlich der Frage, ob ein Anteil an einer Kapitalgesellschaft im Sinne des § 7 Abs. 8 ErbStG vorliegt, trägt der Kläger ergänzend vor, dass eine Regelung in der Satzung, nach der die Vermögenseinlage des Komplementärs diesem eine Beteiligung am Gewinn und an der Substanz der Gesellschaft vermittele, nicht dazu führe, dass es sich bei diesem Anteil um einen Anteil an einer Kapitalgesellschaft handele. Eine solche Regelung sei Grundvoraussetzung dafür, dass ein Komplementär Einkünfte aus der KGaA erziele und einen Anteil an deren Betriebsvermögen halte, d. h. die Beteiligung überhaupt steuerlich relevant werde. Deswegen gehe er, der Kläger, davon aus, dass der Gesetzgeber bei der Formulierung der entsprechenden Regelungen in den verschiedenen Steuergesetzen auch von diesem Fall ausgegangen sei.

**33** Der Anteil des pHG werde weder in § 13b ErbStG noch in § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG dem Recht der Personengesellschaften zugewiesen. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG regele nur, dass der Anteil des Komplementärs einer KGaA wie ein Mitunternehmeranteil zu besteuern sei. Es gebe nicht nur Beteiligungen an Personengesellschaften und Anteile an Kapitalgesellschaften, sondern zahlreiche weitere Arten

von Beteiligungen an Personenvereinigungen und Vermögensmassen, zu denen auch der Anteil eines pHG einer KGaA zähle.

**34** Der Gesetzesbegründung könne nicht der gesetzgeberrische Wille entnommen werden, dass auch der Anteil eines Komplementärs einer KGaA von § 7 Abs. 8 ErbStG erfasst werde. Der Gesetzgeber habe dort nur zum Ausdruck gebracht, dass es für andere Rechtsformen keiner Regelung bedürfe, nicht jedoch, dass er bewusst davon ausgegangen sei, dass alle Gesellschaftsformen außer Personengesellschaften und Vereinen mit der Regelung erfasst seien. Warum eine Regelung aus Sicht des Gesetzgebers nicht notwendig gewesen sei, bleibe offen. Außerdem stelle der Gesetzgeber bei dieser Aussage nur auf die Art der Gesellschaft und nicht auf die Art der Beteiligung ab; die Gesetzesbegründung lasse völlig offen, ob der Gesetzgeber alle Beteiligungsformen, wie zum Beispiel den Anteil eines KGaA-Komplementärs, an einer Kapitalgesellschaft habe erfassen wollen.

**35** Bezüglich § 42 AO führt der Kläger ergänzend aus, dass hinsichtlich der disquotalen Einlage in eine Kapitalgesellschaft eine missbräuchliche Gestaltung bereits mangels „Umgehung“ eines Steuergesetzes ausscheide, da § 7 Abs. 8 ErbStG disquotale Einlagen in eine Kapitalgesellschaft regeln solle, auch wenn der vorliegende Fall gerade nicht darunter falle. Es handele sich bei der disquotalen Einlage von Vermögen in eine Gesellschaft im Übrigen um einen tatsächlich und rechtlich üblichen Vorgang, der nicht § 42 AO erfülle. Diese sei auch der kürzeste Weg, um Vermögen einer Person in einen Verband mit anderen Personen zu übertragen, um es in diesem Verband gemeinsam mit diesen zu verwalten bzw. von diesem Verband für die zusammengeschlossenen Personen verwalten zu lassen. Hätte sein Vater ihm das eingelegte Vermögen unmittelbar zur Verfügung gestellt, unterläge es keiner gesellschaftsrechtlichen Bindung und stünde ihm zur freien Verfügung, was nicht gewollt gewesen sei. Vielmehr sei beabsichtigt gewesen, dass er, der Kläger, für seine unternehmerischen Entscheidungen mit seinem Privatvermögen hafte. Für seine Beteiligung an der Gesellschaft hätten zwar verschiedene Wege zur Verfügung gestanden, diese wären jedoch komplexer als eine unmittelbare Beteiligung bei Gründung mit einer nachfolgenden disquotalen Einlage oder hätten das Risiko beinhaltet, dass er das Vermögen unmittelbar für sich verwendet.

**36** Die Wahl einer KGaA als Rechtsform stelle auch keine unangemessene rechtliche Gestaltung im Sinne des § 42 Abs. 2 Satz 1 AO dar. Die KGaA sei in den Steuergesetzen ausdrücklich geregelt und werde im Wirtschaftsleben regelmäßig verwendet. Es könne nicht sein, dass die Wahl einer üblichen Gesellschaftsform bereits eine unangemessene rechtliche Gestaltung sei.

**37** Der Kläger beantragt, den Schenkungsteuerbescheid (...) aufzuheben.

**38** Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

**39** Der Beklagte bezieht sich auf seine Ausführungen im bisherigen Verfahren und trägt weiterhin hinsichtlich § 7

Abs. 8 ErbStG vor, dass es sinnvoll sei, dass der Anteil des pHG ertragsteuerlich dem Recht der Personengesellschaften zugewiesen sei, da der Gesellschafter auf diese Weise auch ohne Gewinnausschüttung oder Ähnliches den auf ihn entfallenden Gewinnanteil versteuern müsse. Die Zuweisung zu Zwecken der Besteuerungsmöglichkeiten im Ertragsteuerrecht bedeute aber nicht, dass über die konkrete Zuweisung hinaus im Steuerrecht der Anteil des Komplementärs grundsätzlich keinen Anteil an einer Kapitalgesellschaft darstelle.

**40** Es seien auch die Besonderheiten der KGaA in der vorliegenden Ausgestaltung zu berücksichtigen: Wenn das Kommanditkapital wie vorliegend aufgrund der Satzung an allen wertrelevanten Faktoren erheblich partizipiere, werde das Kommanditkapital ein Anteil an der KGaA.

**41** Auch werde durch § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG nicht gesagt, dass der Anteil des pHG einer KGaA ein Anteil an einer Personengesellschaft sei, sondern es werde nur der Anteil dieser Regelungssystematik zugeordnet. Dies sei auch sinnvoll, da die Begünstigungsvoraussetzung des § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG der Mindestbeteiligungsstärke von mehr als 25 % in vielen Fällen nicht erfüllt werden könne, sodass der Anteil aus der Vergünstigung herausfallen würde. Es werde vielmehr darauf abgestellt, dass die Mitunternehmereigenschaft erfüllt sein solle. Im Ergebnis betrachte § 7 Abs. 8 ErbStG den Anteil unmittelbar, während § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG den Anteil im Zusammenhang mit den Entscheidungsrechten verknüpfe.

**42** Die Bewertung des Anteils des pHG sei nicht ausdrücklich geregelt. Auch wenn überwiegend davon ausgegangen werde, dass der Anteil eines pHG für Zwecke der Erbschaftsteuer wie der Anteil eines Mitunternehmers zu bewerten sei, gehe es wiederum um die Besteuerung des Gesellschafters und ändere nichts an der Rechtsnatur der KGaA, die eine Kapitalgesellschaft sei.

**43** Nach dem Willen des Gesetzgebers habe § 7 Abs. 8 ErbStG für alle Kapitalgesellschaften gelten sollen. Allein für disquotale Einlagen bei Personengesellschaften und Vereinen habe § 7 Abs. 8 ErbStG keine Regelung treffen sollen, da hier bereits die Rechtsprechung des BFH greife. Alle anderen Gesellschaftsformen, mithin auch die KGaA, hätten erfasst werden sollen.

**44** Selbst wenn man zu dem Ergebnis käme, dass hier kein Anteil an einer Kapitalgesellschaft vorläge, sei der Wortlaut des § 7 Abs. 8 ErbStG nach Sinn und Zweck der Vorschrift so auszulegen, dass der Tatbestand der Werterhöhung eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft auch in der Person des pHG gegeben sei; der Wortlaut lasse diese Auslegung zu.

**45** Im Übrigen seien aber auch die Tatbestandsvoraussetzungen des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erfüllt. Durch die konkrete Ausgestaltung in der Satzung werde der Kläger so gestellt, als wäre er am Gesellschaftskapital zu 90 % beteiligt, obwohl er keine Kommanditaktien und daher auch keine Anteile am Grundkapital halte. Durch die Satzungsbestimmungen würden zielgerichtet die Voraussetzungen dafür geschaffen, dass sich mit der Einlage die schuldrechtlichen

Auseinandersetzungsansprüche unmittelbar um (...) Mio. € erhöhen. Damit liege in der Einlage des Vaters eine endgültige Vermögensverschiebung zugunsten des Klägers, durch die er unmittelbar auf Kosten seines Vaters bereichert werde.

**46** Im Rahmen des § 42 AO sei nicht der Umstand in den Blick zu nehmen, dass die Zuführung von Kapital über Umwege einer disquotalen Einlage erfolge oder gesellschaftsrechtlich gebunden werden solle. Vielmehr sei die Wahl der KGaA rein schenkungsteuerlich motiviert. Die KGaA sei eine eher komplizierte Rechtsform und mit vielen ungeklärten Rechtsfragen verknüpft. Es spreche vieles, auch die Errichtungskosten, gegen eine solche Rechtsformwahl.

Gründe:

**47** I. Die zulässige Klage hat auch in der Sache Erfolg.

**48** Der Schenkungsteuerbescheid vom (...) ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten, § 100 Abs. 1 Satz 1 FGO. Zu Unrecht hat der Beklagte angenommen, es liege eine Schenkung unter Lebenden im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG durch den Vater an den Kläger vor. Die Einlage des Betrages von (...) Mio. € in die ungebundene Kapitalrücklage der Y-KGaA erfüllt weder den Tatbestand des § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG (dazu unter 1.) noch den Tatbestand des § 7 Abs. 6 ErbStG (dazu unter 2.) oder den des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG (dazu unter 3.). Auch die Voraussetzungen eines Missbrauchs von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, § 42 AO, liegen nicht vor (dazu unter 4.).

**49** 1. Nach § 7 Abs. 8 Satz 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden auch die Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, die eine an der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligte natürliche Person oder Stiftung (Bedachte) durch die Leistung einer anderen Person (Zuwendender) an die Gesellschaft erlangt.

**50** Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt. Bei der KGaA handelt es sich zwar um eine Kapitalgesellschaft, es fehlt jedoch beim Kläger an einem Anteil an einer Kapitalgesellschaft, dessen Wert erhöht worden ist.

**51** a) Gemäß § 278 Abs. 1 AktG ist die KGaA eine Gesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit. Sie wird vom Gesetzgeber als Kapitalgesellschaft eingeordnet (vgl. die Überschrift des Zweiten Abschnitts des Dritten Buches des HGB, §§ 264 ff. HGB). Auch steuerrechtlich wird die KGaA als Kapitalgesellschaft angesehen (BFH, Beschluss vom 27.04.2005, II B 76/04, BFH/NV 2005, 1627 unter Hinweis auf § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG, § 2 Abs. 2 Satz 1 GewStG, § 97 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BewG).

**52** b) Der Tatbestand des § 7 Abs. 8 ErbStG ist jedoch deshalb nicht erfüllt, weil der Kläger als pHG der Y-KGaA keinen Anteil an einer Kapitalgesellschaft hält, der sich im Wert erhöht haben könnte.

**53** aa) Dem ErbStG liegt ein Begriffsverständnis zugrunde, demzufolge ein Anteil eines pHG einer KGaA kein Anteil an einer Kapitalgesellschaft ist.

**54** (1) Das ErbStG selbst enthält keine Definition des Begriffs des „Anteils an einer Kapitalgesellschaft“.

**55** (2) Höchststrichterliche Rechtsprechung zu der Frage, wie der Anteil an einer Kapitalgesellschaft im Sinne des § 7 Abs. 8 ErbStG zu verstehen ist und ob hierunter auch die Beteiligung des pHG einer KGaA zu fassen ist, gibt es – soweit ersichtlich – bisher nicht.

**56** (a) Das FG Rheinland-Pfalz geht in einer Entscheidung zu § 13b Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 ErbStG i. d. F. vom 26.06.2013 (BGBl. 2013 I, S. 1809), der Vorgängervorschrift zum heutigen Verwaltungsvermögen, davon aus, dass eine Komplementärbeteiligung an einer KGaA im Rahmen dieser Vorschrift keinen Anteil an einer Kapitalgesellschaft darstellt, sondern dass der Begriff des „Anteils an einer Kapitalgesellschaft“ dahin gehend auszulegen ist, dass die Vermittlung einer Beteiligung am Nennkapital, also am Grund- oder Stammkapital (vgl. § 97 Abs. 1b BewG), Voraussetzung ist (Urteil vom 18.08.2022, 4 K 2120/19, EFG 2023, 291, Revision anhängig unter II R 55/22).

**57** (b) Einen Anteil an einer Kapitalgesellschaft in diesem Sinne hält der Kläger nicht. Nach der Ausgestaltung der Satzung der Y-KGaA hat der Kläger nicht wie ein Kommanditaktionär Aktien gezeichnet und keine Einlage auf das Grundkapital geleistet, was für ihn als pHG einer KGaA möglich gewesen wäre (vgl. dazu vgl. *Bachmann* in BeckOGK-AktG, Stand: 01.01.2023, § 278 Rdnr. 17; *Perlitt* in Münch-Komm-AktG, 5. Aufl. 2020, § 278 Rdnr. 42), sondern lediglich auf der Grundlage von III. 1. b) der Satzung der Y-KGaA eine nicht auf das Grundkapital geleistete Vermögenseinlage (vgl. dazu § 281 Abs. 2 AktG) i. H. v. 450.000 € erbracht, die gerade keine Beteiligung am Nennkapital vermittelt (vgl. dazu auch BFH, Urteil vom 13.04.1994, II R 57/90, BStBl. I 1994, S. 505).

**58** (3) Der Gesetzeswortlaut des ErbStG spricht dafür, dass der Anteil eines pHG einer KGaA kein Anteil an einer Kapitalgesellschaft ist, denn beide werden ausdrücklich nebeneinander erwähnt, was nicht erforderlich wäre, wenn die Beteiligung eines pHG als Anteil an einer Kapitalgesellschaft anzusehen wäre.

**59** So differenziert das ErbStG hinsichtlich der Zuordnung zum begünstigungsfähigen Vermögen ausdrücklich zwischen einem Anteil eines pHG einer KGaA (§ 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG), der ohne weitere Voraussetzungen dem begünstigungsfähigen Vermögen zuzurechnen ist, und dem Anteil an einer Kapitalgesellschaft (§ 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG), der nur dann zum begünstigungsfähigen Vermögen gehört, wenn der Erblasser oder Schenker am Nennkapital dieser Gesellschaft unmittelbar zu mehr als 25 Prozent beteiligt war.

**60** Auch der Gesetzeswortlaut des § 13a Abs. 6 Satz 1 ErbStG unterscheidet hinsichtlich des Wegfalls des Verschonungsabschlags zwischen dem in Nr. 1 geregelten Anteil eines pHG einer KGaA und dem in Nr. 4 geregelten Anteil an einer Kapitalgesellschaft.

**61** (4) Mit dem Regelungsverhältnis von § 13b Abs. 1 Nr. 2 und 3 ErbStG zu § 13b Abs. 4 Nr. 2 Satz 1 ErbStG sprechen auch systematische Erwägungen dafür, dass die Beteiligung des nicht am Grundkapital beteiligten pHG kein Anteil an einer Kapitalgesellschaft ist.

**62** Gemäß § 13b Abs. 4 Nr. 2 Satz 1 ErbStG zählen Anteile an Kapitalgesellschaften zum Verwaltungsvermögen, sofern nicht bestimmte Ausnahmetatbestände erfüllt sind, wenn die unmittelbare Beteiligung am Nennkapital dieser Gesellschaften 25 % oder weniger beträgt.

**63** Hintergrund der Einführung dieser Vorschrift durch das Erbschaftsteuerreformgesetz vom 24.12.2008 (BGBl. 2008 I, S. 3018) waren Gestaltungen, die es nach früheren Gesetzesfassungen ermöglichten, Vermögensgegenstände, die nicht ihrer Natur nach der privaten Lebensführung dienen, zu gewillkürtem Betriebsvermögen zu erklären, wodurch praktisch alle Gegenstände, die üblicherweise in Form der privaten Vermögensverwaltung gehalten werden (wie unter anderem auch Minderbeteiligungen an Kapitalgesellschaften), auch in Form eines Gewerbebetriebes gehalten werden konnten und dadurch eine Steuerbegünstigung nach § 13a ErbStG der bis dahin geltenden Fassungen in Betracht kam. Diesen Gestaltungen sollte dadurch begegnet werden, dass Vermögen, das in erster Linie der weitgehend risikolosen Renditeerzielung dient und in der Regel weder die Schaffung von Arbeitsplätzen noch zusätzliche volkswirtschaftliche Leistungen bewirkt, von der Begünstigung ausgenommen wird (BT-Drucks. 16/7918, S. 35-36).

**64** Dass als Anteil an einer Kapitalgesellschaft im Sinne des § 13b Abs. 4 Nr. 2 Satz 1 ErbStG nicht auch die Beteiligung eines nicht am Grundkapital beteiligten pHG einer KGaA anzusehen sein soll, ist zum einen schon daran zu erkennen, dass dieser in § 13b Abs. 4 Nr. 2 Satz 1 ErbStG nicht explizit erwähnt wird, obgleich dies in Abs. 1 derselben Vorschrift der Fall ist. Zum anderen führte dies auch zu der widersprüchlichen Situation, dass die Beteiligung der pHG einer KGaA einerseits als begünstigungsfähiges Vermögen anzusehen wäre, andererseits aber mangels Beteiligung am Nennkapital zum Verwaltungsvermögen im Sinne des § 13b Abs. 4 Nr. 2 Satz 1 ErbStG zählte. Dies wäre der Fall, obwohl es sich bei einem derartigen Komplementäranteil gerade nicht um einen Gegenstand handelt, der üblicherweise in Form der privaten Vermögensverwaltung gehalten wird und der damit auch nicht unter den Regelungszweck fällt, der § 13b Abs. 4 ErbStG zugrunde liegt.

**65** (5) Auch die Gesetzgebungshistorie spricht dafür, dass der Anteil eines pHG einer KGaA kein Anteil an einer Kapitalgesellschaft im Sinne des ErbStG ist.

**66** So führte der Gesetzgeber mit der Vorschrift des § 13 Abs. 2a ErbStG i. d. F. vom 11.10.1995 durch das Jahressteuergesetz 1996 (BGBl. 1995 I, S. 1250) eine sachliche Steuerbegünstigung für Anteile an Kapitalgesellschaften ein.

**67** Bei der Fassung der gesetzlichen Vorschrift, durch die die steuerliche Belastung für die Unternehmensnachfolge vor allem für mittelständische Unternehmen verringert werden sollte, stellte der Gesetzgeber zur Vermeidung missbräuchlicher Gestaltungen auf die unternehmerische Einbindung in die Gesellschaft ab, für die die Beteiligungsgrenze von 25 v. H. als Indiz angesehen wurde (BT-Drucks. 13/901, S. 158). Der Gesetzgeber ging hiernach ersichtlich davon aus, dass indiziell eine unternehmerische Einbindung in die Kapitalgesellschaft im Falle eines Anteils an einer Kapital-

gesellschaft erst dann vorliegt, wenn eine Mindestbeteiligungsschwelle von 25 % des Nennkapitals erreicht wird. Hingegen wird man im Falle eines pHG einer KGaA gerade angesichts der ihn treffenden unbeschränkten persönlichen Haftung, auch bei einer fehlenden Beteiligung am Nennkapital, davon ausgehen müssen, dass dieser unternehmerisch in die Gesellschaft eingebunden ist. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber solche Beteiligungen ohne Anteil am Nennkapital der Kapitalgesellschaft wie diejenige des KGaA-Komplementärs, der lediglich eine Vermögenseinlage erbracht hat, die nicht auf das Grundkapital geleistet wurde, auch als Anteile an einer Kapitalgesellschaft verstanden hat, sind angesichts dieser ausdrücklichen Betonung des Mindestbeteiligungserfordernisses gerade nicht ersichtlich.

**68 bb)** Auch für § 7 Abs. 8 ErbStG ist der Anteil des pHG einer KGaA nicht als Anteil an einer Kapitalgesellschaft anzusehen.

**69 (1)** Die Gesetzesbegründung zur Vorschrift des § 7 Abs. 8 ErbStG, die durch das Gesetz vom 07.12.2011 zur Umsetzung der Beitreibungsrichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften (BeitrRLUmG, BStBl. I, S. 2592) (BT-Drucks. 17/6263, S. 82-83) in das ErbStG eingefügt wurde, ist hinsichtlich des Begriffs des „Anteils an einer Kapitalgesellschaft“ nicht ergiebig.

**70** Dort wird ohne nähere Konkretisierung die „Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft“ erwähnt. Die Gesetzesbegründung setzt sich zwar damit auseinander, auf welche Gesellschaftsformen die Regelung überhaupt Anwendung finden soll, nämlich neben den in Satz 1 und 2 des § 7 Abs. 8 ErbStG ausdrücklich erwähnten Kapitalgesellschaften nach Satz 3 auch auf Genossenschaften. Zu der Frage, wie der Begriff des „Anteils an einer Kapitalgesellschaft“ im Sinne des § 7 Abs. 8 ErbStG zu verstehen ist bzw. ob hierunter auch die nicht auf das Grundkapital geleistete Vermögenseinlage eines pHG einer KGaA zu fassen ist, verhält sie sich jedoch nicht.

**71 (2)** Bei der Ergänzung des § 7 ErbStG um den Abs. 8 lag dem übrigen ErbStG jedoch bereits ein Begriffsverständnis zugrunde, demzufolge ein Anteil eines pHG einer KGaA nicht als Anteil an einer Kapitalgesellschaft zu verstehen ist. Auch wenn die Vorschriften der §§ 13a und b ErbStG seither mehrfach geändert wurden, so differenzierten doch bereits die seinerzeit geltenden Vorgängervorschriften zwischen dem Anteil an einer Kapitalgesellschaft und der Beteiligung eines pHG einer KGaA. So unterschieden bereits die durch das ErbStRG eingeführten Vorschriften des § 13a ErbStG in Abs. 5 Satz 1 hinsichtlich des Wegfall des Verschonungsabschlags für Anteile an Kapitalgesellschaften (Nr. 4) und einen Anteil eines pHG einer KGaA (Nr. 1) sowie des § 13b ErbStG, der in Abs. 1 einen Anteil eines pHG dem begünstigten Vermögen zurechnet (Nr. 1) und bei einer Mindestbeteiligung von 25 % auch Anteile an einer Kapitalgesellschaft (Nr. 3), jeweils in der Fassung vom 24.12.2008 (BGBl. 2008 I, S. 3018).

**72 (3)** Nach der Rechtsprechung des BFH sind wörtlich übereinstimmende Begriffe, die in verschiedenen Vor-

schriften desselben Gesetzes verwendet werden, sachlich identisch (BFH, Urteil vom 01.02.2012, I R 34/11, BFHE 236, 384 = BStBl. II 2012, S. 405, vgl. Beschluss vom 25.11.2002, GrS 2/01, BFHE 201, 1 = BStBl. II 2003, S. 548). Daher ist ein Anteil eines pHG auch nicht im Rahmen des § 7 Abs. 8 ErbStG unter den Anteil an einer Kapitalgesellschaft zu fassen. Hätte der Gesetzgeber eine Abweichung gegenüber dem dem ErbStG bereits zugrunde liegenden Begriffsverständnis gewollt, hätten hierfür eindeutige Anhaltspunkte in die gesetzliche Regelung aufgenommen werden müssen.

**73 cc)** Auch die Verwendung des Begriffs des „Anteils an einer Kapitalgesellschaft“ in anderen Steuergesetzen entspricht dem für das ErbStG gefundene Ergebnis, dass hierunter nicht die Beteiligung eines nicht am Grundkapital beteiligten pHG einer KGaA zu fassen ist, und bestätigt das Ergebnis indiziell. Zwar kann nach dem Grundsatz der Relativität der Rechtsbegriffe einem in unterschiedlichen Rechtsgebieten und Gesetzen verwendeten Begriff abhängig von dem jeweiligen Bedeutungszusammenhang, dem Gesetzesinhalt und -zweck eine unterschiedliche Bedeutung beizumessen sein (vgl. zur Relativität der Rechtsbegriffe im Steuerrecht BVerfG, Beschluss vom 27.12.1991, 2 BvR 72/90, BStBl. II 1992, S. 212). Es zeigt sich jedoch, dass sowohl dem EStG (dazu unter (1)) als auch dem BewG (dazu unter (2)) ein entsprechendes Begriffsverständnis zugrunde liegt.

**74 (1)** Nach dem EStG ist die Beteiligung eines nicht am Grundkapital beteiligten pHG nicht als Anteil an einer Kapitalgesellschaft anzusehen. Eine Legaldefinition des Begriffs des Anteils an einer Kapitalgesellschaft findet sich in § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG. Die Vorschrift in der im maßgeblichen Zeitpunkt der Einlage des Vaters geltenden Fassung vom 05.04.2011 definierte Anteile an einer Kapitalgesellschaft als Aktien, Anteile an einer GmbH, Genussscheine oder ähnliche Beteiligungen und Anwartschaften auf solche Beteiligungen.

**75** Rechtsprechung zu der Frage, ob die Beteiligung eines nicht am Grundkapital beteiligten pHG einer KGaA als Anteil im Sinne von § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG zu behandeln ist, gibt es, soweit ersichtlich, nicht. Die herrschende Lehre zu § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG geht davon aus, dass die Vermögenseinlage eines pHG einer KGaA keinen Anteil an einer Kapitalgesellschaft im Sinne der Norm darstellt (vgl. *Oellerich* in Bordewin/Brandt, EStG, Stand: 451. Lieferung 3/2023, § 17 Rdnr. 93; *Schmidt* in Hermann/Heuer/Raupach, EStG, Stand: 316. Lieferung 1/2023, § 17 Rdnr. 146; *Strahl/Winkler* in Korn, EStG, Stand: Januar 2023, § 17 Rdnr. 71; *Trossen* in BeckOK-EStG, Stand: 01.03.2023, § 17 Rdnr. 219).

**76** Diese Auffassung gründet auf der Annahme, dass bei Kapitalgesellschaften, die über ein Nennkapital verfügen – bei der GmbH als Stammkapital oder bei der AG bzw. der KGaA als Grundkapital bezeichnet –, (erst) die Beteiligung hieran einen „Anteil an“ dieser Gesellschaft vermittelt (vgl. *Schmidt* in Hermann/Heuer/Raupach, EStG, § 17 Rdnr. 145; *Strahl/Winkler* in Korn, EStG, § 17 Rdnr. 60; *Oellerich* in Bordewin/Brandt, EStG, § 17 Rdnr. 92).

**77** (2) Auch das Zusammenspiel zwischen dem BewG und dem ErbStG spricht dafür, dass ein Anteil an einer Kapitalgesellschaft die Beteiligung am Nennkapital voraussetzt.

**78** Die Literatur zu §§ 11, 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BewG legt ein Verständnis des auch im BewG verwendeten Begriffs des „Anteils an einer Kapitalgesellschaft“ zugrunde, das eben nicht die Beteiligung des pHG einer KGaA umfasst, der nicht am Grundkapital beteiligt ist. Denn sie zieht die Haftungsbeschränkung der Gesellschafter, die einen Anteil an einer Kapitalgesellschaft halten, als Argument dafür heran, dass der gemeine Wert nicht notierter Anteile selbst bei negativem Betriebsvermögen der Gesellschaft nicht negativ sein kann (vgl. *Zipfel* in BeckOK-ErbStG, Stand: 01.01.2023, § 12 Rdnr. 948; *Halaczinsky* in Rössler/Troll, BewG, Stand: September 2022, § 151 Rdnr. 26). Auch die Erbschaftsteuer-richtlinie geht davon aus, dass der gemeine Wert nicht notierter Anteile an einer Kapitalgesellschaft aufgrund der Haftungsbeschränkung des Gesellschafters nicht negativ sein kann (ErbStR B 11.4 Abs. 10 S. 1). Da der pHG einer KGaA gerade keiner Haftungsbeschränkung unterliegt, ist für ihn hingegen durchaus denkbar, dass der Wert seiner Beteiligung unter null sinkt.

**79** Auch in Bezug auf die Vorschrift des § 97 Abs. 1b BewG zur Einheitsbewertung geht die herrschende Meinung in der Literatur davon aus, dass ein Anteil an einer Kapitalgesellschaft nicht auch die Beteiligung eines nicht am Grundkapital beteiligten KGaA-Komplementärs umfasst. Vielmehr wird das Betriebsvermögen der KGaA zwischen dem pHG und der Gesamtheit der Kommanditaktionäre aufgeteilt, wobei nur für Letztere § 97 Abs. 1b BewG greift (vgl. *Dötsch* in Stenger/Loose, Bewertungsrecht, Stand: März 2021, § 97 BewG Rdnr. 1704 f.; *Eisele* in Rössler/Troll, BewG, § 97 Rdnr. 6; *Fehrenbacher* in Wilms/Jochum, BewG, Stand: Dezember 2016, § 97 Rdnr. 15; dies zwar als aus rechtssystematischer Sicht als überzeugend bezeichnend, aber gleichzeitig darauf hinweisend, dass dies mit dem Gesetzeswortlaut nur schwer in Einklang zu bringen sei *Wachter*, DB 2019, 1167, 1170).

**80** (dd) Auch der BFH geht in seiner Rechtsprechung zur Besteuerung der Einkünfte des pHG einer KGaA davon aus, dass die Beteiligung eines pHG an einer KGaA von dem Anteil an einer Kapitalgesellschaft zu unterscheiden ist. Nach dieser Rechtsprechung wird die Einkommensbesteuerung des pHG, soweit dieser nicht auch Kommanditaktionär ist, „an der Wurzel“ von der Körperschaftbesteuerung der KGaA abgespalten. Durch § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG werden die pHG zwar nicht als Mitunternehmer bezeichnet, sie sind jedoch „wie Mitunternehmer“ zu behandeln. Einkunftsquelle für die Einkünftezurechnung der Gewinnanteile zum pHG ist nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 EStG der Gewerbebetrieb der KGaA und nicht ein Anteil an dieser Gesellschaft (BFH, Urteil vom 01.06.2022, I R 44/18, BFHE 277, 263 unter Verweis auf Urteil vom 21.06.1989, X R 14/88, BFHE 157, 382 = BStBl. II 1989, S. 881).

**81** (ee) Schließlich sprechen auch zivilrechtliche Erwägungen dafür, dass die Beteiligung eines nicht am Grundkapital beteiligten pHG einer KGaA keinen Anteil an einer Kapitalgesellschaft darstellt.

**82** (1) Denn dem nicht am Grundkapital beteiligten pHG einer KGaA stehen lediglich schuldrechtliche Ansprüche gegen die Gesellschaft zu (vgl. auch BFH, Urteil vom 21.06.1989, X R 14/88, BFHE 157, 382 = BStBl. II 1989, S. 881, Beschluss vom 27.04.2005, II B 76/04, BFH/NV 2005, 1627 m. w. N.), aber – anders als dem Kommanditaktionär – keine dingliche Berechtigung am Vermögen der KGaA.

**83** Dem Kommanditaktionär vermittelt seine Beteiligung am Grundkapital hingegen ein Mitgliedschaftsrecht an der KGaA, welches auch vermögensrechtliche Bestandteile hat (vgl. nur *Perlitt* in MünchKomm-AktG, § 278 Rdnr. 103). Zu diesen Bestandteilen zählt etwa der Ausschüttungsanspruch aus § 58 Abs. 4 AktG (vgl. *Kessler*, NZG 2005, 145; *Joachim Wichert* in Heidel, Aktienrecht und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl. 2020, 278 AktG Rdnr. 56), welcher aufgrund des Abspaltungsverbots als Stammrecht nicht isoliert vom Kommanditaktionär auf Dritte übertragbar ist (vgl. BGH, Urteil vom 14.09.1998, II ZR 172/97, BGHZ 139, 299 zur Vonselbstständigkeit des Gewinnanspruchs mit Entstehung des Ausschüttungsanspruchs bei der GmbH; *Vatter* in BeckOGK-AktG, Stand: 01.01.2023, § 8 Rdnr. 52; *Bayer* in MünchKomm-AktG, 5. Aufl. 2019, § 58 Rdnr. 101).

**84** (2) Auch der Umstand, dass für den pHG, der eine Vermögenseinlage erbracht hat, die nicht auf das Grundkapital geleistet wurde, ein Kapitalkonto geführt wird, führt nicht dazu, dass der pHG über einen Anteil an einer Kapitalgesellschaft verfügt. Ein Kapitalkonto, das den Kapitalanteil eines Gesellschafters in der Bilanz der Gesellschaft ausweist, ist lediglich eine Rechnungsziffer, die für gewisse Zwecke das Verhältnis der Rechte und Pflichten der Gesellschafter angeben soll, und ist daher nicht dasselbe wie ein Anteil am Gesellschaftsvermögen. Eine Verfügung über dieses Kapitalkonto ist angesichts dessen von vornherein nicht möglich (vgl. *Roth* in Hopt, HGB, 42. Aufl. 2023, § 120 Rdnr. 13; *Priester* in MünchKomm-HGB, 5. Aufl. 2022, § 120 Rdnr. 89; *Ehricke* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, 4. Aufl. 2020, § 120 Rdnr. 58 f.; *Perlitt* in MünchKomm-AktG, § 281 Rdnr. 30).

**85** c) Eine Auslegung des § 7 Abs. 8 ErbStG dahin gehend, dass die Vorschrift über den Wortlaut hinausgehend auch einen Anteil eines pHG einer KGaA erfasst, kommt nicht in Betracht.

**86** Zwar hat der Gesetzgeber die Vorschrift des § 7 Abs. 8 ErbStG durch das BeitrRLUmsG in das Gesetz eingefügt, um Besteuerungslücken in Fällen disquotaler Einlagen in eine Kapitalgesellschaft, die sich die steueroptimierende Gestaltungspraxis zunutze machte, zu schließen, da diese vor der Einführung der Vorschrift nach der Rechtsprechung des BFH mangels einer substantiellen Vermögensverschiebung zwischen Schenker und Beschenktem nicht schenkungsteuerbar waren. Durch Satz 1 der Vorschrift stellte der Gesetzgeber deshalb diesen Vorgang einer Direktzuwendung des Schenkers gleich. Der Gesetzesbegründung ist auch der Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, durch die Vorschrift des § 7 Abs. 8 ErbStG die Besteuerungslücken ganz weitgehend zu schließen, um Rechtsformunterschiede in der Besteuerung abzubauen (BT-Drucks. 17/6263, S. 82–83); allerdings muss die Aus-

legung ihre Grenze im Wortsinn der Vorschrift finden, die ausdrücklich auf den „Anteil an einer Kapitalgesellschaft“ abstellt und – wie gezeigt – den pHG einer KGaA damit nicht erfasst. Es ist nicht Aufgabe der Finanzverwaltung oder der Finanzgerichte und liegt außerhalb ihrer Kompetenz, die verbliebene und von der Beratungspraxis im Rahmen der Steuergestaltung genutzte Lücke zu schließen. Eine Ausdehnung des Steuertatbestandes ist nicht statthaft, weil es allein dem Gesetzgeber vorbehalten ist, den Kreis der steuerbaren Tatbestände zu bestimmen (BFH, Urteil vom 30.01.1968, II 33/63, BFHE 91, 511 unter Verweis auf BVerfG, Urteil vom 19.12.1961, 2 BvL 6/59, BVerfGE 13, 261, 267).

**87 2.** Die Einlage stellt auch keinen nach § 7 Abs. 6 ErbStG steuerbaren Erwerb zugunsten des Klägers dar.

**88** Sofern eine Beteiligung an einer Personengesellschaft mit einer Gewinnbeteiligung ausgestattet wird, die insbesondere der Kapitaleinlage, der Arbeits- oder der sonstigen Leistung des Gesellschafters für die Gesellschaft nicht entspricht oder die einem fremden Dritten üblicherweise nicht eingeräumt würde, gilt das Übermaß an Gewinnbeteiligung als selbständige Schenkung, die mit dem Kapitalwert anzusetzen ist.

**89** Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist schon deshalb nicht eröffnet, weil nur freigebige Zuwendungen von Gewinnbeteiligungen an Personengesellschaften erfasst werden, zu denen die KGaA nicht zählt. Bei der KGaA handelt sich trotz des Vorhandenseins eines pHG nicht um eine Personengesellschaft, sondern um eine vollwertige Kapitalgesellschaft (siehe oben).

**90 3.** Eine Steuerpflicht ergibt sich auch nicht aus § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG.

**91** Nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG unterliegt der Schenkungsteuer jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird.

**92 a)** Hierfür bedarf es in objektiver Sicht einer Vermögensverschiebung, d. h. einer Vermögensminderung auf der Seite des Zuwendenden und einer Vermögensmehrung auf der Seite des Bedachten und der (objektiven) Unentgeltlichkeit der Zuwendung, in subjektiver Hinsicht bedarf es des Bewusstseins des Zuwendenden, die Leistung ohne Verpflichtung und ohne rechtlichen Zusammenhang mit einer Gegenleistung oder einem Gemeinschaftszweck zu erbringen (BFH, Urteile vom 16.09.2020, II R 24/18, BFHE 272, 87 = BStBl. II 2021, S. 621; vom 17.11.2021, II R 21/20, BFHE 275, 349 = BStBl. II 2022, S. 500 und vom 03.07.2019, II R 6/16, BFHE 265, 421 = BStBl. II 2020, S. 61). Die Vermögensverschiebung zwischen dem Schenker und dem Bedachten muss sich auf die Vermögenssubstanz beziehen. Die Vermögenssubstanz des Bedachten kann dabei durch den Zugang aktiver Vermögensgegenstände, den Wegfall negativer Vermögensgegenstände (insbesondere Schulden und andere geldwerte Verpflichtungen) und das Erhalten von Gebrauchs- oder anderen Nutzungsmöglichkeiten vermehrt werden. Bloße Wertverschiebungen führen nicht zu einer freigebigen Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG (BFH, Urteile vom 17.11.2021, II R 21/20, BFHE 275, 349 =

BStBl. II 2022, S. 500; vom 22.10.2014, II R 26/13, BFHE 247, 456 = BStBl. 2015, S. 239; vom 27.08.2014, II R 43/12, BFHE 246, 506 = BStBl. II 2015, S. 241 und vom 30.01.2013, II R 38/11, BFHE 240, 287 = BStBl. II 2018, S. 656).

**93 b)** Wer schenkungsteuerrechtlich als Erwerber durch den Vermögensübergang bereichert ist, richtet sich nicht (allein) danach, wer als Beschenker am zivilrechtlichen Schenkungsvorgang beteiligt ist. Es bedarf vielmehr einer eigenständigen schenkungsteuerrechtlichen Prüfung, wer als Bedachter (Erwerber) durch die freigebige Zuwendung auf Kosten des Zuwendenden bereichert wurde (vgl. BFH, Urteil vom 14.09.1994, II R 95/92, BFHE 176, 44 = BStBl. II 1995, S. 81 zur Zuwendung an eine GbR). Ist eine Gesamthandsgemeinschaft (KG, OHG oder GbR) zivilrechtlich als Bedachte am Schenkungsvorgang beteiligt, ergibt die eigenständige schenkungsteuerrechtliche Prüfung, dass nicht die Gesamthandsgemeinschaft, sondern die Gesamthänder durch die freigebige Zuwendung schenkungsteuerrechtlich als bereichert anzusehen sind (vgl. BFH, Urteile vom 22.02.2017, II R 52/14, BFHE 257, 363 = BStBl. II 2017, S. 653 und vom 14.09.1994, II R 95/92, BFHE 176, 44 = BStBl. II 1995, S. 81). Insoweit entspricht der Bedachte i. S. d. Schenkungsteuerrechts (der Gesamthänder) nicht dem Beschenkten im Sinne des Zivilrechts (Gesamthandsgemeinschaft) (BFH, Urteil vom 05.02.2020, II R 9/17, BFHE 267, 511 = BStBl. II 2020, S. 658).

**94** Nach Maßgabe dieser Grundsätze liegt eine Schenkung des Vaters an den Kläger nicht vor.

**95 aa)** Sofern ein Gesellschafter einer Personengesellschaft dem Gesellschaftsvermögen seiner Gesellschaft im Wege einer Einlage ohne entsprechende Gegenleistung einen Vermögenswert zuführt, der hinsichtlich der Höhe über den aufgrund seiner Beteiligung an der Gesellschaft geschuldeten Anteil hinausgeht (disquotale Einlage), kann eine freigebige Zuwendung des Gesellschafters an einen anderen Gesellschafter vorliegen. Dies ist dann der Fall, wenn sich die über das Gesellschaftsvermögen der Gesellschaft gehaltene Beteiligung des anderen Gesellschafters am Gesamthandsvermögen erhöht, weil der einbringende Gesellschafter keine dem Wert seiner Einlage entsprechende Gegenleistung erhält (vgl. zur disquotalen Einlage in das Gesellschaftsvermögen einer KG: BFH, Urteil vom 05.02.2020, II R 9/17, BFHE 267, 511 = BStBl. II 2020, S. 658).

**96 bb)** Davon abweichend stellt eine disquotale Einlage von Vermögen in eine GmbH durch einen Gesellschafter nach der Rechtsprechung des BFH keine freigebige Zuwendung des einbringenden Gesellschafters an die anderen Gesellschafter dar. Wegen der rechtlichen Eigenständigkeit des Gesellschaftsvermögens der GmbH fehlt es in einem solchen Fall an einer zivilrechtlichen Vermögensverschiebung zwischen diesen Gesellschaftern (BFH, Urteil vom 09.12.2009, II R 28/08, BFHE 228, 169 = BStBl. II 2010, S. 566 unter Hinweis auf BFH-Urteile vom 25.10.1995, II R 67/93, BFHE 179, 157 = BStBl. II 1996, S. 160; vom 19.06.1996, II R 83/92, BFHE 181, 88 = BStBl. II 1996, S. 616 und vom 07.11.2007, II R 28/06, BFHE 218, 414 = BStBl. II 2008, S. 258).

**97 cc)** Vorliegend fehlt es im Hinblick auf die rechtliche Eigenständigkeit der Y-KGaA als juristischer Person an einer Vermögensverschiebung zwischen dem Kläger und seinem Vater.

**98** Auch im Hinblick auf den Hybridcharakter der KGaA und die Art der Beteiligung des Klägers als pHG an der Y-KGaA ergibt sich nichts anderes. Denn das Vermögen der KGaA unterliegt auch hinsichtlich des pHG keiner gesamthänderischen Bindung. Die Einlagen der Gesellschafter einer KGaA, und zwar sowohl die der Kommanditaktionäre als auch die der pHG werden Vermögen der KGaA selbst. Die pHG sind nicht dinglich am Vermögen der Gesellschaft beteiligt, sondern haben lediglich einen bedingten schuldrechtlichen Auseinandersetzungsanspruch. Die KGaA als Kapitalgesellschaft ist als juristische Person grundsätzlich abgeschirmt gegen steuerrechtliche Durchgriffe auf Tatbestände in der Person ihrer Gesellschafter (vgl. ausführlich dazu: BFH, Beschluss vom 27.04.2005, II B 76/04, BFH/NV 2005, 1627 m. w. N.).

**99** Eine andere Beurteilung erfordert auch nicht der Umstand, dass die pHG einer KGaA ertragsteuerrechtlich „wie Mitunternehmer zu behandeln sind“. Denn eine dingliche Beteiligung des pHG am Gesellschaftsvermögen folgt daraus gerade nicht (so zum GrEStG BFH, Beschluss vom 27.04.2005, II B 76/04, BFH/NV 2005, 1627 m. w. N.).

**100** Auch die Regelungen in der Satzung der Y-KGaA zu Ansprüchen des Klägers für den Fall seines Ausscheidens bzw. der Liquidation der Gesellschaft führen nicht zu einer abweichenden Beurteilung. Zwar hat sich – wie auch der Kläger zugestehet – seine Vermögenssituation durch die disquotale Einlage seines Vaters in die Y-KGaA erheblich verbessert. Aufgrund der statutarischen Regelungen wird der Kläger etwa im Falle seines Ausscheidens aus der Y-KGaA oder im Falle der Liquidation der Gesellschaft an der Einlage partizipieren, sofern diese dann noch wertmäßig in der Gesellschaft vorhanden ist. Denn nach Ziffer VIII. 1. d) der Satzung entspricht das Auseinandersetzungsguthaben des pHG seiner prozentualen Beteiligung an dem sich aus der Auseinandersetzungsbilanz ergebenden Wert, wobei sich die prozentuale Beteiligung entsprechend dem Verhältnis des Kapitalkontos des ausscheidenden pHG zur Summe des Gesamtkapitals der Gesellschaft, welches sich aus der Summe der Kapitalkonten aller pHG zuzüglich der Summe der Kapitalkonten aller pHG zuzüglich des Grundkapitals der Gesellschaft zusammensetzt. Da die Satzung entsprechende Bestimmungen für den Fall der Auflösung der Gesellschaft sowie für die Ergebnisverteilung vorsieht, würde der Kläger entsprechend dem Wert seines Kapitalkontos von 450.000 € zum Wert des Gesamtkapitals (Kapitalkonto des Klägers i. H. v. 450.000 € zuzüglich Grundkapital i. H. v. 50.000 € = 500.000 €), also 90 % des Auseinandersetzungsguthaben und damit auch 90 % der Einlage erhalten, sofern diese dann noch vorhanden wäre. Der Wert etwaiger Ansprüche des Klägers gegen die Y-KGaA hat sich damit im Wert erhöht.

**101** Allerdings handelt es sich insoweit lediglich um eine reine Wertverschiebung, ohne dass es zu einer auf die Vermögenssubstanz bezogenen Vermögensmehrung bei dem

Kläger gekommen wäre, sodass der objektive Tatbestand einer freigebigen Zuwendung unter Lebenden nicht gegeben ist. Die Wertsteigerung der Beteiligung des Klägers ist eine bloße gewissermaßen reflexhafte Folge der Mehrung des Betriebsvermögens der als juristische Person eigenständigen KGaA und damit schenkungsteuerlich unbeachtlich (vgl. BFH, Urteil vom 07.11.2007, II R 28/06, BFHE 218, 414 = BStBl. II 2008, S. 258 zur GmbH).

**102** Die Einlage des Vaters, die nach dem Einlagevertrag der Förderung des Gesellschaftszwecks durch Übertragung zusätzlicher Investitionsmittel dienen soll, stellt aus rechtlichen Gründen auch keine freigebige Zuwendung an die Gesellschaft dar. Denn es entspricht höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass Zuwendungen im Gesellschaftsrecht, die dem Gesellschaftszweck dienen (societas causa), als gesellschaftsrechtlicher Vorgang und nicht als freigebige Zuwendung an die Gesellschaft zu beurteilen sind (BFH, Urteile vom 03.07.2019, II R 6/16, BFHE 265, 421 = BStBl. II 2020, S. 61; vom 17.10.2007, II R 63/05, BFHE 218, 4296 = BStBl. II 2008, S. 381 und vom 20.01.2016, II R 40/14, BFHE 252, 453 = BStBl. II 2018, S. 284). Im Verhältnis einer Kapitalgesellschaft zu ihren Gesellschaftern existieren deshalb jedenfalls im Grundsatz keine freigebigen Zuwendungen (BFH, Urteil vom 13.09.2017, II R 54/15, BFHE 260, 181 = BStBl. II 2018, S. 292).

**103** 4. Es liegt auch kein Gestaltungsmissbrauch im Sinne des § 42 AO vor.

**104 a)** Unabhängig von der Frage, ob § 7 Abs. 8 ErbStG eine zur Verhinderung von Steuerumgehungen in das Gesetz eingefügte Regelung darstellt, ist der Anwendungsbereich des § 42 AO eröffnet, denn jedenfalls ist der Tatbestand des § 7 Abs. 8 ErbStG wie oben dargelegt nicht erfüllt (vgl. BFH, Urteil vom 17.11.2020, I R 2/18, BFHE 271, 330 = BStBl. II 2021, S. 580 dazu, dass einzelsteuergesetzliche Vorschriften die Anwendung des § 42 AO nur dann verdrängen, wenn sie tatbestandlich einschlägig sind).

**105 b)** Nach der Legaldefinition des § 42 Abs. 2 Satz 1 AO liegt ein Missbrauch vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt. Der unbestimmte Rechtsbegriff des Missbrauchs wird somit durch den weiteren unbestimmten Rechtsbegriff der Unangemessenheit definiert (*Stöber* in Gosch, AO/FGO, Stand: März 2021, § 42 AO Rdnr. 70). Im Hinblick auf das verfassungs- und unionsrechtlich garantierte Recht jedes Steuerpflichtigen, seine rechtlichen Verhältnisse so zu gestalten, dass er möglichst wenig Steuern zahlt, rechtfertigt allein der Umstand, dass der Steuerpflichtige mit einer bestimmten Gestaltung das Ziel verfolgt, Steuern zu sparen oder einen gesetzlich vorgesehenen Steuervorteil zu erlangen, noch nicht den Vorwurf der Unangemessenheit (vgl. BFH, Urteil vom 18.12.2013, I R 25/12, BFH/NV 2014, 904). Ob eine Gestaltung unangemessen ist, kann nur im Vergleich zu einer alternativen Gestaltung beurteilt werden, die zu demselben wirtschaftlichen Ziel führt, aber den Tatbestand der umgangenen Steuernorm erfüllt.

**106** Unter Anwendung dieser Maßstäbe ist vorliegend nicht davon auszugehen, dass der Kläger bzw. sein Vater eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt haben.

**107** Der Kläger hat im Einzelnen dargelegt, welche wirtschaftlichen Ziele sein Vater und er verfolgten. Es sei seinem Vater darauf angekommen, im Rahmen eines gemeinsamen Joint Ventures vermögensverwaltend tätig zu werden. Dabei habe er, der Kläger, die Investmententscheidungen treffen sollen. Wichtig sei für den Vater seine, des Klägers, persönliche Haftung gewesen. Er, der Kläger, habe für seine unternehmerischen Entscheidungen mit seinem eigenen Vermögen eintreten sollen. Sein Vater hingegen habe das wirtschaftliche Ziel durch die Zurverfügungstellung des Kapitals fördern sollen.

**108** Ein einfacherer Weg, diese wirtschaftlichen Ziele zu erreichen, als das Geld in eine gemeinsame Gesellschaft einzulegen, ist bereits nicht ersichtlich. Hätte der Vater dem Kläger das Geld im Wege einer klassischen Schenkung übertragen, wäre gerade nicht das wirtschaftlich gewollte Ziel, die Nutzung des Geldes in Form einer gemeinsamen Gesellschaft, erreicht worden, sodass dieser Weg bereits keine Alternative darstellt.

**109** Die Kapitalzuführung im Wege einer disquotalen Einlage ist ebenfalls nicht unangemessen. Auch der BFH im Rahmen seiner Entscheidung zu der Frage, ob eine disquotale Einlage in eine GmbH eine freigebige Zuwendung an einen anderen Gesellschafter darstellt, ist offenbar nicht davon ausgegangen, dass eine disquotale Einlage an sich bereits eine unangemessene Gestaltung darstellt (vgl. BFH, Urteil vom 09.12.2009, II R 28/08, BFHE 228, 169 = BStBl. II 2010, S. 566). Insofern ist davon auszugehen, dass auch der BFH die disquotale Einlage von Vermögenswerten in eine Kapitalgesellschaft nicht von vornherein als Gestaltungsmissbrauch einstuft.

**110** Auch die Entscheidung des Klägers und seines Vaters, ihre Gesellschaft in der Rechtsform einer KGaA zu errichten, stellt keine unangemessene rechtliche Gestaltung dar. Im Hinblick darauf, dass der Steuerpflichtige grundsätzlich seine Verhältnisse so gestalten darf, dass keine oder möglichst geringe Steuern anfallen, kann er gesetzliche Wahlrechte frei ausüben und Rechtsformen wählen, die vom Gesetz vorgesehen sind (vgl. BFH, Urteil vom 19.01.2017, IV R 10/14, BFHE 256, 507 = BStBl. II 2017, S. 466). Die KGaA stellt eine in §§ 278 ff. AktG ausdrücklich vorgesehene Rechtsform dar, die vom Steuerpflichtigen für die Ausübung seiner Tätigkeiten gewählt werden kann. Im Übrigen hat der Kläger auch dargelegt, dass die Rechtsform der KGaA gerade deshalb gewählt wurde, weil der Kläger für unternehmerische Fehlentscheidungen als pHG mit seinem Privatvermögen unbegrenzt und persönlich haften sollte.

(...)

## ANMERKUNG:

Notarassessor Dr. **Jakob Baumgartner**, LL.M.  
(Cambridge), Bad Staffelstein

Die Möglichkeiten zur erbschaft- und schenkungsteuerfreien Übertragung von Vermögen sind im Wesentlichen auf Verschonungstatbestände für Betriebsvermögen, Familienheime und Freibeträge begrenzt. Eine alternative, mittlerweile schon länger bekannte Gestaltung<sup>1</sup> in Form einer (disquotalen) Einbringung in eine KGaA wurde nun durch das FG Hamburg in einem noch nicht rechtskräftigen Urteil bestätigt: Die disquotale Einlage eines Kommanditaktionärs in die ungebundene Kapitalrücklage einer KGaA bedeutet zwar wirtschaftlich betrachtet für den am Grundkapital nicht beteiligten persönlich haftenden Gesellschafter einen Wertzuwachs; das FG hält diesen Vorgang aber schenkungsteuerlich für unbeachtlich. Aus rechtsdogmatischer Hinsicht überzeugt diese Bewertung, wertungsmäßig ist dies hingegen fraglich.

Diese Entscheidung ist allerdings durch die Änderung des Erbschaftsteuergesetzes im Gesetz zur Stärkung von Wachstumschancen, Investitionen und Innovation sowie Steuervereinfachung und Steuerfairness (Wachstumschancengesetz)<sup>2</sup> überholt. Neu wurde § 7 Abs. 9 ErbStG eingeführt:

„Als Schenkung gilt auch die Werterhöhung einer Beteiligung eines persönlich haftenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft auf Aktien, die eine an der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligte natürliche Person oder Stiftung (Bedachte) durch die Leistung einer anderen Person (Zuwendender) an die Gesellschaft erlangt. Absatz 8 Satz 2 ist entsprechend anzuwenden.“

### 1. Sachverhalt

An einer KGaA ist der Vater (Kommanditaktionär) zu 10 % und der Sohn (persönlich haftender Gesellschafter) zu 90 % beteiligt, wobei der Sohn nicht am Grundkapital (entscheidend!) beteiligt ist. Der Kommanditaktionär bringt im nächsten Schritt 100 Mio. € über seine Einlageverpflichtung hinaus in die KGaA im Wege einer disquotalen Einlage ein, indem ein entsprechender Betrag in die ungebundene Kapitalrücklage der Gesellschaft eingestellt wird. Wirtschaftlich profitiert der Sohn davon, weil im vorgenannten Beteiligungsverhältnis die Gesellschafter auch an der Rücklage beteiligt sind.

### 2. Rechtliche Würdigung des FG Hamburg

Das FG Hamburg bewertet diesen Sachverhalt im Ergebnis als nicht schenkungsteuerpflichtig. Es fehlt an der Schenkung, insbesondere liegt keine freigebige Zuwendung an den persönlich haftenden Gesellschafter vor.

Solch eine disquotale Einlage in eine KGaA löst keine Schenkungsteuer beim nicht am Grundkapital beteiligten

<sup>1</sup> Vgl. bereits *Wachter*, DB 2019, 1167 ff.; Fischer in Fischer/Pahlke/Wachter, ErbStG, 8. Aufl. 2023, § 7 Rdnr. 555.

<sup>2</sup> BGBl. 2024 I Nr. 108 vom 27.03.2024.



persönlich haftenden Gesellschafter aus. Der Vorgang ist nicht von § 7 Abs. 8 ErbStG erfasst. Nach dieser Norm gilt als Schenkung unter Lebenden auch die Werterhöhung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, die ein an der Gesellschaft Beteiligter durch die Leistung einer anderen Person als Zuwendender an die Gesellschaft erlangt, indem er mittelbar von der Wertsteigerung der Anteile profitiert.

Zwar handelt es sich bei der KGaA um eine Kapitalgesellschaft, aber der persönlich haftende Gesellschafter hat keinen nach dem Wortlaut dieser Vorschrift vorausgesetzten Anteil an einer Kapitalgesellschaft inne: Dafür dass eine Komplementärbeteiligung an einer KGaA keinen *Anteil an einer Kapitalgesellschaft* in diesem Sinne darstellt, spricht die Systematik des ErbStG. So werden in § 13b Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 ErbStG unterschiedliche Voraussetzungen für die Begünstigung eines persönlich haftenden Gesellschafters an einer KGaA bzw. einer Kapitalgesellschaft aufgestellt und die KGaA eben nicht als gewöhnliche Kapitalgesellschaft eingeordnet.

Auch § 13a Abs. 6 Satz 1 ErbStG unterscheidet hinsichtlich des Wegfalls des Verschonungsabschlags zwischen dem in Nr. 1 geregelten Anteil eines persönlich haftenden Gesellschafters einer KGaA und dem in Nr. 4 geregelten Anteil an einer Kapitalgesellschaft. Ferner unterfällt die Komplementärbeteiligung nicht § 17 Abs. 1 Satz 3 EStG.

Des Weiteren ergibt sich kein steuerpflichtiger Vorgang gemäß § 7 Abs. 6 ErbStG, weil nur freigebige Zuwendungen von Gewinnbeteiligungen an Personengesellschaften erfasst werden, zu denen die KGaA nicht zählt.

Ferner liegt kein Fall von § 7 Abs. 1 Nr. 1 EStG vor, weil es an der Freigebigkeit fehlt und nur eine bloße Wertverschiebung vorliegt. Aufgrund der rechtlichen Eigenständigkeit der KGaA als juristischer Person fehlt es an der zivilrechtlichen Vermögensverschiebung zwischen den Gesellschaftern. Bezüglich des Sohnes als persönlich haftenden Gesellschafter ergibt sich nichts Abweichendes, weil keine gesamthänderische Bindung des Vermögens der Gesellschaft auch nicht bezüglich des persönlich haftenden Gesellschafters gegeben ist; die steuerliche Behandlung „wie ein Mitunternehmer“ führt zu keiner abweichenden Bewertung, weil es an der dinglichen Beteiligung am Gesellschaftsvermögen fehlt. Eine Schenkung gegenüber der Gesellschaft scheidet ebenso aus, weil es sich um einen gesellschaftsrechtlichen Vorgang handelt (*societatis causa*), dem die Freigebigkeit fehlt.

Das FG verneint schließlich eine unangemessene Gestaltung im Sinne von § 42 AO mit Blick auf die dargelegten außersteuerlichen Gründe zwecks Vermögensnachfolge und -verwaltung. Insbesondere folgt aus der Seltenheit der Rechtsform einer KGaA keine unangemessene Gestaltung.

### 3. Stellungnahme

Im Ausgangspunkt vermag diese finanzgerichtliche Entscheidung zu überzeugen. Die Besonderheit dieser Ge-

staltung liegt in der Hybridstruktur der KGaA, denn sie ist einerseits Kapitalgesellschaft und andererseits hat sie Merkmale einer Personengesellschaft, weil sie sowohl wenigstens einen persönlich haftenden Gesellschafter als auch einen oder mehrere Kommanditaktionäre hat.<sup>3</sup> Daher kombiniert sie die Wesensmerkmale der KG und AG miteinander.<sup>4</sup> Aufgrund des persönlich haftenden Gesellschafters weist sie eine gewisse Nähe zu den Personengesellschaften auf, wird aber grundsätzlich als Kapitalgesellschaft behandelt.

Daher kann die Rechtsprechung zur sog. disquotalen Einlage in eine Personengesellschaft (zum Beispiel KG) nicht herangezogen werden. Sofern ein Gesellschafter einer Personengesellschaft dem Gesellschaftsvermögen seiner Gesellschaft im Wege einer Einlage einen Vermögenswert (regelmäßig in die gesamthänderisch gebundene Kapitalrücklage) zuführt, ohne dass der einbringende Gesellschafter eine dem Wert seiner Einlage entsprechende Gegenleistung erhält, liegt regelmäßig eine freigebige Zuwendung des Gesellschafters an einen anderen Gesellschafter vor.<sup>5</sup> Es kommt zu einer über die Gesamthand<sup>6</sup> – welche zivilrechtlich Beschenkte ist – vermittelte Vermögensverschiebung zwischen dem einbringenden Gesamthänder und dem Gesamthänder, dessen Beteiligung am Vermögen der Gesamthand sich aufgrund der Einlage erhöht, und letzterer ist objektiv auf Kosten des einbringenden Gesamthänders bereichert.<sup>7</sup> Diese Gestaltung wird beispielsweise genutzt, um Vermögenswerte den Mitgesellschaftern zuzuwenden. Aufgrund der Teilhabe der Mitgesellschafter an der gesamthänderisch gebundenen Kapitalrücklage erhöht sich der Wert ihrer Beteiligung. Bei der KGaA ist dies differenzierter zu betrachten: Bei dieser handelt es sich um eine Kapitalgesellschaft und keine Gesamthandsgemeinschaft und daher gilt diese Rechtsprechung nicht, denn es fehlt am Gesamthandsvermögen. Für den persönlich haftenden Gesellschafter kann dies folglich ebenfalls nicht gelten – obwohl rein wirtschaftlich eine Wertsteigerung zu verzeichnen ist. Auch der Umstand, dass der persönlich haftende Gesellschafter *wie* ein Mitunternehmer besteuert wird (§ 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 16 Abs. 3 Satz 1 EStG) führt zu keiner abweichenden Bewertung, denn es han-

- 3 Koch in Koch, Aktiengesetz, 17. Aufl. 2023, § 278 Rdnr. 4; Arnold in Henssler/Strohn, GesR, AktG, 5. Aufl. 2021, § 278 Rdnr. 1; Perlitt in MünchKomm-AktG, 6. Aufl. 2023, § 278 Rdnr. 2; Wachter, DB 2019, 1167, 1168.
- 4 Koch in Koch, Aktiengesetz, § 278 Rdnr. 4; Arnold in Henssler/Strohn, GesR, AktG, § 278 Rdnr. 1; Perlitt in MünchKomm-AktG, § 278 Rdnr. 2; Wachter, DB 2019, 1167, 1168.
- 5 BFH, Urteil vom 05.02.2020, II R 9/17, BStBl. II 2020, S. 658 = DStR 2020, 1721.
- 6 Durch das MoPeG wurde die Gesamthand im Personengesellschaftsrecht abgeschafft, für steuerliche Zwecke wird sie nach § 2a ErbStG weiterhin fingiert (eingeführt durch das Gesetz vom 22.12.2023, BGBl. 2023 I Nr. 411, sog. Kreditzweitmarktförderungsgesetz) und im Folgenden der Begriff entsprechend verwendet.
- 7 BFH, Urteil vom 05.02.2020, II R 9/17, BStBl. II 2020, S. 658 = DStR 2020, 1721.

delt es sich hier insoweit nur um eine ertragsteuerliche Fiktion, die zu keinem gesamthänderischen Vermögen führt.

Kernproblem dieser Gestaltung ist angesichts der Einordnung der KGaA als Kapitalgesellschaft die Norm des § 7 Abs. 8 ErbStG. Diese Vorschrift wurde durch das Beitreibungsrichtlinie-Umsetzungsgesetz<sup>8</sup> eingeführt, um disquotale Gesellschafterleistungen in Kapitalgesellschaften einer Besteuerung mit Schenkungsteuer zu unterwerfen:<sup>9</sup> Überquotale Einlagen sind zwar rein rechtlich aufgrund des gesellschaftsrechtlichen Charakters nicht zwangsläufig Schenkungen bzw. freigebige Zuwendungen an die Gesellschaft.<sup>10</sup> Allerdings sind sie bei wirtschaftlicher Betrachtung aufgrund des Wertzuwachses der Beteiligung regelmäßig für die Gesellschafter schon als solche zu werten und daher besteuerswürdig. Diese Wertzuwächse aufseiten der Gesellschafter – vermittelt über ihre Anteile an der Gesellschaft – sollen durch diese Norm schenkungsteuerlich entsprechend erfasst werden. Das FG hält die Norm in diesem Fall für nicht einschlägig, weil der Komplementär *keinen Anteil an der Kapitalgesellschaft* innehat. Dieses Begriffsverständnis ist recht nah an den Wortlaut angelehnt und man könnte weniger streng nur eine *Beteiligung* verlangen,<sup>11</sup> wie es die Finanzverwaltung tut: „Durch seine Einlage habe der Kläger zivilrechtlich einen Kapitalanteil am einheitlichen Gesellschaftsvermögen der Y-KGaA und damit einen Anteil an einer Kapitalgesellschaft erworben.“<sup>12</sup> Dennoch überzeugt es, die Beteiligung eines Komplementärs an einer KGaA als nicht umfasst anzusehen, weil in der Gesetzesbegründung verschiedene Beispiele zu Kapitalgesellschaften aufgeführt werden, aber keines zur KGaA,<sup>13</sup> die im Gegensatz zur Genossenschaft nicht einmal erwähnt wird. Ferner ist zu beachten, dass in der KGaA die Kapitalstruktur besonders ausgestaltet ist und der persönlich haftende Gesellschafter regelmäßig nicht am Kapital beteiligt ist, sondern nur eine Vermögenseinlage erbringt; lediglich die Kommanditaktionäre müssen am Grundkapital beteiligt sein.<sup>14</sup> Unter Verweis auf die Rechtsprechung zu Personengesellschaften wird zwar ausweislich der Gesetzesbegründung der Abbau von Rechtsformunterschieden angestrebt.<sup>15</sup> Die KGaA wurde im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich nicht mitgedacht und der beabsichtigte Abbau von

Rechtsformunterschieden konnte mithin durch diese Regelung nicht erfolgen.

Bei wertungsmäßiger Betrachtung erscheint diese Besteuerungslücke ausfüllungsbedürftig, wozu verschiedene Möglichkeiten zur Verfügung stehen: Wie bereits angesprochen, überzeugt es angesichts der Gesetzgebungsgeschichte nicht, mittels Auslegung die Komplementärbeteiligung als einen Kapitalanteil aufzufassen. Eine analoge Rechtsanwendung dürfte angesichts der fehlenden Vergleichbarkeit mit (reinen) Kapitalgesellschaften ausscheiden. Denkbar wäre eher eine Art Gesamtanalogie zu den Rechtsprechungsgrundsätzen bezüglich der disquotalen Einlage bei Personengesellschaften und § 7 Abs. 8 GmbHG. Für die Beurteilung einer unangemessenen Gestaltung im Sinne von § 42 AO ist der dargelegte Sachverhalt zu wenig ergiebig und es handelt sich letztlich um eine Tatsachenfrage, aber zu bedenken ist die Ungewöhnlichkeit der Gestaltung für Zwecke der Vermögensverwaltung. Im Sinne der Rechtssicherheit überzeugt schließlich die Auffassung des FG, dass es die Aufgabe des Gesetzgebers ist, durch eine Gesetzesänderung diese Besteuerungslücke zu schließen.

#### 4. Folgen für die Gestaltungspraxis

Für die Gestaltungspraxis folgte aus der Entscheidung zunächst, dass entsprechende Vertragsgestaltungen umgesetzt werden konnten und das hier besprochene Urteil eine gewisse Bestätigung der Rechtmäßigkeit bedeutete. Da es sich aber (noch) nicht um eine obergerichtliche Rechtsprechung handelt, war ein Hinweis auf damit verbundene steuerliche Unsicherheiten in jedem Falle empfehlenswert. Allgemein gilt, dass die KGaA sowohl bei Gründung als auch in der Verwaltung weniger flexibel und deutlich aufwendiger als eine KG oder GmbH ist, was mit zusätzlichen Kosten verbunden ist und in der Gestaltungsberatung ebenfalls berücksichtigt werden sollte. Daher waren nur bei sehr großen Vermögenswerten solche Konstruktionen lohnenswert. Für die Zukunft erübrigte sich durch die Änderungen des Wachstumschancengesetzes dieses Modell. Die Revision ist beim BFH anhängig.<sup>16</sup>

Schließlich ist es trotz der Änderungen des Wachstumschancengesetzes denkbar, als Alternative zur KGaA eine GmbH & atypisch still aufzusetzen. Der atypisch stille Gesellschafter wird wie ein Mitunternehmer behandelt und eine disquotale Einlage in die Gesellschaft führt letztlich zu einer Werterhöhung der Beteiligung, ohne dass der atypisch stille Gesellschafter einen Kapitalanteil innehat, sodass § 7 Abs. 8 ErbStG nicht einschlägig ist. Die Rechtsprechung zur disquotalen Einlage in eine Personengesellschaft deckt diese Konstellation wohl ebenfalls nicht ab, weil keine Personengesellschaft in diesem Sinne vorliegen dürfte, sondern nur eine stille Gesellschaft.

8 Gesetz vom 07.12.2011, BGBl. 2011 I, S. 2592.

9 BT-Drucks. 17/6263, S. 82; auch als Reaktion auf: BFH, Urteil vom 09.12.2009, II R 28/08, BStBl. II 2010, S. 566.

10 Griesel in Daragan/Halaczinsky/Riedel, Praxiskommentar Erbschaftsteuergesetz und Bewertungsgesetz, 4. Aufl. 2022, § 7 Rdnr. 185 m. w. N.

11 Milatz/Christopeit in Burandt/Rojahn, Erbrecht, ErbStG, 4. Aufl. 2022, § 7 Rdnr. 48.

12 FG Hamburg, Urteil vom 11.07.2023, 3 K 188/21, DStR 2023, 1996 Rdnr. 18.

13 BT-Drucks. 17/6263, S. 82 f.

14 Wachter, DB 2019, 1167, 1169.

15 BT-Drucks. 17/6263, S. 82 f.

16 Das Revisionsverfahren wird unter dem Az. BFH, II R 23/23 geführt.



## Tagungsbericht

# „Effektives ‚Enterben‘ – Schranken der Testierfreiheit im Zielfeld von Gestaltungen“

## Tagungsbericht betreffend die Veranstaltung der Forschungsstelle für Notarrecht (Ludwig-Maximilians-Universität München) am 13.03.2024

Von Luca Kochendörfer, München<sup>1</sup>

Am 13.03.2024 fand die erste Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Jahr 2024 statt, erneut in hybrider Form, im Senatssaal der Universität mit gleichzeitiger Öffnung für ein Online-Publikum. Das Thema der Veranstaltung lautete „Effektives ‚Enterben‘ – Schranken der Testierfreiheit im Zielfeld von Gestaltungen“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigolet*, begrüßte die zahlreichen Teilnehmer und führte in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten, Dr. *Philipp Ceesay*, wissenschaftlicher Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg, und Dr. *Julius Forschner*, Notar in Kitzingen, vor. Anschließend übergab er das Wort an *Ceesay*.

Dieser thematisierte unter dem Titel „Das Pflichtteilsrecht und andere Schranken der Testierfreiheit“ einerseits Fragen des geltenden Rechts, insbesondere Fragen der Zulässigkeit von Pflichtteilsverzichtsverträgen, andererseits rechtspolitische Reformvorschläge, namentlich betreffend das Pflichtteilsrecht. Er nahm seinen Ausgangspunkt bei der Testierfreiheit selbst. Ausgehend von der Definition durch das BVerfG<sup>2</sup> betonte er sogleich die von vom Gericht stets angesprochenen Schranken.<sup>3</sup> In diesem Zusammenhang verwies er exemplarisch auf § 2231 BGB (Authentizitätsgewähr), § 2229 BGB und § 27 BeurkG (Schutz der Selbstbestimmung des Testierenden), § 2210 und 2109 BGB (zeitliche Beschränkung der „kalten Hand“) sowie

§ 138 und § 134 BGB (allgemeine Schranken mit verschiedenen Zwecksetzungen). Diese, die Verfügung an sich betreffenden Vorgaben unterschieden sich kategorial vom Pflichtteilsrecht der §§ 2303 ff. BGB, das die Testierfreiheit (nur) in ihrer wirtschaftlichen Substanz einschränke, die Verfügung selbst jedoch nicht betreffe. Trotz dieser rechtstechnischen Unterordnung stelle Letzteres doch den Kondensationspunkt für Beschränkungen der Testierfreiheit aus Erwägungen der Familiensolidarität dar. Betreffend „Schranken der Testierfreiheit gegenüber einer sittlich als unangemessen empfundenen Benachteiligung nächster Angehöriger“ sei das Pflichtteilsrecht dementsprechend auch in der Rechtsprechung des BGH als abschließend anzusehen.<sup>4</sup> Insbesondere die Schranke der Sittenwidrigkeit sei insofern (nicht jedoch mit Blick auf andere Aspekte wie nicht zuletzt die „Hohenzollern“-Entscheidung<sup>5</sup> zeige) zurückgenommen.

*Ceesay* betonte die hohe Bedeutung des Pflichtteilsrechts. Zunächst verwies er auf die (wiederum) verfassungsgerichtliche Anerkennung des Pflichtteils als „grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige wirtschaftliche Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass“ (Verankerung in Art. 14 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG)<sup>6</sup> sowie die Einordnung des bedarfsunabhängigen Pflichtteilsanspruchs als Teil des *ordre public* im Rahmen international-erbrechtlicher Fragen durch den BGH (sogar unabhängig von etwaigen Schutzanordnungen des ausländischen Rechts).<sup>7</sup> Gleichzeitig finde das Pflichtteilsrecht in lebzeitigen Zuwendungen eine notwendige, im System an-

1 Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

2 BVerfG, Urteil vom 19.04.2005, 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, BVerfGE 112, 332 Rdnr. 52: „die Befugnis des Erblassers, zu Lebzeiten einen von der gesetzlichen Erbfolge abweichenden Übergang seines Vermögens nach seinem Tode an einen oder mehrere Rechtsnachfolger anzuordnen“.

3 Vgl. BVerfG, Urteil vom 16.03.2004, 1 BvR 1778/01, NJW 2004, 2008.

4 BGH, Urteil vom 10.11.1982, IVa ZR 83/81, NJW 1983, 674, 675 als Beispiel für die st. Rspr.

5 BVerfG, Urteil vom 16.03.2004, 1 BvR 1778/01, NJW 2004, 2008.

6 BVerfG, Urteil vom 19.04.2005, 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, BVerfGE 112, 332 Ls. 1.

7 BGH, Urteil vom 29.06.2022, IV ZR 110/21, BGHZ 234, 166 Ls.

gelegte Sollbruchstelle, die Spielraum für Gestaltungen eröffne. Umgehungsschutz, mithin Gestaltungsschranken seien dementsprechend auch rechtsvergleichend breitflächig anerkannt.

Bevor er sich diesem Hauptfeld der Gestaltung zuwandte, fokussierte Ceesay jedoch den Pflichtteilsverzicht (§ 2346 Abs. 2 BGB) als alternative, vielfach „eleganteste“<sup>8</sup> Option. Der Pflichtteilsverzicht, jedenfalls seine schrankenlose Zulassung, konterkariere die Pflichtteilsregelung als solche notwendig und sei – anders als die Problematik lebzeitiger Verfügungen – nicht zwingend im System des Pflichtteilsrechts angelegt wie nicht zuletzt eine rechtsvergleichende Umschau (insbesondere auf die romanischen Rechtsordnungen) zeige. Vor diesem Hintergrund verwundere die Strittigkeit gerade unbeschränkter und unausgeglichener Verzichtes nicht. Während vielerorts (angesichts fehlender expliziter Schranken) von einer unbeschränkten Zulässigkeit ausgegangen werde, werde an anderer Stelle auf die Anfälligkeit des Pflichtteils für Rationalitätsverkürzungen, verminderten Selbstschutz und Unausgeglichenheit verwiesen.<sup>9</sup> Vor diesem Hintergrund sei der Pflichtteilsverzicht gewissermaßen als „Schranken-Schranke“ der Testierfreiheit einzuordnen.

Als Ausgangspunkt der Diskussion wandte sich Ceesay der historischen Frage zu, wie der vorbehaltlose Pflichtteilsverzicht in das im Übrigen so strenge Pflichtteilsrecht gelangen konnte. Besonders aufschlussreich seien in dieser Hinsicht die Ausführungen des Redaktors des bürgerlichen Erbrechts, der bereits auf naheliegende unlautere Einwirkungen (namentlich familiäre Bindungen), die Gefährlichkeit des zukunftsgerichteten Geschäfts (Rationalitätsdefizit) und die Beeinträchtigungen der Interessen der Nachkommen des Verzichtenden verwiesen habe. Nichtsdestotrotz sei eine Zulassung mit Blick auf die vielfältigen praktischen Bedürfnisse vieler Familien geboten erachtet worden,<sup>10</sup> wobei in den Gesetzgebungsmaterialien vor allem Auswanderungssachverhalte referenziert worden seien.<sup>11</sup> Besonders bemerkenswert sei die ausgreifende Wirkung des § 2349 BGB, gerade im Kontrast zu gegenteiligen Vorgaben in den §§ 1953, 2344 BGB. Gerade diese Regelung sei – wiederum vor dem Hintergrund eines vorweggenommenen Ausgleichs in Auswanderungssachverhalten – als notwendige Erleichterung angesehen worden. Von der Kodifizierung einer Ausgleichnotwendigkeit sei jedoch (nur) vor dem Hintergrund praktischer Berechnungsschwierigkeiten abgesehen worden.<sup>12</sup> Die Zulassung des Pflichtteilsverzichtes sei vor diesem Hintergrund als Anerkennung des Interesses an vorweggenommenem Ausgleich zu verstehen. Die Erfassung der mit diesem einhergehenden Gefah-

ren sei lediglich aus Komplexitätserwägungen der Rechtsprechung überantwortet worden.

Diese bürgerlichrechtliche Regelung müsse nunmehr jedoch vor dem Hintergrund des GG in der Auslegung durch das BVerfG gesehen werden, das eine bedarfsunabhängige Widerspiegelung der Familienbeziehung in der Nachlassverteilung für erforderlich erachte.<sup>13</sup> Dies sei der Ausgangspunkt einer notwendigen Inhaltskontrolle. Hierbei müsse zunächst der Prüfungsgegenstand fixiert werden: der Pflichtteilsverzicht selbst oder die darauf aufsetzende letztwillige Verfügung. Ceesay plädierte für Ersteres, spreche die verfassungsgerichtliche Hervorhebung der wirtschaftlichen Mindestbeteiligung doch für eine Lösung innerhalb des Pflichtteilsrechts. Das Leitbild müsse die historisch verbürgte Idee eines vorweggenommenen Pflichtteils darstellen, dem die verfassungsgerichtliche Idee des Familienvermögens entspreche. Erforderlich werde damit eine Äquivalenzanalyse im Abschlusszeitpunkt. Eine Ausübungskontrolle im Erbfall scheidet demgegenüber aus, spiele doch die Bedürftigkeit auch in der Verfassungsrechtsprechung keine Rolle.

Die dargestellten Komplexitäten des Pflichtteilsrechts (durch die nur am Rande erwähnten lebzeitigen Zuwendungen nochmals verstärkt) nahm Ceesay sodann als Anlass zum Übergang zur rechtspolitischen Diskussion über eine mögliche Reform des Pflichtteilsrechts. Die erhebliche und pauschale Einschränkung der Testierfreiheit werfe gerade vor dem demographischen Hintergrund (fehlende Bedürftigkeit der häufig mitten im Leben stehenden Erben) Fragen auf. Dies gelte umso mehr angesichts der damit einhergehenden Subordination (zu Lebzeiten des Erblassers privilegierter) unterhaltsbedürftiger Angehöriger gegenüber anderen Gläubigern. Vor dem Hintergrund dieser Konstruktionsfehler präsentierte Ceesay sodann ein Modell bedarfsabhängiger Nachlassteilhabe als Gegenbild zur bedarfsunabhängigen quotalen Beteiligung.<sup>14</sup> Mit der Rechtsprechung des BVerfG stehe dies nicht in Konflikt, habe sich dieses mit Unterhaltsproblemen gar nicht befasst. Leitgedanken müssten die Stärkung einerseits der Stellung bedürftiger Angehöriger, andererseits der Testierfreiheit im demographischen Regelfall (gerade auch vor dem Hintergrund von Nachfolgeplanungen in Familienunternehmen) sein.

Im Mittelpunkt des Vorschlags stehe ein Übergang der Unterhaltspflicht mit dem Tod des Verpflichteten als Nachlassverbindlichkeit auf die Erben. Statt einer Geldrente solle eine Abfindung in Kapital festgesetzt werden, die sich jedoch in ihrer Höhe an den unterhaltsrechtlichen Grundsätzen ausrichte. Damit gehe ein Perspektivwechsel weg vom Nachlasswert hin zur Bedürftigkeit nächster Angehöriger einher. Dass bei Umsetzung eines solchen Vorschlags eine generalklauselbasierte (Art. 6 Abs. 1 GG verwirklichende) In-

8 Grziwotz, DNotZ 2016, 732, 740.

9 Exemplarisch Lettmaier, AcP 218 (2018), 724, 765.

10 Zu beidem von Schmitt in Begründung des Entwurfs eines Rechtes der Erbfolge für das Deutsche Reich und des Entwurfs eines Einführungsgesetzes, 1879, S. 761.

11 Motive V, S. 474 und Protokolle, S. 7638.

12 Zu beidem Protokolle, S. 7648.

13 Vgl. BVerfG, Urteil vom 19.04.2005, 1 BvR 1644/00 und 1 BvR 188/03, BVerfGE 112, 332 Rdnr. 62.

14 Für Einzelheiten auch Zimmermann/Bauer/Bialluch/Humm/Klapdor/Köhler/Schmidt/Scholz/Wiedemann, Zwingender Angehörigenschutz im Erbrecht, 2022.

haltskontrolle von Testamenten zu erwarten sei,<sup>15</sup> verneinte Ceesay, müsste die Unterhaltslösung – in Anlehnung an die gelockerte Rechtsprechung zu den Geliebten-Testamenten<sup>16</sup> – doch als abschließend anerkannt werden. Er schloss sodann mit einer thesenförmigen Zusammenfassung seinen Vortrag.

*Forschner* stellte Pflichtteilsreduzierungen durch lebzeitige Gestaltungen, namentlich die Übertragung von Vermögensgegenständen, in den Mittelpunkt seines Vortrags. Trete ein Mandant mit dahin gehendem Regelungswunsch an den Gestalter heran, müsse jenem zunächst bewusst gemacht werden, dass auch ein aktuell gutes Verhältnis zum Beschenkten in der Zukunft Schwankungen ausgesetzt sei könnte. Was die sodann folgende rechtliche Gestaltung solcher Übertragungen anbelangt, stelle sich der von Ceesay schon erwähnte vollständige Pflichtteilsverzicht (mit oder ohne Abfindung) in der Tat als „Königsweg“, da am wenigsten streitanfällig, dar. Ferner sei an Vorgaben zur Anrechnung des lebzeitig erhaltenen Vermögens (bei etwaiger späterer Geltendmachung des Pflichtteils seitens eines Begünstigten) sowie die Ausgleichung gegenüber anderen Abkömmlingen zu denken. Gerade die gesetzliche Regelung der letzteren Problematik in § 2050 Abs. 1 und 2 BGB sei aufgrund der Unbestimmtheit der verwendeten Rechtsbegriffe („Ausstattung“, „Übermaß“) sinnvollerweise durch die in Abs. 3 ermöglichte ausdrückliche Anordnung zu ersetzen.

Die Notwendigkeit der dargestellten Regelungen exemplifizierte *Forschner* sodann an einem jüngeren Judikat der OLG Brandenburg.<sup>17</sup> Im zugrunde liegenden Sachverhalt hatte ein Vater seinem Sohn „im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter Anrechnung auf den Pflichtteil des Erwerbers am künftigen Nachlass des Veräußerers“ ein Grundstück übertragen. Die weiteren Kinder verzichteten zur gleichen Urkunde gegenständlich beschränkt auf ihren Pflichtteil betreffend das übergebene Grundstück. Das Gericht hatte hierin eine Enterbung (§ 1938 BGB) des Bedachten erkennen wollen, ergebe sich doch aus Anrechnung auf den Pflichtteil, dass nur dieser zugewandt werden sollte. *Forschner* kritisierte diese im Wortlaut des Übergabevertrags nicht hinreichend deutlich angelegte Auslegung und betonte den (bisherigen) Ausnahmecharakter der Entscheidung. Geäußerte Empfehlungen, in Schenkungsverträgen künftig explizit (und präventiv) den Enterbungscharakter zu verneinen gingen in seinen Augen zu weit. Klar zu adressieren seien allerdings stets der Rechtsgrund der Übergabe, eine etwaig gewollte Pflichtteilsanrechnung sowie die Frage der Ausgleichspflicht.

Sodann wechselte *Forschner* zur Perspektive des Übergangenen, namentlich der Frage etwaiger Pflichtteilsergänzungsansprüche. Zunächst wies er auf den gerade Laien meist unbekanntenen Umgehungsschutz bei eheinternen

Übertragungen in § 2325 Abs. 3 Satz 1 BGB hin. Im Anschluss wandte er sich der tatbestandlich (§ 2325 Abs. 1 BGB) entscheidenden Frage nach dem Vorliegen einer Schenkung zu. Innerhalb von Ehen (im gesetzlichen Güterstand) könne das Vorliegen einer solchen vermieden werden, indem – unterschiedliche Zugewinnhöhen unterstellt – der dahin gehende Ausgleichsanspruch nutzbar gemacht werde. Eine Übertragung im Rahmen eines sog. „fliegenden Zugewinnausgleichs“ ohne Beendigung des Güterstands sei zwar vom BGH bisher nicht abschließend beurteilt worden. Der Zugewinnanspruch entstehe jedoch erst und nur mit der (tatsächlichen) Beendigung des Güterstands, sodass mit einer Anerkennung – wie auch in der finanzgerichtlichen Rechtsprechung – nicht gerechnet werden könne. Mit einer tatsächlichen Beendigung des Güterstands hingegen lasse sich der Schenkungscharakter vermeiden. Als problematisch könnten sich insoweit allerdings etwaige erbrechtliche Folgen (unterschiedliche Erbquoten innerhalb der jeweiligen Güterstände mit Folgen für den Pflichtteil) erweisen. Vor diesem Hintergrund sei denkbar, den Wechsel von der Zugewinngemeinschaft in die Gütertrennung nach einer gewissen Zeit oder sofort rückgängig zu machen. Allerdings wies *Forschner* darauf hin, dass derartige Konstruktionen bisher nicht abschließend vom BGH beurteilt worden seien. Teilweise werde ein Umgehungsvorwurf erhoben. Zwar könne dem angesichts der Vertragsfreiheit der Ehegatten im Familienrecht in der Sache (abseits weiterer Umgehungsmomente) nicht gefolgt werden, müsse es diesen doch unbenommen bleiben, den Zugewinnausgleich schon während der Ehe durch freien Willensentschluss auszulösen. Vollständige Klärung bestehe bis zu einem einschlägigen höchstrichterlichen Judikat allerdings nicht.

Bei schon erfolgten Zuwendungen stelle sich die Frage einer nachträglichen Heilungsmöglichkeit. Hier verwies *Forschner* auf ein höchstrichterliches Judikat, dem eine nachträgliche Vereinbarung eines Kaufpreises für eine zuvor bereits erfolgte und vollzogene Schenkung zugrunde gelegen hatte.<sup>18</sup> Der BGH habe bestätigt, dass der (Schenkungs-)Rechtsgrund nachträglich ausgetauscht werden könne. Der Pflichtteilsberechtigte müsste sich – abseits eines auffälligen Missverhältnisses (in diesem Fall liege eine gemischte Schenkung vor) – den Kaufpreis entgegenhalten lassen. Konsequenterweise falle dieser dann allerdings in die Masse und werde damit Pflichtteilsansprüchen zugrundegelegt.

Sodann wandte sich *Forschner* den praktisch wichtigen Fragen des Fristbeginns (im Sinne von § 2345 Abs. 3 BGB) im Falle der Übertragung unter Vorbehalt von Rechten (Nießbrauch, Wohnungsrecht, Rückforderung) zu. Die Rechtsprechung stelle auf die endgültige wirtschaftliche Entäußerung ab, reduziere den Fristbeginn also zwecks Umgehungsschutzes teleologisch. Insbesondere der Nießbrauch ermögliche dem entgegen eine umfassende wirtschaftliche Nutzung bis zum Lebensende. Für das Woh-

15 So *Röthel*, ErbR 2023, 662, 665.

16 Exemplarisch BGH, Urteil vom 10.11.1982, IVa ZR 83/81, NJW 1983, 674.

17 OLG Brandenburg, Beschluss vom 31.08.2022, 3 W 55/22, MittBayNot 2023, 612 m. Anm. *Keim*.

18 BGH, Urteil vom 14.02.2007, IV ZR 258/05, ZEV 2007, 326 m. Anm. *Kornexl*.

nungsrecht fehle es zwar an einer expliziten höchstrichterlichen Entscheidung. Allerdings habe der BGH angedeutet, dass in Ausnahmefällen der Fristablauf auch hier gehindert werde, könne das Grundstück nach den Umständen des Einzelfalls noch im Wesentlichen noch genutzt werden.<sup>19</sup> *Forschner* positionierte sich in der Sache gegen eine solche Einschätzung, nehme das Wohnungsrecht dem Eigentümer doch die überwiegenden Nutzungsmöglichkeiten (namentlich Veräußerung, Beleihung und Vermietung). Zuzugeben sei der Rechtsprechung allerdings, dass die Wohnnutzung in vielen Fällen das dominante Interesse darstelle. Werde das Wohnungsrecht nur an einem Teil einer Immobilie bestellt (insbesondere der selbstgenutzten Wohnung), stehe dem Fristablauf jedenfalls für untergeordnete Teile nichts entgegen, könne von einer „im Wesentlichen Nutzbarkeit“ hier doch keine Rede sein. Angesichts gespaltenen obergerichtlicher Rechtsprechung könne in diesen Fällen jedenfalls die Umwandlung in Wohnungseigentum mit teilweise unbelasteter Übertragung als rechtssichere Alternative empfohlen werden. Praxisübliche Rückforderungsrechte für Fälle der absprachewidrigen Weiterveräußerung, der Insolvenz oder des Vorversterben des Beschenkten hinderten den Fristablauf nicht, jedenfalls solange das Auslösen des Rechts nicht im freien Belieben des Schenkers stehe.

Zum Abschluss wandte sich *Forschner* gesellschaftsrechtlichen Fragestellungen zu: Für eine werbende OHG habe der BGH bereits früh die Einbringung von Vermögenswerten mit wechselseitigem Abfindungsausschluss nicht als

Schenkung im Sinne von § 2325 Abs. 1 BGB eingeordnet.<sup>20</sup> Jeder Gesellschafter wende dem anderen das Gleiche zu und übernehme das gleiche Risiko. Es werde nicht ein Gesellschafter vor dem anderen begünstigt, sondern das Unternehmen für den Todesfall im gemeinsamen Interesse gesichert. Diese Rechtsprechung sei im Ausgangspunkt richtig. Von einer Schenkung könne nicht gesprochen werden, stünden die gegenseitigen Chancen auf Anwachsung doch in einem Austauschverhältnis. Zu beachten sei allerdings, dass die Rechtsprechung dies (nur) für rein vermögensverwaltende Gesellschaften anders sehe.<sup>21</sup> In diesen Fällen werde eine Sicherung des Fortbestands des Unternehmens nicht bezweckt, es bestehe kein relevantes Haftungsrisiko und es würden keine relevanten Arbeitsleistungen erbracht. *Forschner* wies zwar darauf hin, dass es sich auch hier – angesichts der gegenseitigen, aleatorischen Natur – bei Lichte besehen nicht um eine Schenkung handle. Als Missbrauchskontrolle und Umgehungsschutz sei die Rechtsprechung nichtsdestotrotz nachvollziehbar. Im Anschluss hieran schloss er seinen Vortrag.

*Grigoleit* eröffnete sodann die Diskussions- und Fragerunde mit den Referenten. Die Tagung wurde aufgezeichnet und ist auf der Homepage der Forschungsstelle abrufbar (<https://www.jura.lmu.de/de/forschung/forschungsstellen/forschungsstelle-fuer-notarrecht/>, dort unter „Vergangene Veranstaltungen“).

---

19 Namentlich BGH, Urteil vom 29.06.2016, IV ZR 474/15, NJW 2016, 2957.

20 Vgl. schon BGH, Urteil vom 22.11.1956, II ZR 222/55, BGHZ 22, 186 = NJW 1957, 180.

21 BGH, Urteil vom 03.06.2020, IV ZR 16/19, NJW 2020, 2396 m. Anm. *Schönenberg-Wessel*.

## Veranstaltungshinweise

### 11. Symposium des Instituts für Notarrecht der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen

#### „Vertragsgestalterischer Anpassungsbedarf nach dem MoPeG“

Montag, 08.07.2024

SUB/Historisches Gebäude (Alfred-Hessel-Saal, 1. OG), Papendiek 14, 37073 Göttingen

#### Inhalt und Ablauf:

12:30 Uhr	<b>Eintreffen der Teilnehmenden, kleiner Imbiss</b>
13:00 Uhr	<b>Begrüßung</b> Prof. Dr. <i>Joachim Münch</i> , Universität Göttingen
13:10 Uhr	<b>Einführung in das Tagungsthema</b> Prof. Dr. <i>Eckart Bueren</i> , Dipl.-Vw., Universität Göttingen
13:30 Uhr	<b>Die Einheits-GmbH &amp; Co. KG nach dem MoPeG</b> Prof. Dr. <i>Johannes Wertenbruch</i> , Universität Marburg
14:00 Uhr	<b>Fragen und Diskussion</b>
14:30 Uhr	<b>Schnittstellen zwischen Personengesellschaftsrecht und Erbrecht</b> Notar Prof. Dr. <i>Heribert Heckschen</i> , Dresden
15:00 Uhr	<b>Fragen und Diskussion</b>
15:30 Uhr	<b>Kaffeepause</b>
16:00 Uhr	<b>Gesellschafterstreitigkeiten nach dem MoPeG: gesetzliche Ausgangslage und kautelarjuristische Vorsorge</b> Prof. Dr. <i>Rafael Harnos</i> , Universität Passau
16:30 Uhr	<b>Fragen und Diskussion</b>
17:00 Uhr	<b>Abschlusspanel mit den Vortragenden</b> Moderation: Prof. Dr. <i>Eckart Bueren</i> , Universität Göttingen
17:25 Uhr	<b>Verabschiedung</b> Prof. Dr. Dr. h.c. <i>Volker Lipp</i> , Universität Göttingen

**Tagungsbeitrag:** kostenlos

#### Kontakt/Anmeldung:

Das Symposium steht allen Interessierten aus Wissenschaft und Praxis offen.

Auch um kurzfristige Anmeldung mit dem Betreff „MoPeG 2024“ wird gebeten unter: [notarinstitut@uni-goettingen.de](mailto:notarinstitut@uni-goettingen.de) Bitte übermitteln Sie uns folgende Anmeldeinformationen: Anrede, Titel, Name, Vorname, Institution, Position, Anschrift (Straße, Hausnummer, PLZ, Ort)

Auf Wunsch erhalten Sie im Anschluss an das Symposium eine Teilnahmebescheinigung (bitte in der Anmeldung mitteilen).



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

## Veranstaltungen des DAI

- 1. Intensivkurs Grundstücksrecht**  
(Berkefeld, Forscher)  
04.07. bis 05.07.2024, Lübeck-Travemünde und  
Live-Stream (12 Zeitstd.)  
Nr. 035102
- 2. Führung im Notariat**  
(Dehe)  
29.08.2024, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 035274
- 3. Erste Praxiserfahrungen mit dem MoPeG**  
(Weitbrecht)  
31.08.2024, Köln (6 Zeitstd.)  
Nr. 035220
- 4. 22. Jahresarbeitsstagung des Notariats**  
(Leitung: Winnen)  
12.09.-14.09.2024, Berlin und Live-Stream (18 Zeitstd.)  
Nr. 034849

### Informationen und Anmeldungen:

Deutsches Anwaltsinstitut e. V.  
Gerard-Mortier-Platz 3, 44793 Bochum  
Tel.: 0234 970640; Fax 0234 703507  
E-Mail: [notare@anwaltsinstitut.de](mailto:notare@anwaltsinstitut.de)  
Web: [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)

## Neuerscheinungen

1. Albrecht/Albrecht/Böhm/Böhm-Rößler: Die Patientenverfügung. 3. Aufl., Giesecking, 2024. 334 S., 59,00 €
2. Bork/Hölzle: Handbuch Insolvenzrecht. 3. Aufl., RWS, 2024. 2038 S., 198,00 €
3. Fischer: Tabellen zum Familienrecht. 45. Aufl., Luchterhand, 2024. 320 S., 49,00 €
4. Gummert/Weipert: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 2: Kommanditgesellschaft, GmbH & Co. KG, Publikums-KG, Stille Gesellschaft. 6. Aufl., Beck, 2024. 2334 S., 239,00 €
5. Handzik: Die Bewertung des inländischen Grundvermögens für die Erbschaft- und Schenkungsteuer. 3. Aufl., Erich Schmidt, 2024. 344 S., 59,80 €
6. Heidel/Schall: HGB. 4. Aufl., Nomos, 2024. 2861 S., 179,00 €
7. Hügel: Grundbuchordnung. 5. Aufl., Beck, 2024. 1953 S., 149,00 €
8. Kindler/Laimer/Perathoner: Gesellschaftsrechtliche Nebenvereinbarungen in Europa. 2. Aufl., Nomos, 2024. 639 S., 169,00 €
9. Musielak/Voit: Zivilprozessordnung. 21. Aufl., Vahlen, 2024. 3189 S., 179,00 €
10. Spernath: Grundstücksrecht Spezial. 3. Aufl., Notarkasse, 2024. 120 S., 24,90 €
11. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 1: Allgemeiner Teil. Einleitung zum BGB, §§ 1-14: VerschG. Neubearbeitung 2024, De Gruyter. 700 S., 299,00 €
12. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: Familienrecht, §§ 1353-1362 (Wirkung der Ehe im Allgemeinen). Neubearbeitung 2024, De Gruyter. 663 S., 249,00 €
13. Toussaint: Kostenrecht. 54. Aufl., Beck, 2024. 3037 S., 173,00 €
14. Vygen/Joussen: Bauvertragsrecht nach VOB und BGB. 6. Aufl., Werner, 2024. 2024 S., 179,00 €



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

# STANDESNACHRICHTEN

## Personaländerungen

### 1. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 30.06.2024:

Notar Franz Ruhland, München

### 2. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 04.05.2024:

Anweiler dem Notarassessor  
Dr. Frank Schmidt  
(bisher in Landstuhl)

Mit Wirkung zum 01.06.2024:

Krumbach (Schwaben) der Notarassessorin  
Dr. Martina Demmer  
(bisher in Augsburg)

Mellrichstadt dem Notarassessor  
Tim Kraus  
(bisher in Nürnberg)

München dem Notar a. D.  
Johannes Bolkart  
(in Sozietät mit Notar  
Dr. Henning Schwarz)

Mit Wirkung zum 01.07.2024:

Schweinfurt dem Notarassessor  
Marcel Satzger  
(in Sozietät mit Notarin  
Bianca Muschel)  
(bisher in München)

München dem Notar  
Johannes Attenberger  
(in Sozietät mit Notar  
Sebastian Ruhwinkel)  
(bisher in Vilseck)

### 3. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 01.05.2024:

Dr. Veronika Wetlitzky  
(Notarstelle Dr. Katja Rödiger, Sulzbach-Rosenberg)

Paul Jüttner  
(Notarstelle Dr. Christoph Röhl, Wegscheid)

Kristina Scibor  
(Notarstelle Julia Herbst, Riedenburg)

Katja Böhnisch  
(Notarstelle Christian Esbjörnsson, Rosenheim)

Fabian Paul  
(Notarstelle Dr. Markus Krebs, Landshut)

Gregor Wohnig  
(Notarstelle Dr. Gerald Weigl, Schwabmünchen)

Dr. Tassilo Mürtz  
(Notarstelle Eva Maria Brandt, Friedberg)

### 4. Erwerb eines akademischen Grades:

Herrn Notarassessor Joseph Rumstadt wurde mit Wirkung zum 02.05.2024 der Doktorgrad der Juristischen Fakultät („Dr. iur.“) verliehen.

### 5. Verstorben:

Notar a.D. Dr. Adolf Meier,  
verstorben am 24.05.2024



#### Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Notar Markus Müller;  
Neue Anschrift: Kindinger Straße 32,  
91171 Greding;

Notare Dr. Schwab/Dr. Weiler;  
Neue Anschrift: Maximiliansplatz 12  
6. Obergeschoss  
80333 München

Abonnement

## MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Fichtenstraße 8, 82061 Neuried, T. 089 5482170, F. 089 555551, notarkammer.universalmedien.de

