

MittBayNot

Begründet 1864

2 | 2024

März | April 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

Baumgartner: Einsatzmöglichkeiten und Schwächen von Treuhandverhältnissen an GmbH-Geschäftsanteilen in der Vertragsgestaltung 103

Bolkart: Die GbR als GmbH-Gesellschafterin nach Inkrafttreten des MoPeG 110

Lautner: Das neue Gesellschaftsregister – Teil 1 121

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

Volmer zu OLG Hamm: Zur Abgrenzung zwischen der Ersterteilung und der Neuerteilung eines Grundschuldbriefs 147

Moes zu KG: Keine Mitmutterchaft der Ehefrau der Mutter 151

Hartmann zu OLG Hamm: Keine Prüfung der Entgeltlichkeit einer Verfügung des befreiten Vorerben bei Vorliegen eines Wirksamkeitsvermerks 167

Heckschen zu OLG Düsseldorf: Zu den Voraussetzungen der Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung in das Handelsregister 176

Kemper zu OLG München: Schenkweise Überlassung eines voll eingezahlten Kommanditanteils an Minderjährigen 180

Balzer: Rat aus der Zukunft für persönlich passende Entscheidungsfindung 206

Impressum **MittBayNot**

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

Herausgeber:

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

Herausgeberbeirat:

Dr. Susanne Frank, Notarin in München
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar a. D., Regen
Priv.-Doz. Dr. Patrick Meier, Notar in Bischofsheim i. d. Rhön
Angelika Strähuber, Notarin in Regen
Michael Volmer, Notar in 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** 2 | 2024

AUFSÄTZE		103		
Baumgartner: Einsatzmöglichkeiten und Schwächen von Treuhandverhältnissen an GmbH-Geschäftsanteilen in der Vertragsgestaltung		103		
Bolkart: Die GbR als GmbH-Gesellschafterin nach Inkrafttreten des MoPeG		110		
Lautner: Das neue Gesellschaftsregister – Teil 1		121		
BUCHBESPRECHUNGEN		132		
Heckschen/Heidinger: Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis (Linke)		132		
Winkler: Beurkundungsgesetz (Eichinger)		133		
RECHTSPRECHUNG		134		
Bürgerliches Recht				
ALLGEMEINES				
1. Zum Mangelbegriff bei baujahrstypischen und standzeitbedingten Eigenschaften einer Immobilie (OLG Schleswig, Hinweisbeschluss vom 22.02.2023, 7 U 199/22 – Ls.)		134		
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT				
2. Auslegung eines notariellen Grundstückskaufvertrags bezüglich des Mitverkaufs eines nicht im Eigentum des Verkäufers stehenden Nachbargrundstücks (BGH, Urteil vom 23.06.2023, V ZR 89/22)		134		
3. Veränderungen am Sondereigentum ohne Zustimmung des Vorkaufsberechtigten (BGH, Beschluss vom 15.06.2023, V ZB 5/22 – Ls.)		139		
4. Zu den Grenzen der Ausgestaltung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 19.05.2023, 5 W 12/23)		139		
5. Nachweis der Erbenstellung durch mehrere die Erbfolge beeinflussende Urkunden (OLG Celle, Beschluss vom 10.05.2023, 18 W 17/23)		141		
6. Grundbucheintragung einer Vormerkung mit einem Vermerk betreffend die bedingte Abtretung der durch die Vormerkung gesicherten Forderung (OLG Bremen, Beschluss vom 05.04.2023, 3 W 5/23)		142		
7. Zur Eintragung des Berechtigungsverhältnisses im Grundbuch (OLG Brandenburg, Beschluss vom 05.01.2023, 5 W 40/22)		143		
8. Zur Abgrenzung zwischen der Ersterteilung und der Neuerteilung eines Grundschuldbriefs (OLG Hamm, Beschluss vom 03.01.2023, 15 W 395/21) mit Anmerkung Volmer		145		147
FAMILIENRECHT				
9. Rechtmäßigkeit der Behandlung in einer akuten Notfallsituation trotz auslegungsbedürftiger Patientenverfügung (KG, Urteil vom 20.02.2023, 20 U 105/22)		148		
10. Keine Mitmutterchaft der Ehefrau der Mutter (KG, Beschluss vom 26.07.2022, 3 UF 30/21) mit Anmerkung Moes		151		151
ERBRECHT				
11. Zum Nachweis der Scheidung einer früheren Ehe bei Beantragung eines Erbscheins (OLG Dresden, Beschluss vom 24.05.2023, 17 W 265/23)		154		
12. Zur konkludenten Annahme eines Vermächtnisses (OLG Saarbrücken, Urteil vom 10.05.2023, 5 U 57/22)		155		
13. Keine Prüfung der Entgeltlichkeit einer Verfügung des befreiten Vorerben bei Vorliegen eines Wirksamkeitsvermerks (OLG Hamm, Beschluss vom 31.05.2022, 15 W 293/21) mit Anmerkung Hartmann		163		167
Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht				
14. Grundsätze der Beschlussfassung in der GmbH bei der Einleitung von Rechtsstreitigkeiten (BGH, Urteil vom 08.08.2023, II ZR 13/22)		172		
15. Zulässigkeit einer Beschwerde durch einen Gesellschafter einer GmbH bei Nichtlöschung eines eingetragenen Geschäftsführers (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.03.2023, 3 Wx 55/22 – Ls.)		173		
16. Zu den Voraussetzungen der Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung in das Handelsregister (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.02.2023, I-3 Wx 22/22) mit Anmerkung Heckschen		173		176



Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 2 | 2024

- 17. Schenkweise Überlassung eines voll eingezahlten Kommanditanteils an Minderjährigen (OLG München, Beschluss vom 06.10.2022, 34 Wx 378/22) 177
mit Anmerkung **Kemper** 180

Internationales Privatrecht

- 18. Zur Vererbung und Übertragung eines Kommanditanteils (OLG Hamm, Urteil vom 15.02.2023, 8 U 41/22 – Ls.) 185

- 19. Unterschiedliche Bestimmung des Erbrechts und des Ehegüterrechts (OLG Brandenburg, Beschluss vom 26.01.2023, 3 W 71/22) 186

Beurkundungs- und Notarrecht

- 20. Zur Durchführung einer Verwahrungsanweisung (BGH, Beschluss vom 02.08.2023, VII ZB 28/20) 191

Steuerrecht

- 21. Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs bei einer Kapitalgesellschaft (BFH, Urteil vom 25.04.2023, II R 38/20) 196

- 22. Anlaufhemmung der Festsetzungsfrist für den Erlass eines Grunderwerbsteuerbescheids (BFH, Urteil vom 25.04.2023, II R 10/21 – Ls.) 198

- 23. Keine Identität zwischen einer Erbengemeinschaft und einer aus den Miterben gebildeten GbR (BFH, Urteil vom 19.01.2023, IV R 5/19) 198

SONSTIGES 206

Zukunft und Notariat 206

Tagungsbericht 209

Kochendörfer: „Die Fundamentalreform des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG zum 01.01.2024“

Veranstaltungshinweise 213

Neuerscheinungen 215

STANDESNACHRICHTEN 216

Einsatzmöglichkeiten und Schwächen von Treuhandverhältnissen an GmbH-Geschäftsanteilen in der Vertragsgestaltung

Von Notarassessor Dr. Jakob Baumgartner, LL.M. (Cambridge), Friedberg

Dieser Beitrag setzt sich mit Treuhandverhältnissen an GmbH-Geschäftsanteilen (I.) auseinander. Überblicksartig sollen die verschiedenen Formen und Einsatzmöglichkeiten dargestellt werden (II.), indem auch die Vorteile und Schwächen derartiger Gestaltungen im Vergleich zu anderen Rechtsinstituten aufgezeigt werden. Schließlich wird auf in der notariellen Praxis zu beachtende Punkte bei der Vertragsgestaltung (III.) hingewiesen.

I. Grundlagen der Treuhandverhältnisse an Geschäftsanteilen

In der gesellschaftsrechtlichen Praxis werden gelegentlich Treuhandverhältnisse an Geschäftsanteilen begründet. Typischerweise ist dabei der Treuhänder im Außenverhältnis Inhaber des Geschäftsanteils (in der Regel Vollrechtsinhaber¹), während im Innenverhältnis mit dem Treugeber die Abrede besteht, dass er den Anteil für letzteren hält.² Der Treuhänder handelt damit für Rechnung des Treugebers und ist somit nur bei rechtlicher, nicht bei wirtschaftlicher Betrachtung Gesellschafter.³ Steuerlich ist diese wirtschaftliche Betrachtung in § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 2 AO kodifiziert und der Geschäftsanteil ist dem Treugeber zuzurechnen.⁴ Die starke Stellung des Treugebers zeigt sich ebenso darin, dass er neben dem Treuhänder für die Ansprüche der Gesellschaft aus §§ 19, 24, 30, 31 GmbHG haftbar ist.⁵

Dem Treuhandverhältnis liegt ein schuldrechtliches Rechtsverhältnis zugrunde, bei dem es sich regelmäßig um ein unentgeltliches Auftragsverhältnis (§§ 662 ff. BGB) oder einen entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 675 ff. BGB)

handelt; der Treugeber wird Gesellschafter nicht im Falle einer Kündigung des Treuhandverhältnisses, sondern erst durch Übertragung der Geschäftsanteile.⁶

Treuhandverhältnisse kennen verschiedene Erscheinungsformen: Bei der Übertragungstreuhand überträgt der Treugeber die Gesellschaftsbeteiligung dem Treuhänder, der sie sodann treuhänderisch für jenen hält.⁷ Die Erwerbstreuhand zeichnet sich dadurch aus, dass der Treuhänder die Gesellschaftsbeteiligung erwirbt und sie anschließend treuhänderisch für den Treugeber hält.⁸ Bei der Vereinbarungstreuhand verpflichtet sich der Gesellschafter, die Beteiligung, die er bis dahin für eigene Rechnung hielt, künftig als Treuhänder für den Treugeber zu halten.⁹

II. Einsatzzwecke von Treuhandverhältnissen

Aus mannigfaltigen Gründen bieten sich Treuhandverhältnisse an. Im Folgenden sollen die verschiedenen denkbaren Einsatzzwecke und Nutzungsmöglichkeiten dargestellt werden, insbesondere die Sicherungs- (1.), die Nutzungs- (2.), die Verbergungs- (3.), die Verwaltungs- (4.), die Aufteilungs- (5.) und Umgehungsfunktion (6.). Trotz der noch aufzuzeigenden Vorteile weisen Treuhandverhältnisse auch gewisse Schwächen auf und der Einsatz von Alternativen

1 Mühleisen, Treuhand an GmbH-Geschäftsanteilen, 2021, S. 32; Blaurock, Unterbeteiligung und Treuhand an Geschäftsanteilen, 1981, S. 123 f.; Beuthien, ZGR 1974, 26, 29; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 80.

2 Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 15 Rdnr. 116; Servatius in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 1 Rdnr. 40.

3 Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 Rdnr. 116; Servatius in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 1 Rdnr. 40.

4 Geibel, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, 2008, S. 468 f.

5 Mayer/Weiler in Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl. 2019, § 22 Rdnr. 523; Geibel, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 406.

6 Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 Rdnr. 116; Servatius in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 1 Rdnr. 42; Görner in Herrler, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl. 2021, § 6 Rdnr. 1437; grundlegend zum Pflichtenverhältnis: Löhnig, Treuhand, 2006, S. 185 ff.

7 Mayer/Weiler in Beck'sches Notar-Handbuch, § 22 Rdnr. 515; Piehler/Hushahn in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2022, § 21 Rdnr. 163; Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 Rdnr. 117.

8 Mayer/Weiler, in Beck'sches Notar-Handbuch, § 22 Rdnr. 515; Piehler/Hushahn in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 21 Rdnr. 163; Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 Rdnr. 117; Elsing, ZNotP 2008, 151, 152.

9 Mayer/Weiler in Beck'sches Notar-Handbuch, § 22 Rdnr. 515; Piehler/Hushahn in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 21 Rdnr. 163; Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 Rdnr. 117.

hat sich für Standardsituationen bewährt, während Treuhandverhältnisse sich für atypische Situationen empfehlen; daher sollen im Folgenden Treuhandverhältnisse anhand ihrer Einsatzzwecke zugleich mit anderen Rechtsinstituten verglichen werden.

1. Sicherungszweck

a) Sicherungstreuhand

Die Treuhand kann Interessen des Treuhänders dienen, wie dies bei der Sicherungsabtretung eines Geschäftsanteils¹⁰ der Fall ist. Insoweit wird sie auch eigennützige Treuhand genannt. Bei der Sicherungstreuhand handelt es sich mithin um ein pfandrechtsähnliches, durch Übertragung eines Vollrechts begründetes, nicht-akzessorisches Sicherungsmittel.¹¹

Rechtlicher Inhaber des Geschäftsanteils wird der Treuhänder, indem ihm ein GmbH-Gesellschafter seinen Geschäftsanteil treuhänderisch überträgt; er wird im Gegensatz zum Pfandrechtsinhaber in die Gesellschafterliste (§§ 16, 40 GmbHG) ein- und der Treugeber ausgetragen.¹² Der Geschäftsanteil dient dabei dem Treuhänder als Sicherheit für die Gewährung des Darlehens bis zu dessen Rückzahlung. Er erhält ferner die Verwertungsbefugnis zur Befriedigung seiner Ansprüche.¹³

Der Sicherungstreuhand kommt lediglich eine untergeordnete praktische Bedeutung zu. Vielmehr werden regelmäßig die Geschäftsanteile für Sicherungszwecke verpfändet (§§ 1273 ff., 1204 ff. BGB), weil hierfür der Gläubiger als Sicherungsnehmer nicht Gesellschafter werden muss.¹⁴ Die Sicherungsabtretung (oder zumindest Abtretung einzelner Gläubigerrechte) bietet sich an, wenn eine Verpfändung nicht möglich ist, beispielsweise wenn es nur um einen Teil eines Geschäftsanteils geht, der mangels Gesellschafterbeschlusses noch nicht geteilt worden bzw. eine Teilung nicht möglich ist.¹⁵

Die Verpfändung ist auch deshalb eine häufig verwendete Kreditsicherheit im unternehmerischen Rechtsverkehr, weil sie im Handelsregister nicht ersichtlich ist,¹⁶ was ein höheres Maß an Diskretion erlaubt. Bei einer Mehrheit von Gläubigern¹⁷ ist jedoch zur individuellen Regelung des Innenverhältnisses der Gläubiger eine Sicherungstreuhand sinnvoller; gerade die doppelstützige Treuhand weist in ihrem

Anwendungsbereich zahlreiche Vorteile auf.¹⁸ Im Innenverhältnis lassen sich Fragen des Rangs und der Beteiligung am Verwertungserlös flexibler lösen als beim Pfandrecht. So kann zum Beispiel in der Treuhandvereinbarung geregelt werden, wie der Treuhänder die Sicherheiten verwaltet, verwertet und die Erlöse verteilt werden.¹⁹ In praktischer Hinsicht bedeutet es eine Erleichterung, wenn nur ein Treuhänder die Geschäftsanteile innehat und dieser die von den Gesellschaftern zu treffenden unternehmerischen Entscheidungen auf Gesellschafterversammlungen trifft.

Nachteilig an der Verpfändung aus der Sicht des Pfandrechtsinhabers ist ferner häufig, dass dem Verpfänder weiterhin die Gesellschafterrechte zustehen (wenn auch mit dem Schutz des Pfandgläubigers über § 1276 BGB)²⁰ und der Pfandrechtsinhaber auf das Unternehmensgeschehen keinen Einfluss nehmen kann,²¹ obwohl er daran regelmäßig ein Interesse haben wird, denn der Wert des Pfandobjekts (und damit der Sicherheit) hängt stark von der Entwicklung des Unternehmens ab. Das Verwertungsverfahren ist bei der Verpfändung formalisierter und für Geschäftsanteile weniger praktikabel, vgl. §§ 1277 ff. BGB. Im Ergebnis gilt, dass die Sicherungstreuhand eine flexiblere Lösung darstellt, die dem Sicherungsnehmer verglichen mit dem Pfandgläubiger eine spürbar stärkere Position verleiht.²²

b) Doppelstützige Sicherungstreuhand als umfassendes Sicherungsinstrument und als Gestaltung bei Restrukturierungen

Ferner bieten sich Treuhandverhältnisse als Lösung an, wenn Sicherheiten für mehrere Berechtigte gewünscht werden. Eine besondere Ausprägung ist die sog. doppelstützige Treuhand.²³ Diese wird gelegentlich bei Restrukturierungen verwendet, damit die Geschäftsanteile durch einen Treuhänder verwaltet werden, der dies sowohl im Interesse der Gläubiger als auch der Gesellschafter tut.²⁴ Aufgrund der unterschiedlichen Interessen agiert der Treuhänder als „Diener zweier Herren“.²⁵ Das Treuhandverhältnis ist meist so ausgestaltet, dass der Treuhänder den Geschäftsanteil im vertraglich festgelegten Sicherungsfall des Treugebers (zum Beispiel Insolvenz) für den Begünstigten (d. h. für jemanden mit Sicherheitsinteresse, zum Beispiel Darlehensgeber) verwertet und der Treugeber im Sicherungsfall

10 Görner in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1430; Löhnig, Treuhand, S. 121; Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 91.

11 Mühleisen, Treuhand an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 51.

12 Walch, NZG 2015, 1259, 1259.

13 Piehler/Hushahn in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 21 Rdnr. 162; Weller/Reichert in MünchKomm-GmbHG, 4. Aufl. 2022, § 15 Rdnr. 196.

14 Piehler/Hushahn in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 21 Rdnr. 162.

15 Görner in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1452.

16 Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 92.

17 Görner in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1450.

18 Siehe dazu unten II. 1. b).

19 Bäuerle in Braun, Insolvenzordnung, 9. Aufl. 2022, § 81 Rdnr. 50.

20 Görner in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1450.

21 Schaub, DStR 1995, 1634, 1634.

22 Breuer, MittRhNotK 1988, 79, 92.

23 Zur genauen Ausgestaltung als dreiseitiges Rechtsgeschäft oder Vertrag zugunsten Dritter, vgl. Bitter, ZIP 2015, 2249, 2253.

24 Mühleisen, Treuhand an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 51; Görner in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1430a.

25 Mühleisen, Treuhand an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 52; Bitter in FS Ganter, 2010, S. 101, 116; Bitter, ZIP 2015, 2249, 2254.

auf seinen Herausgabeanspruch verzichtet.²⁶ Dabei agiert der Treuhänder wie ein formeller Sicherungsnehmer mit fremdem Sicherungsinteresse zugunsten des Begünstigten;²⁷ Ziel solcher Restrukturierungsvorhaben ist, ein Insolvenzverfahren zu verhindern, indem die Geschäftsanteile einem Restrukturierungsexperten übertragen werden.²⁸ Diese Treuhandvariante hat den Vorteil, dass keine insolvenzrechtliche Verstrickung des Darlehens eintritt und eine Anfechtung nach § 39 Abs. 1 Nr. 5, § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO ausgeschlossen ist.²⁹ Die doppelnutzige Treuhand kann ferner gewählt werden, wenn die Geschäftsanteile als Sicherheit eines durch ein Bankenkonsortium ausgereichten Darlehens dienen und die poolführende Bank (oder ein neutraler Sicherungstreuhänder) die Anteile als Treugut sowohl im eigenen als auch fremden Interesse der anderen Poolbanken übernimmt.³⁰ Besonders vorteilhaft einer solchen Treuhandgestaltung ist, dass die Verwaltung vereinfacht wird, wenn eine Bank sich aus der Finanzierung zurückziehen möchte; zur Abtretung der Ansprüche aus dem Konsortialkredit reicht es aus, dem Abtretungsempfänger die Ansprüche aus der Pool-Vereinbarung abzutreten.³¹

2. Nutzungstreuhand (Nutzungsfunktion, umfassender Nießbrauchersatz)

In der Nutzungstreuhand können in einer Art der Simulation eines Nießbrauchs³² die Erträge dem Treuhänder zugewendet und im Gegenzug kann dieser auch mit der Verwaltung der Anteile betraut werden. Die Erträge in Form von Gewinnauszahlungsansprüchen stehen grundsätzlich dem Treuhänder zu, weil er Gesellschafter ist.³³ Umgekehrt ist es möglich – sofern gewünscht und der Interessenlage der Beteiligten entsprechend –, die Gewinnauszahlungsansprüche für die Dauer des Treuhandverhältnisses an den Treugeber abzutreten.³⁴

In der praktischen Umsetzung einfacher ist regelmäßig die Bestellung eines Nießbrauchs, weil der Berechtigte nicht Gesellschafter werden muss und der bisherige Geschäftsanteilsinhaber weiterhin Gesellschafter bleiben kann und

Vollrechtsinhaber des Anteils ist.³⁵ In der Vergangenheit wurde die Nutzungstreuhand öfter gewählt als heute und die Berechtigung der Treuhand hat in gewisser Weise dadurch verloren, dass der Nießbrauch auch an Gesellschaftsanteilen rechtlich anerkannt ist.³⁶ Die Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses bietet sich an, wenn dem Nießbraucher (weitgehende) Mitverwaltungsrechte mit dinglicher Wirkung zugeordnet werden sollen (insbesondere Stimmrechte) und dies nach §§ 1068 ff. BGB nicht rechtssicher umsetzbar ist.³⁷ Denn weiterhin umstritten ist, ob im Rahmen des Nießbrauchs statt einer Stimmrechtsvollmacht auch eine tatsächliche Übertragung von Mitverwaltungsrechten auf den Nießbraucher zulässig ist; in Fällen des angestrebten tatsächlichen sicheren Übergangs des Stimmrechts auf den Nießbraucher ist daher vorsichtshalber die Vereinbarung der eigennützigen Treuhand empfehlenswert.³⁸

Das Stimmrecht übt der Treuhänder aus. Daher kann auch dann, wenn der Gesellschaftsvertrag einer Stimmrechtsvollmacht entgegensteht, die Ausübung des Stimmrechts faktisch übertragen werden.³⁹ Zu bedenken ist, dass in solchen Gesellschaftsverträgen jedoch regelmäßig ebenfalls Vinkulierungsklauseln für Treuhandvereinbarungen zu finden sein werden. Auf schuldrechtlicher Ebene ist mit entsprechenden Schadensersatzansprüchen eine Verpflichtung zu einem bestimmten Abstimmungsverhalten erzielbar.

Steht die Nutzung im Vordergrund, ist der Nießbrauch eine brauchbare Alternative. Dieser wird in der Regel am Geschäftsanteil bestellt und ermöglicht es, dem Nießbrauchsberechtigten die Erträge zuzuwenden; die Mitgliedschaft an der Gesellschaft wird damit vollständig belastet, ohne dass der Nießbrauchsberechtigte Gesellschafter wird,⁴⁰ sodass der Besteller weiterhin rechtlicher Vollrechtsinhaber des Geschäftsanteils ist. Aufgrund der bereits erörterten Schwierigkeiten zur Übertragung des Stimmrechts ist allerdings Zurückhaltung geboten,⁴¹ wenn man diesbezüglich den Nießbrauchsberechtigten über das gesetzliche Maß hinweg stärken möchte. Die Nutzungstreuhand ist dann das Mittel der Wahl, denn der Nießbrauch ist in der

26 *Mühleisen*, Treuhand an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 57; *Bitter*, ZIP 2015, 2249, 2254; *Weitbrecht*, NZI 2017, 553, 554; *Jacoby* in FS Kübler, 2015, S. 309, 313.

27 *Mühleisen*, Treuhand an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 53.

28 *Heckschen/Kreublein* in Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 3 Rdnr. 109; BGH, Urteil vom 24.09.2015, IX ZR 272/13, NZI 2016, 21; *Weitbrecht*, NZI 2017, 553 ff.

29 BGH, Urteil vom 25.06.2020, IX ZR 243/18, DStR 2020, 1928; *Heckschen/Kreublein* in Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, Kap. 3 Rdnr. 109.

30 *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 439; *Mühleisen*, Treuhand an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 57.

31 *Bäuerle* in Braun, Insolvenzordnung, § 51 Rdnr. 50.

32 *Wälzholz*, DStR 2010, 1786, 1786.

33 *Görner* in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1435.

34 *Görner* in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1440.

35 *Piebler/Hushahn* in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 21 Rdnr. 162.

36 *Barry*, RNotZ 2014, 401, 403; *Wälzholz*, DStR 2010, 1786, 1786; zu den steuerrechtlichen Problemen der Treuhand vgl.: Bayerisches Staatsministerium der Finanzen, Erlass vom 11.01.2008, 34 – S 3811 – 035 – 38956/07, DStR 2008, 508; *Lüdicke*, DStR 2007, 1116; *Wachter*, DStR 2005, 1844.

37 *Görner* in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1472; *Frank*, MittBayNot 2010, 96, 99; *Barry*, RNotZ 2014, 401, 403; *Wachter*, DStR 2016, 2065, 2066 f.

38 *Barry*, RNotZ 2014, 401, 412; *K. Schmidt*, ZGR 1999, 601, 611.

39 *Görner* in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1438.

40 *Wälzholz*, DStR 2010, 1786, 1787; zur zivilrechtlichen Ausgestaltung: *Barry*, RNotZ 2014, 401 ff.; zu steuerlichen Fragen: *Kemper*, MittBayNot 2023, 306 ff.

41 *Kraus* in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. III, 6. Aufl. 2023, § 26 Rdnr. 78 ff.

Gestaltungspraxis durch den sachenrechtlichen Typenzwang eingeschränkt.⁴²

3. Verhinderung der Offenlegung der wahren Beteiligungsverhältnisse (Verbergungsfunktion)

Ein Vorteil von Treuhandgestaltungen besteht traditionell darin, dass die bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise wahren Beteiligungsverhältnisse nicht sofort ersichtlich werden. In die beim Handelsregister einzureichende Gesellschafterliste werden nur die Treuhänder als die rechtlichen Gesellschafter (§ 16 GmbHG) aufgenommen, nicht aber die Treugeber. Dieser Vorteil hat jedoch durch die Einführung des Transparenzregisters spürbar abgenommen. Nunmehr besteht eine Meldepflicht von Treuhandkonstellationen zum Transparenzregister, sofern der Treugeber wirtschaftlich Berechtigter im Sinne von § 3 Abs. 1 und 2 GwG ist,⁴³ d. h. unmittelbar oder mittelbar entweder mehr als 25% der Anteile an einer Gesellschaft hält oder mehr als 25% der Stimmen kontrolliert oder auf vergleichbare Weise Kontrolle ausübt (§ 3 Abs. 2 i. V. m. § 20 Abs. 1 GwG). Treugeber und Treuhänder haben eine Offenlegungspflicht gegenüber der Gesellschaft, damit diese die Eintragung beim Transparenzregister beantragen kann (§ 20 Abs. 3 GwG). Die Beteiligten sollten sich dessen bewusst sein. Sofern diese Schwellenwerte noch nicht erreicht werden, besteht weiterhin die Möglichkeit zur Vermeidung von Offenlegung durch Treuhandgestaltungen. Im Übrigen ist zu bedenken, dass nur ein eingeschränkter Personenkreis zur Einsichtnahme in das Transparenzregister gemäß § 23 GwG berechtigt ist⁴⁴ und damit die Transparenz weiterhin eingeschränkt ist im Gegensatz zum mittlerweile ohne Zugangs-schranken online einsehbaren Handelsregister.

4. Verwaltungstreuhand (Sammlungs- und Verwaltungsfunktion)

Zumeist dient die Treuhand der fremdnützigen Verwaltung des Anteils durch den Treuhänder für den Treugeber.⁴⁵ Ggf. erhält der Treuhänder ein Entgelt für seine Verwaltungstätigkeit.⁴⁶ Solch eine Verwaltungstreuhand bietet sich etwa an, wenn mehrere Gesellschafter existieren und eine gebündelte Verwaltung gewünscht wird, um den administrativen Aufwand zu reduzieren. Dies trifft u. a. auf Family-Office-Konstellationen zu, wenn mehrere Familienzweige beteiligt sind; ebenso ist eine solche Gestaltung zweckmä-

Big bei Anlagegesellschaften⁴⁷ sowie (mehrstöckigen) Erbgemeinschaften.⁴⁸ Die Abwicklung des Rechtsverkehrs der Gesellschafter mit der Gesellschaft wird auf diesem Wege erleichtert. Man spricht von der Vereinfachungs- und Sammlungs-funktion.⁴⁹ So kann das Stimmrecht einheitlich für alle treuhänderisch gehaltenen Geschäftsanteile durch den Treuhänder⁵⁰ ausgeübt werden und eine einheitliche Herausarbeitung der wesentlichen Grundlagen für die unternehmerischen Vorgaben der Gesellschafter ist möglich, da die Geschäftsführung der Gesellschaft nur einen Ansprechpartner auf Gesellschafterseite hat. Schließlich kann die Aufteilung eines Geschäftsanteils durch Erbfolge vermieden werden.⁵¹ Insgesamt kann dadurch ein höheres Maß an Effektivität und ein höherer Grad an Professionalisierung bei gleichzeitig gesunkenen Verwaltungskosten erzielt werden. Relevant wird dies insbesondere bei einer Vielzahl an unerfahrenen oder unterdurchschnittlich engagierten Gesellschaftern.

5. Quotentreuhand (Aufteilungsfunktion)

Ferner ist die sog. Quotentreuhand zulässig, die sich auf einen bestimmten Anteil eines Geschäftsanteils bezieht.⁵² Vorteil ist, dass es keiner Aufspaltung eines größeren Geschäftsanteils bedarf. So können dem Treugeber die Erträge aus dem Geschäftsanteil zu einem der Quote entsprechenden Anteil zugewiesen werden. Eine nach § 18 GmbHG notwendige einheitliche Stimmrechtsausübung durch den Treuhänder wird über eine schuldrechtliche Verpflichtung des Treuhänders zur Abstimmung oder eine Stimmrechtsvollmacht erreicht.⁵³ In solchen Fällen ist es im Innenverhältnis notwendig, Regelungen zu treffen, wie das Stimmrecht ausgeübt werden soll, denn es kann an einem Geschäftsanteil nur einheitlich ausgeübt werden; die Verpflichtung zur Abstimmung durch den Treuhänder nach interner Abstimmung mit dem Treuhänder darf vereinbart werden.⁵⁴ Die Vereinbarung einer Quotentreuhand ist trotz der erhöhten Flexibilität allerdings nicht uneingeschränkt zu empfehlen und eine Teilung des Geschäftsanteils anzuraten,⁵⁵ denn eine etwaige Rückübertragung im Rahmen der Beendigung des Treuhandverhältnisses ist bezüglich eines teilweisen Geschäftsanteils nicht möglich. Im Falle einer Teilung stellen sich ferner keine Fragen zur Regelung des

42 *Schaub*, DStR 1995, 1634, 1635.

43 *Görner* in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1430a; *Mayer/Weiler* in Beck'sches Notar-Handbuch, § 22 Rdnr. 523.

44 *Heckschen/Kreußlein* in Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, Kap. 3 Rdnr. 114.

45 *Verse* in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 Rdnr. 116; *Görner* in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1430; *Mühl-eisen*, Treuhand an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 56.

46 *Mühl-eisen*, Treuhand an GmbH-Geschäftsanteilen, S. 56; *Coing*, Die Treuhand kraft privaten Rechtsgeschäfts, 1973, S. 89; zum (un-)entgeltlichen zugrunde liegenden Schuldverhältnis vgl. oben I.

47 *Breuer*, MittRhNotK 1988, 79, 80; *Heidinger/Knaier, Heckschen/Kreußlein* in Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, Kap. 3 Rdnr. 107.

48 *Schaub*, DStR 1996, 1634, 1635.

49 *Breuer*, MittRhNotK 1988, 79, 80.

50 Dem Treuhänder steht als Gesellschafter das Stimmrecht zu, vgl. *Geibel*, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 398 f.

51 *Breuer*, MittRhNotK 1988, 79, 80.

52 KG, Urteil vom 22.12.2011, 23 U 39/10, BeckRS 2014, 10509 m. w. N.

53 KG, Urteil vom 22.12.2011, 23 U 39/10, BeckRS 2014, 10509 m. w. N.; *Görner* in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1434.

54 *Görner* in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1434.

55 *Elsing*, ZNotP 2008, 151, 154.

Innenverhältnisses einer Quotentreuhand. Eine Teilung kann aber vor allem dann Probleme bereiten, wenn der Treuhänder nicht Alleingesellschafter ist und die Mitwirkung der übrigen Gesellschafter für den Teilungsbeschluss erforderlich ist, aber diese hierzu nicht bereit sind.⁵⁶ Ohnehin kann der treuhänderisch gehaltene Geschäftsanteil nicht ohne vorherige Teilung an den Treugeber (zurück)abgetreten werden.⁵⁷

Alternativ bietet sich eine stille Gesellschaft als Beteiligung an der Gesellschaft⁵⁸ an, die sich aber nicht auf einen bestimmten Geschäftsanteil bezieht, sondern auf die Gesellschaft insgesamt. Demgegenüber handelt es sich bei der Unterbeteiligung um eine stille Beteiligung an einem Geschäftsanteil, aus der eine Innengesellschaft als GbR (§§ 705 ff. BGB) zum Gesellschafter entsteht, ohne dass der Unterbeteiligte zur Gesellschaft selbst eine Rechtsbeziehung innehat.⁵⁹ Der Unterschied zur Treuhand besteht darin, dass der Unterbeteiligte den Anteil an der Hauptbeteiligung für eigene und nicht für fremde Rechnung hält.⁶⁰ Vorteil der Unterbeteiligung ist regelmäßig, dass sie vergleichsweise einfach umzusetzen und keine Zustimmung der Mitgesellschafter notwendig ist.⁶¹

6. Umgehungsfunktion der Einschränkungen durch Vinkulierung?

Manche Gesellschaftsverträge beinhalten eine Vinkulierung nach § 15 Abs. 5 GmbHG, d. h. die Anteilsabtretung ist nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter möglich. Im Gesellschaftsvertrag kann die Vinkulierung auch für Treuhandvereinbarungen ausdrücklich vorgeschrieben werden,⁶² was aber regelmäßig nicht der Fall ist.⁶³

Sofern mit der Treuhandkonstruktion eine Abtretungspflicht verbunden ist, ist deren Vollzug weiterhin zustimmungsbedürftig,⁶⁴ weil ein Wechsel des rechtlichen Inhabers des Geschäftsanteils vorliegt. Die fehlende Zustimmung führt auf dinglicher Ebene zur Unwirksamkeit.

Nach herrschender Meinung bedarf daneben die schuldrechtliche Treuhandvereinbarung ebenfalls der Zustimmung und die fehlende Zustimmung führt zur (schwebenden) Unwirksamkeit auch der schuldrechtlichen Treuhandvereinbarung.⁶⁵

Für diese Lösung gibt es ein praktisches Bedürfnis, denn die schuldrechtlichen Treuhandvereinbarungen beinhalten eine Vielzahl von weiteren Verpflichtungen (zum Beispiel Auskunft, Gewinnabführung),⁶⁶ aber im Falle einer Unwirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäfts erübrigen sich diese Verpflichtungen und es ist nicht sachgerecht, wenn diese fortbestehen. In rechtsdogmatischer Hinsicht lässt sich dieses Ergebnis über ein Durchschlagen auf die dingliche Ebene oder eine Gesamtbetrachtung konstruieren. Angesichts des praktischen Bedürfnisses und der rechtsdogmatischen Begründungsmöglichkeiten folgt nichts Gegenteiliges daraus, dass der Gesellschaftsvertrag nach herrschender Meinung nicht die schuldrechtliche Verpflichtung zur Abtretung mit einem Zustimmungserfordernis versehen kann;⁶⁷ dieser Grundsatz wird hier durchbrochen.

Bei einer Vereinbarungstreuhand ist auch das Zustimmungserfordernis gegeben. Zwar liegt keine Abtretung vor, sondern nur ein Verpflichtungsgeschäft, aber auf diesem Wege soll keine Umgehungsmöglichkeit geschaffen werden können, sodass die herrschende Meinung ebenfalls das Zustimmungserfordernis bejaht.⁶⁸ Wirtschaftlich geht nämlich die Inhaberschaft an dem Geschäftsanteil über;⁶⁹ folglich können Dritte Einfluss auf das Unternehmensgeschehen nehmen und ein Gleichlauf ist daher geboten.

Bei der Übertragungs- und Erwerbstreuhand ergibt sich das Zustimmungserfordernis daraus, dass eine Vinkulierungsklausel teleologisch ebenso eine Treuhandvereinbarung er-

56 Görner in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1434.

57 Görner in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1434.

58 Barry, RNotZ 2014, 401, 404.

59 Barry, RNotZ 2014, 401, 403.

60 Barry, RNotZ 2014, 401, 404.

61 Barry, RNotZ 2014, 401, 404; Dietrich in Hannes, Formularbuch Vermögens- und Unternehmensnachfolge, 2. Aufl. 2017, A. 1.11 Rdnr. 3 ff.; Kraus in Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Bd. III, § 26 Rdnr. 134.

62 Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 Rdnr. 124.

63 Haines in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 29 Rdnr. 6 (§ 8); anders aber: Mayer/Weiler in Beck'sches Notar-Handbuch, § 22 Rdnr. 759 (§ 6 1. mit folgendem Formulierungsbeispiel: Jede Verfügung über Geschäftsanteile oder Teile von Geschäftsanteilen [...] bedarf der schriftlichen Zustimmung aller übrigen Gesellschafter. Dies gilt auch für [...] die Eingehung eines Treuhandverhältnisses, selbst wenn dabei keine dingliche Übertragung des Geschäftsanteils oder Teilgeschäftsanteils erfolgt.); ebenso im folgender Entscheidung zugrunde liegenden Gesellschaftsvertrag: BGH, Beschluss vom 10.05.2006, II ZR 209/04, NZG 2006, 627.

64 Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 Rdnr. 122.

65 BGH, Beschluss vom 10.05.2006, II ZR 209/04, NJW-RR 2006, 1414 Rdnr. 6; Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 Rdnr. 124; Weller/Reichert in MünchKomm-GmbHG, § 15 Rdnr. 219; Löbbecke in Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, 3. Aufl. 2019, § 15 Rdnr. 209, 265; Bayer in MünchKomm-AktG, 5. Aufl. 2019, § 68 Rdnr. 119 f.; a. A.: Tebben, GmbHR 2007, 63, 65; Schmitz in FS Wiedemann, 2002, S. 1223, 1230 ff.; Hermanns, notar 2014, 283, 286.

66 Siehe dazu genauer unter III.

67 Servatius in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 15 Rdnr. 37; Verse in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 Rdnr. 85.

68 BGH, Beschluss vom 10.05.2006, II ZR 209/04, NZG 2006, 627; Mayer/Weiler in Beck'sches Notar-Handbuch, § 22 Rdnr. 91; Geibel, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 273; a. A. Heckschen/Stelmaszczyk in Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, Kap. 4 Rdnr. 519 ff.: Jedoch ist gegen das Argument, der Gesellschafter-Treuhand könne weiterhin eigenständig, wirksam und weisungswidrig abstimmen, die Schadenersatzpflichtigkeit und der Umstand, dass in der Praxis die Erwartungen des Treugebers im Vordergrund unabhängig von rechtlichen Verpflichtungen stehen, einzuwenden.

69 RG, Urteil vom 23.12.1938, II 102/38, RGZ 159, 272, 282.

fasst.⁷⁰ Denn Sinn und Zweck von Vinkulierungsklauseln ist regelmäßig, nicht nur das Eindringen Fremder in den Gesellschafterkreis auf rechtlicher Ebene zu verhindern bzw. nur mit Zustimmung aus dem bestehenden Gesellschafterkreis zuzulassen,⁷¹ sondern ferner die eigenmächtige wesentliche Einflussnahme Dritter im Wege der wirtschaftlichen Berechtigung durch Treuhandverhältnisse als Umgestaltungsgestaltung zu unterbinden.

Wenn bei der Zustimmung der Gesellschafter die Treuhandvereinbarung offengelegt wurde, ist von dieser Zustimmung die erforderliche Genehmigung für die Rückübertragung schon als mitumfasst zu betrachten.⁷²

Im Falle einer verdeckten Treuhand steht bei Vinkulierung den übrigen Gesellschaftern ein Auskunftsanspruch gegen den Treuhänder bezüglich des Treugebers zu.⁷³ Sofern keine Vinkulierung vorgesehen ist, ist eine Offenlegung gegenüber der Gesellschaft zwar gesellschaftsrechtlich nicht notwendig,⁷⁴ allerdings zur Erfüllung der Pflichten aus §§ 20, 21 GWG. Insofern verfügen nur die Gesellschafter von Gesellschaften mit Vinkulierungsklauseln über ein schutzwürdiges Interesse an der Offenlegung, wer neben ihnen materiell an der Gesellschaft beteiligt ist. Daher stellen Treuhandgestaltungen keine geeignete Möglichkeit dar, Vinkulierungsklauseln zu umgehen, sondern die Vinkulierungsbestimmungen sind vielmehr weiterhin zu beachten.

III. Ausgestaltung von Treuhandverhältnissen

Bei der Ausgestaltung von Treuhandverhältnissen ist eine Vielzahl von Punkten zu beachten:⁷⁵ Es bietet sich an, Auf-

wendungsersatzansprüche und Entgeltfragen zu regeln sowie die Rechtsstellung, Aufgaben und Freistellungsansprüche des Treuhänders, Ansprüche des Treugebers auf Auskehr von Gewinn und auf sonstige Vorteile aus dem Treugut (§ 667 BGB), Weisungsbefugnisse des Treugebers (§ 665 BGB), die Verpflichtung zur Rechenschaftslegung, zur Berichterstattung und zur Auskunftserteilung durch den Treuhänder (§ 666 BGB) sowie Dauer und Kündigung des Treuhandvertrags.⁷⁶ Weiter können in Treuhandvereinbarungen umfangreiche Geheimhaltungspflichten aufgenommen werden, deren Missachtung Vertragsstrafen zu verwirken vermag. Ferner sind Wettbewerbsverbote für den Treuhänder denkbar sowie Verbote, Anteile für andere Gesellschafter ebenfalls treuhänderisch zu halten.⁷⁷

Im Gesellschaftsvertrag sind demgegenüber an sich keine Regelungen zu den Treuhandverhältnissen notwendig; bei der Aufnahme von Vinkulierungsklauseln sollten die Folgen für (zukünftige) Treuhandverhältnisse bedacht werden.⁷⁸

Ferner möchte der Treugeber für den Fall der Insolvenz des Treuhänders abgesichert sein.

Insolvenzfest ist ohne weitere Regelungen nur die Übertragungstreuhand, weil bei ihr der Treuhänder den Geschäftsanteil unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers erwirbt und der Treugeber ein Aussonderungsrecht (§ 47 InsO) hat; dies ergibt sich aus dem insolvenzrechtlichen Unmittelbarkeitsgrundsatz, d. h. das Treugut muss unmittelbar aus dem Vermögen des Treugebers in das des Treuhänders übertragen worden sein.⁷⁹ Im Gegensatz dazu können Vereinbarungstreuhand und Erwerbstreuhand zwar durch besondere Vereinbarungen insolvenzfest gemacht werden, sind es aber nicht automatisch.⁸⁰

Die Insolvenzfestigkeit und generell die Absicherung des Treugebers werden durch eine aufschiebend bedingte Abtretung des Geschäftsanteils an den Treugeber erreicht; Ereignisse für den Bedingungseintritt sind zum Beispiel Tod des Treuhänders, Kündigung des Treuhandvertrags, vertragswidrige Abtretung des Anteils durch den Treuhänder und Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Treuhänders. Die Insolvenzfestigkeit kommt dadurch zustande,⁸¹ denn aufgrund dieser aufschiebend bedingten Abtretung besteht eine Herausgabeverpflichtung des Treuhänders. Durch diese bedingte Abtretung der

70 Verse in Hensler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 Rdnr. 122; Mayer/Weiler in Beck'sches Notar-Handbuch, § 22 Rdnr. 91; RG, Urteil vom 23.12.1938, II 102/38, RGZ 159, 272, 280 ff.; Servatius in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 15 Rdnr. 58; Löbbe in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 15 Rdnr. 209; K. Schmidt, GmbHR 2011, 1289, 1291; Blasche, RNotZ 2013, 515, 518; Gebke, GmbHR 2014, 1128, 1132.

71 Servatius in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 15 Rdnr. 47c; Löbbe in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 15 Rdnr. 263; Altmeyen in Altmeyen, GmbHG, 11. Aufl. 2023, § 15 Rdnr. 115; Bayer in Lutter/Hommelhoff/ GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 15 Rdnr. 93.

72 Servatius in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 15 Rdnr. 58; BGH, Urteil vom 30.06.1980, II ZR 219/79, NJW 1980, 2708; Urteil vom 08.04.1965, II ZR 77/63, NJW 1965, 1376; auch BayObLG, Beschluss vom 18.03.1991, BReg. 3 Z 69/90, DB 1991, 1270, 1272; Geibel, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 278; zur Offenlegungspflicht: OLG Hamburg, Beschluss vom 30.04.1993, 11 W 13/93, NJW-RR 1993, 868; i. Ü. Löbbe in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, § 15 Rdnr. 210; Seibt in Scholz, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 15 Rdnr. 235; Görner in Rowedder/Pentz, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 15 Rdnr. 194; Wilhelmi in BeckOK-GmbHG, Stand: 01.03.2022, § 15 Rdnr. 187.

73 OLG Hamburg, Beschluss vom 30.04.1993, 11 W 13/93, NJW-RR 1993, 868.

74 Geibel, Treuhandrecht als Gesellschaftsrecht, S. 404.

75 Schaub, DStR 1995, 1634, 1636; Muster für Treuhandvertrag: Blath in Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, Kap. 13 Rdnr. 33.

76 Schaub, DStR 1995, 1634, 1636; Grage, RNotZ 2005, 251, 259.

77 Piehler/Hushahn in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 21 Rdnr. 230.

78 Zu den Treuhandverhältnissen entgegenstehenden Vinkulierungsklauseln vgl. unter II. 6.

79 Ganter in MünchKomm InsO, 4. Aufl. 2019, § 47 Rdnr. 357 u. 375 ff. m. w. N.; Mühleisen, Treuhand an GmbH-Geschäftsanteil, S. 59.

80 Piehler/Hushahn in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 21 Rdnr. 164.

81 Mayer/Weiler in Beck'sches Notar-Handbuch, § 22 Rdnr. 521.

Beteiligung wird ein wirksamer Schutz für den Fall erzielt, dass der Treuhänder Insolvenz anmeldet oder die Gläubiger auf den Geschäftsanteil zugreifen. Grund für die insolvenzrechtliche Besserstellung ist, dass der Treuhänder als Insolvenzschuldner das dingliche Recht nur mit der aus der Treuhandabrede ersichtlichen Ausübungsbeschränkung erworben hat, sich daran bis zur Insolvenzeröffnung nichts geändert hatte und der Erwerb lediglich mit einem sehr begrenzten Vermögenszuwachs verbunden ist, sodass dies mit Blick auf den Gläubigerschutz gerechtfertigt ist.⁸² Zivilrechtlich wird der Treugeber vor vertragswidrigen Zwischenverfügungen über § 161 BGB geschützt, was genauso im Falle der Pfändung oder Insolvenz gilt, vgl. § 161 Abs. 1 Satz 2 BGB.

Schließlich sind bei Treuhandverhältnissen die gesellschaftsrechtlichen Formvorschriften zu beachten. Sinn und Zweck des § 15 Abs. 4 GmbHG ist, einen wichtigen Beweis der Anteilsinhaberschaft zu gewährleisten und zu verhindern, dass GmbH-Geschäftsanteile Gegenstand des freien Handelsverkehrs werden.⁸³ Um diesem Ziel gerecht zu werden, muss die Formvorschrift bereits bei Begründung des Treuhandverhältnisses gelten, denn daraus folgt die aufschiebend bedingte Verpflichtung zur Anteilsübertragung, die sich bei Beendigung des Treuhandverhältnisses kraft Gesetzes (§ 667 BGB) ergibt.⁸⁴ Schon im Stadium der Vor-GmbH verlangt der Schutzzweck des § 15 Abs. 3 und 4 GmbHG die Einhaltung der Formvorschriften, denn es ist nur eine Frage der Zeit, bis die künftigen Geschäftsanteile mit der Eintragung entstehen.⁸⁵

Eine Ausnahme vom Formerfordernis ist hingegen nach der Rechtsprechung gegeben, wenn vor Abschluss des notariellen Gesellschaftsvertrags eine Treuhandvereinbarung getroffen wurde, weil zu diesem Zeitpunkt weder ein Geschäftsanteil vorhanden war noch dessen Entstehen durch Eintragung in die Wege geleitet wurde.⁸⁶ Diese Auffassung vermag allerdings nicht zu überzeugen, weil das Ziel der Vermeidung eines freien Handels mit Geschäftsanteilen gleichermaßen berührt ist, wenn der Treugeber den Treuhänder beauftragt, eine Gesellschaft zu gründen und einen Geschäftsanteil für ihn zu übernehmen.⁸⁷

82 BGH, Urteil vom 24.06.2003, IX ZR 75/01, NJW 2003, 3414, 3416.

83 BGH, Urteil vom 19.04.1999, II ZR 365/97, DNotZ 1999, 756, 757.

84 BGH, Urteil vom 19.04.1999, II ZR 365/97, DNotZ 1999, 756, 757; *Mayer/Weiler* in Beck'sches Notar-Handbuch, § 22 Rdnr. 517.

85 BGH, Urteil vom 19.04.1999, II ZR 365/97, DNotZ 1999, 756, 758.

86 BGH, Urteil vom 19.04.1999, II ZR 365/97, DNotZ 1999, 756, 758; *Verse* in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 15 Rdnr. 122; BGH, Urteil vom 17.11.1955, II ZR 222/54, NJW 1956, 58 m. w. N.; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff/ GmbHG, § 15 Rdnr. 44; *Servatius* in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 15 Rdnr. 55; *Elsing*, ZNotP 2008, 151, 152.

87 *Piehler/Hushahn* in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 21 Rdnr. 170.

Das Formerfordernis des § 15 Abs. 3 GmbHG gilt (wohl) ferner nicht für die Abtretung des Anspruchs auf Übertragung des Geschäftsanteils an den neuen Treuhänder, denn diese dient nur dem Wechsel in der Person des Treuhänders und nicht dazu, den formlosen Handel mit Geschäftsanteilen zu ermöglichen.⁸⁸ Davon zu unterscheiden ist die Abtretung des Anspruchs auf Übertragung der Geschäftsanteile außerhalb von Treuhandverhältnissen, die formbedürftig ist, obwohl sie nicht vom Wortlaut erfasst ist.⁸⁹

IV. Zusammenfassung

Treuhandvereinbarungen sind ein empfehlenswertes Gestaltungsmittel für die Praxis, wenn der Geschäftsanteil als Sicherheit dienen oder zu einem gewissen Grad die Offenlegung des wirtschaftlich Berechtigten vermieden werden sollte. Überdies eignet sich die Treuhand als effektives Sicherungs- und Verwaltungsmittel bei einer Vielzahl an Berechtigten. Außerdem können die Erträge und die umfassende Nutzungsmöglichkeit einer anderen Person zugewiesen werden.

Mit Treuhandverhältnissen lassen sich hingegen keine Einschränkungen der freien Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen (Vinkulierung) umgehen. Ferner gelten die Transparenzanforderungen weiterhin. Die gesellschaftsrechtlichen Formvorschriften sind zu beachten.

Treuhandverhältnisse sind daher trotz vorhandener Alternativen besonders erwägenswert in atypischen Situationen mit einem individuellen Gestaltungsbedürfnis. So zeigen sich Schwächen der Verpfändung im Rahmen des Verwertungsverfahrens sowie der Stellung bzw. Einflussmöglichkeiten der Pfandgläubiger, während die Sicherungstreuhand eine darüber hinausgehende, flexiblere Stärkung des Sicherungsnehmers ermöglicht. Der gesetzliche Nießbrauch ist mit Blick auf die Stimmrechte für Geschäftsanteile nicht immer passend. Stille Gesellschaft und Unterbeteiligung haben eine andere Zielrichtung, weil bei diesen Rechtsinstituten nicht der bestehende Geschäftsanteil im Vordergrund steht.

88 BGH, Urteil vom 17.11.1955, II ZR 222/54, NJW 1956, 58; *Piehler/Hushahn* in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 21 Rdnr. 237; *Görner* in Herrler, Gesellschaftsrecht, § 6 Rdnr. 1433.

89 BGH, Urteil vom 17.11.1955, II ZR 222/54, NJW 1956, 58.

Die GbR als GmbH-Gesellschafterin nach Inkrafttreten des MoPeG¹

Von Notar a. D. Johannes Bolkart, München

Seit Inkrafttreten des MoPeG am 01.01.2024 kann eine GbR nur noch dann in der Gesellschafterliste einer GmbH vermerkt und können Veränderungen an ihrer Eintragung nur dann vorgenommen werden, wenn die GbR in das Gesellschaftsregister eingetragen ist (§ 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG).² Im Kern soll diese Voreintragungsobliegenheit Rechtsgeschäfte sicherer machen und die Beschaffung der geschäftsrelevanten Informationen für die Beteiligten formalisieren sowie vereinfachen. Ein entsprechendes Voreintragungserfordernis ist auch für Grundbuch (§ 47 Abs. 2 GBO, Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB) und Aktienregister (§ 67 Abs. 1 Satz 3 AktG) vorgesehen. Die Mechanismen ähneln sich auf den ersten Blick, weichen jedoch bei näherem Hinsehen in Verfahren und Wirkungen erheblich voneinander ab. Der folgende Beitrag zeigt, welche Schwierigkeiten auftreten, wenn die Voreintragungsobliegenheit gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG normzweckorientiert angewendet wird, und unterbreitet dazu jeweils einfache und praxisgerechte Lösungsvorschläge. Der Schwerpunkt der Darstellung liegt auf der rechtsgeschäftlichen Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen. Die damit zusammenhängenden Fragen werden anhand eines Beispielsfalls dargestellt (Abschnitte I. bis III.). Sodann werden kurz die sonstigen listenrelevanten Vorgänge behandelt (Abschnitt IV.). Abschließend werden die wesentlichen Ergebnisse zusammengefasst (Abschnitt V.).

I. Beispielsfall (Übertragung von Geschäftsanteilen durch eine noch nicht registrierte GbR)

1. Sachverhalt

An der Sirenen-GmbH sind die vier Gründerinnen und die Styx-GbR beteiligt. Die Styx-GbR ist ein Stimmenpool, deren Gesellschafter 77 Investoren aus dem In- und Ausland sind. Nach einem günstigen Geschäftsverlauf beschließen die Gesellschafter der Styx-GbR mehrheitlich, die Wertsteigerung zu realisieren und ihre Anteile an der Sirenen-GmbH an Erynnie zu veräußern. Investor Indos 13 ist mit letztem Wohnsitz im Ausland verstorben. Wann das dortige Nachlassverfahren zur Feststellung der Erbfolge abgeschlossen sein wird, ist nicht absehbar. Der Gesellschaftsvertrag stellt

die Anteile im Todesfall frei vererblich. Investor Indos 75 spekuliert auf eine weitere Wertsteigerung, hat gegen die Veräußerung gestimmt und klagt gegen die Wirksamkeit des Gesellschafterbeschlusses zur Veräußerung. Er erklärt, bis zur rechtskräftigen Entscheidung jede Mitwirkung an der Veräußerung zu verweigern. Um die günstige Geschäftschance nicht zu verpassen, bittet der zur Einzelvertretung berechtigte geschäftsführende Gesellschafter der Styx-GbR Indos 1 die Notarin, dringlich die Veräußerung von der Styx-GbR an Erynnie vorzubereiten und alles, was damit zusammenhängt, zu erledigen.

2. Lösung nach Gesetzeswortlaut

Geht man zunächst alleine vom Wortlaut des Gesetzes aus, wären folgende Schritte erforderlich, um das Anliegen umzusetzen:

- a) Entwurf und Beurkundung eines Geschäftsanteilskauf- und -abtretungsvertrages zwischen der Styx-GbR und Erynnie

Das MoPeG hat diesbezüglich weder Beurkundungsverfahren noch materielles Recht geändert. Die Geschäftsanteilsabtretung wird materiell nach Maßgabe der getroffenen Regelungen (zum Beispiel aufschiebende Bedingungen) und ohne Rücksicht auf ihre Verlautbarung in der Gesellschafterliste wirksam. „Immobilisiert“³ wird die GbR durch das MoPeG nicht schon im konstitutiven Beurkundungs-, sondern erst im deklaratorischen Listenverfahren. Die Styx-GbR kann im Außenverhältnis wirksam von Indos 1 vertreten werden. Wirksamkeit und Bestand des Zustimmungsbeschlusses haben grundsätzlich⁴ nur Bedeutung im Innenverhältnis. Im notariellen Beurkundungsverfahren muss die Einzelvertretungsbefugnis von Indos 1 nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden. Zwar hat der Notar⁵ die Vertretungsmacht aufgrund seiner allgemeinen Prüfungs- und Belehrungspflicht zu prüfen⁶ und bestimmte Vollmachten nachweise gemäß § 12 Abs. 1 BeurkG zu dokumentieren; anders als etwa die GBO kennt das Beurkun-

1 Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 10.08.2021 (BGBl. I, S. 3436), überwiegendes Inkrafttreten gemäß seinem Art. 137 Satz 1 am 01.01.2024.

2 Soweit nicht anders angegeben sind Gesetzesangaben solche nach Inkrafttreten des MoPeG.

3 Die Gesetzesbegründung (Reg-E BT-Drucks. 19/27635, S. 243) bezeichnet die Wirkung des Voreintragungserfordernisses als „registerrechtliche Immobilisierung“.

4 Ausnahmsweise käme ein Durchschlagen auf das Außenverhältnis nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht in Betracht, wenn der Zustimmungsbeschluss tatsächlich nichtig ist und Erynnie die Nichtigkeit kennt oder sie sich ihr geradezu aufdrängen muss; siehe BGH, Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, DNotZ 2020, 136.

5 Das generische Maskulin in diesem Beitrag meint alle geschlechtlichen Identitäten.

6 BeckOGK-BeurkG/Bord, Stand: 01.10.2023, § 12 Rdnr. 7.

dungsverfahrensrecht aber keine Beschränkung der Nachweismittel, derer sich der Notar zu dabei bedienen hat.

b) Anmeldung der Styx-GbR zur Eintragung in das Gesellschaftsregister und Vollzug der Anmeldung (im Folgenden kurz „Registrierung“)

Die Anmeldung hat gemäß § 707 Abs. 4 Satz 1 BGB durch alle Gesellschafter zu erfolgen, bei einem verstorbenen Gesellschafter durch sämtliche Erben.⁷ Auch wenn in einer GbR mehrheitlich eine gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG voreintragungspflichtige Maßnahme beschlossen wurde, muss die Voreintragung im Außenverhältnis von sämtlichen Gesellschaftern vollzogen werden.⁸ Da die Erben von Indos 13 unbekannt sind und Indos 75 die Mitwirkung verweigert, ist eine Anmeldung derzeit nicht möglich. Eine ausnahmsweise Anmeldung ohne die Erben von Indos 13 gemäß § 707 Abs. 4 Satz 2 BGB kommt nicht in Betracht, da die Erben aufgrund der gesellschaftsvertraglichen Nachfolgeklausel gemäß § 711 Abs. 2 Satz 1 BGB in den Gesellschaftsanteil nachfolgen und eine Anmeldung ohne Erben gemäß § 707 Abs. 4 Satz 2 BGB voraussetzt, dass der verstorbene Gesellschafter nach gesetzlichem Regelstatut gemäß § 723 Abs. 1 Nr. 1 BGB aus der Gesellschaft ausscheidet.⁹ Es müsste der Abschluss des ausländischen Nachlassverfahrens abgewartet oder versucht werden, einen mitwirkungsbereiten gesetzlichen Vertreter für die unbekannteren Erben zu bestellen.¹⁰ Gegen Indos 75 besteht möglicherweise ein Anspruch auf Mitwirkung an der Voreintragung aus gesellschaftsrechtlicher Treuepflicht,¹¹ der gerichtlich durchzusetzen wäre. Ob ein solcher Anspruch auch während und unabhängig vom Ausgang seiner Beschlussmängelklage besteht, ist allerdings rechtlich ungeklärt und in Literatur oder Rechtsprechung bisher noch nicht einmal diskutiert.¹²

c) Sämtliche bisherige Gesellschafter der Listen-GbR und der eGbR haben die Versicherung abzugeben, dass

eGbR und bisherige Listen-GbR identisch sind. Nach Wortlaut und Zweck des § 12 Abs. 1 EGGmbHG ist allerdings unklar, ob, wann, von und gegenüber wem und mit welchem Inhalt diese Identitätsversicherung abzugeben ist (dazu näher Abschnitt III. 3. b)).

d) Eintragung der registrierten Styx-eGbR in die Gesellschafterliste und Einreichung dieser Registrierungsliste zum Handelsregister: Haben sich mehrere listenrelevante Tatsachen geändert, so ist jede Änderung listenmäßig einzeln zu verlautbaren und nicht nur das nach allen Veränderungen eintretende Endergebnis.¹³ In der Praxis erfolgt das regelmäßig dadurch, dass für jede geänderte listenrelevante Tatsache eine gesonderte Liste erstellt wird.

e) Verlautbarung der Abtretung durch Eintragung von Erynnie anstelle der Styx-eGbR in die Gesellschafterliste und Einreichung dieser Abtretungsliste zum Handelsregister: Erst jetzt kann Erynnie gemäß § 16 Abs. 1 Satz GmbHG aus eigenem Recht die Gesellschafterrechte aus den abgetretenen Anteilen ausüben.

II. Wann und wozu Voreintragung?

Das Beispiel zeigt, dass die von § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG vorgeschriebene Voreintragung aufwendig sein kann, insbesondere wenn Gesellschafter unbekannt, unerreichbar oder unkooperativ sind. Ob die Mitwirkung unkooperativer Gesellschafter rechtzeitig und im Ergebnis erfolgreich klageweise durchgesetzt werden kann, wird im Einzelfall zweifelhaft sein. Wozu der ganze Aufwand? Analysiert man die mit der Voreintragung verfolgten Zwecke, so kommt man zu dem Ergebnis, dass die Gesetz gewordene Regelung keinen der selbst gesetzten Zwecke erreicht, wenn eine GbR ihre Beteiligung an einer GmbH vollständig überträgt.

1. Zwecke der Voreintragungsobliegenheit

a) Geht man von Wortlaut, Systematik und Begründung der gesetzlichen Regelung aus, so lassen sich folgende Zwecke der Voreintragung identifizieren:

aa) Nach der amtlichen Gesetzesbegründung soll die Voreintragung einen gutgläubigen Erwerb ermöglichen und den betroffenen Verkehrskreisen bei einer Verfügung die Möglichkeit geben, sich aus dem Gesellschaftsregister mit Gutgläubensschutz über Existenz, Identität und ordnungsgemäße Vertretung einer GbR zu informieren (im Folgenden „Gutgläubens-Funktion“).¹⁴ Die grundsätzliche Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von GmbH-Geschäftsanteilen ergibt sich aus § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG. Der gute Glaube an Existenz und ordnungsgemäße Vertretung einer in das Gesellschaftsregister eingetragenen GbR wird durch die positive Publizität des Gesellschaftsregisters gemäß § 15 Abs. 3 HGB, § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB geschützt.¹⁵ Als

7 *Servatius*, GbR, 2023, § 707 BGB Rdnr. 25.

8 Rechtspolitisch kritisch *Servatius*, GbR, § 707 BGB Rdnr. 24 („rechtspolitisch verfehlt“).

9 *Servatius*, a. a. O. (Fn. 7).

10 Im Hinblick auf Beteiligung an einer GbR mit Sitz in Deutschland kommen eine internationale Zuständigkeit deutscher Nachlassgerichte hierfür gemäß Art. 10 Abs. 2 EU-ErbVO (EU VO Nr. 650/2012) und eine Nachlasssicherung durch Bestellung eines Pflegers gemäß § 1960 BGB als *lex fori* in Betracht; siehe dazu *MünchKomm-BGB/Leipold*, 9. Aufl. 2022, § 1960 Rdnr. 5.

11 Dazu *John*, NZG 2023, 243, 244; *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167, 170; *Stock*, NZG 2023, 361, 368: zwangsweise Durchsetzung „in der Praxis kaum umsetzbar“.

12 Denkbar wäre, bei dringendem Handlungsbedarf wegen einer Gefahr für die Gesellschaft oder ihr Vermögen entsprechend § 744 Abs. 2 BGB eine Anmeldebefugnis einzelner Gesellschafter anzunehmen (siehe OLG Saarbrücken, Urteil vom 11.05.2023, 4 U 25/22, NZG 2023, 1453). Da entsprechende Feststellungen mit den Erkenntnismöglichkeiten des Registerverfahrens nicht getroffen werden können, müsste dies allerdings vorab präjudiziell in einem streitigen Zivilverfahren festgestellt werden.

13 *Noack/Servatius/Haas/Servatius*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 40 Rdnr. 7b.

14 *Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635*, S. 272.

15 Zur Reichweite dieser Publizität siehe *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, S. 167, 169 m. w. N.; *Reymann* in FS Heidinger, 2023, S. 413, 417 f.; *RöB*, NZG 2023, 401, 402.

Rechtsgeschäfte, die dem Gutgläubensschutz unterstellt werden sollen, kommen dabei zum einen dasjenige Rechtsgeschäft in Betracht, das die Voreintragungspflicht auslöst (im Beispielsfall also die Veräußerung von der Styx-GbR an Erynnie), als auch künftige Rechtsgeschäfte, an denen die dann registrierte eGbR beteiligt ist.

bb) Das Voreintragungserfordernis soll ferner verhindern, dass ein an sich unerwünschter Publizitätszustand perpetuiert wird (im Folgenden „Non-Perpetuierungs-Funktion“).¹⁶ Zwar verpflichtet das MoPeG Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die in Grundbuch, Handelsregister, GmbH-Gesellschafterliste oder Aktienregister eingetragen sind, nicht anlasslos dazu, sich in das Gesellschaftsregister und sodann als eGbR in das jeweilige Verlautbarungsmedium eintragen zu lassen; insofern duldet das Gesetz vorübergehend einen an sich unerwünschten Publizitätszustand. Dadurch soll den betroffenen Gesellschaften der Registrierungsaufwand erspart werden. Sobald jedoch eine sonstige Veränderung in einem der genannten Verlautbarungsmedien einzutragen ist, soll aus diesem Anlass dann auch der an sich unerwünschte Publizitätszustand bereinigt und die GbR als eGbR in das jeweilige Verlautbarungsmedium aufgenommen werden. Einen ähnlichen Mechanismus sehen § 1 EGGmbHG und § 1 Abs. 2 EGAktG zur Beibehaltung und Umstellung eines auf DM lautenden Garantiekapitals vor.

cc) Schließlich sollen bei GbRs, die Gesellschafterinnen von GmbHs sind, die Möglichkeiten verbessert werden, sich geldwäscherechtlich aus dem Transparenzregister über die wirtschaftlich Berechtigten zu informieren (im Folgenden „Transparenzregister-Funktion“).¹⁷ Wirtschaftlich Berechtigte aufgrund mittelbarer Kontrolle können gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2, § 20 Abs. 1 GWG nur natürliche Personen sein, die Kontrolle über *eingetragene* Personengesellschaften ausüben. Solange GbRs nicht registriert sind, können ihre Gesellschafter nicht als wirtschaftlich Berechtigte kraft mittelbarer Kontrolle identifiziert werden. Die Eintragung in das Gesellschaftsregister schafft die Voraussetzungen hierfür.

b) In Fällen, in denen sich die Bezeichnung eines in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafters ändert, etwa durch Umzug, Namensänderung, Umfirmierung oder Formwechsel, wird ein weiterer Zweck der Aktualisierungspflicht gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 GmbHG darin gesehen, die Identifizierbarkeit des Gesellschafters zu erleichtern. Wegen dieses Zwecks sei auch in den genannten Fällen eine aktualisierte Gesellschafterliste zum Register einzureichen.¹⁸ Diese allgemeine, nicht gutgläubensrelevante Informationsfunktion (im Folgenden „allgemeine Informationsfunktion“) der Gesellschafterliste rechtfertigt dagegen alleine nicht die Obliegenheit einer GbR, sich registrieren und sodann als eGbR in das Gesellschaftsregister

eintragen zu lassen. Das ergibt sich ausdrücklich aus der amtlichen Begründung des MoPeG, wo es zu nicht gutgläubensrelevanten Voreintragungen heißt:¹⁹

„Das allein rechtfertigt die Belastungen, die mit einer Eintragung im Gesellschaftsregister verbunden sein können, aber noch nicht.“

In Wortlaut und Systematik hat diese eingeschränkte Zwecksetzung der Voreintragungspflicht darin Ausdruck gefunden, dass eine Voreintragung nur bei der Verfügung über Grundbuchrechte (Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB) und GmbH-Geschäftsanteile (§ 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG), nicht aber auch über Anteile an Personengesellschaften (Art. 89 EGHGB) vorgesehen ist; denn bei Letzteren ist ein gutgläubiger Erwerb nicht möglich.

2. Regelungstechnische Umsetzung?

a) § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG schützt bei Übertragungen und Belastungen den guten Glauben des Erwerbers daran, dass die Gesellschafterliste die Rechtsinhaberschaft an den betroffenen Geschäftsanteilen zutreffend wiedergibt. Anders als der umfassendere gute Glaube des Grundbuchs (§ 892 Abs. 1 BGB) bezieht sich der gute Glaube der Gesellschafterliste nicht auch darauf, dass keine nicht verlautbarten Verfügungsbeschränkungen oder Belastungen bestehen.²⁰ An der so umrissenen Publizitätsfunktion der Gesellschafterliste ändern weder das Inkrafttreten des MoPeG noch die Voreintragung einer eGbR etwas. Wird eine GbR registriert und sodann als eGbR in die Gesellschafterliste voreingetragen, so führt das nicht zu einer Änderung des rechtlich relevanten Listeninhalts: Der Rechtsinhaber im Sinne des § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG bleibt gleich, es ändert sich lediglich seine Bezeichnung. Vorher wurde die GbR durch ihre Gesellschafter bezeichnet, danach durch ihre Registerdaten (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG a. F. und n. F.). Grundbuchrechtlich wird ein entsprechender Vorgang, als „*Richtigstellung*“ bezeichnet und von einer „*Berichtigung*“ abgegrenzt.²¹ Die Berichtigung erfolgt durch Eintragung auf Antrag gemäß §§ 894 f. BGB, §§ 22, 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, ändert den gutgläubensrelevanten Inhalt des Grundbuchs im Sinne des § 892 Abs. 1 BGB und löst Grundbuchgebühren gemäß GNotKG-KV Nrn. 14110 ff. aus; die Richtigstellung erfolgt dagegen von Amts wegen auf Anregung gemäß § 24 Abs. 1 FamFG, ändert lediglich sonstige, nicht gutgläubensrelevante Angaben im Grundbuch und ist grundbuchgebührenfrei.²² Die Richtigstellung ist im Grundbuch nicht gemäß § 39 Abs. 1 GBO voreintragungspflichtig. Überträgt etwa eine Person Grundeigentum, deren Name sich durch Eheschließung oder Scheidung geändert hat, so setzt die Eintragung der Eigentumsübertragung in das Grundbuch nicht voraus, dass der Name der verfügenden Person vor-

16 Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635, S. 217, 260 und 272; John, NZG 2022, 243, 247; Reymann in FS Heidinger, 2023, S. 413, 415.

17 Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635, S. 272 f.

18 Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 40 Rdnr. 6 m. w. N.

19 Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 19/27635, S. 261.

20 Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 16 Rdnr. 27.

21 Zur Voreintragung einer eGbR im Grundbuch als Richtigstellung Krauß, notar 2023, 339, 340.

22 Siehe zum Richtigstellungsverfahren Bauer/Schaub/Bauer, GBO, 6. Aufl. 2023, § 13 Rdnr. 6; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 4401.

her richtiggestellt wird.²³ In der Praxis wird dabei in Urkunden meist eine Erklärung abgegeben wie „Richtigstellung des Grundbuchs wird im Hinblick auf die Eigentumsübertragung nicht mehr angeregt“. Entsprechendes gilt bei der GmbH-Gesellschafterliste. War eine GbR bisher unter Angabe ihrer Gesellschafter in der Gesellschafterliste eingetragen und lässt sie sich nun im Gesellschaftsregister eintragen, verändert, erweitert oder verbessert die Übernahme der registermäßigen Bezeichnung in die Gesellschafterliste nicht die Möglichkeiten eines gutgläubigen Erwerbs gemäß § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG. Wenn die amtliche Gesetzesbegründung davon spricht, dass auch eine „isolierte Umfirmierung“ listenmäßig zu verlautbaren ist, um damit eine „leichte Identifizierbarkeit (...) zu ermöglichen“, ²⁴ so ist damit – wie bei der Richtigstellung im Grundbuch – lediglich gemeint, dass grundsätzlich eine Pflicht zu einer entsprechenden Korrektur besteht, nicht aber auch, dass eine Verfügung im entsprechenden Verlautbarungsmedium erst eingetragen werden kann, nachdem diese Korrekturpflicht erfüllt wurde.

b) Etwas anderes gilt im Hinblick auf den guten Glauben daran, dass eine GbR, die über GmbH-Geschäftsanteile verfügt, tatsächlich existiert und ordnungsgemäß vertreten ist. Während der gute Glaube daran bisher bei der Gesellschafterliste nicht geschützt war,²⁵ ergibt sich ein diesbezüglicher Gutgläubensschutz künftig aus der positiven Publizität des Gesellschaftsregisters gemäß § 15 Abs. 3 HGB, § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB.²⁶ Der diesbezügliche gute Glaube folgt zwar zunächst alleine aus dem Gesellschaftsregister. Er wird jedoch durch die Voreintragung einer eGmbH in die GmbH-Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG komplettiert, und zwar im Hinblick auf die Identität zwischen handelnder und als Rechtsinhaberin betroffener GbR: Ist eine GbR übereinstimmend bezeichnet in Gesellschaftsregister und Gesellschafterliste eingetragen und kontrahiert nun ein Erwerber mit der im Gesellschaftsregister eingetragenen GbR, so ist sein guter Glaube daran geschützt, dass das Handeln der Register-eGmbH tatsächlich für die Listen-eGmbH wirkt und nicht etwa für eine andere, möglicherweise beteiligungsidentische GbR.²⁷

c) Im Hinblick auf die Identität zwischen Register-eGmbH und Listen-eGmbH könnte eine Voreintragung gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG den Gutgläubensschutz also tatsächlich fördern. Sie kommt dafür jedoch zu spät, weil sie erst im nachfolgenden deklaratorischen Listenverfahren und nicht schon im vorhergehenden konstitutiven Beurkundungsverfahren vorgeschrieben ist.

aa) Bei *Grundbuchrechten* besteht eine Wechselwirkung zwischen Grundbuch- und Beurkundungsverfahren. Soll im Grundbuch bei einem Recht einer GbR eine Veränderung

eingetragen werden, so müssen die Eintragungsvoraussetzungen gemäß § 29 Abs. 1 GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Organschaftliche Vertretungsberechtigungen werden in der Regel über öffentliche Register nachgewiesen, § 32 GBO, § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNotO. Bis zum Inkrafttreten des MoPeG machte die Vermutungswirkung des Grundbuchs bei GbRs entsprechende registerliche Nachweise grundsätzlich entbehrlich, nämlich gemäß § 891 Abs. 1 BGB im Hinblick auf die Rechtsinhaberschaft und gemäß § 899a Satz 1 BGB hinsichtlich der ordnungsgemäßen Vertretung der GbR. Durch das MoPeG wurde § 899a BGB mit Wirkung zum 01.01.2024 aufgehoben (Art. 1 Nr. 4, Art. 137 Satz 1 MoPeG). Ab diesem Zeitpunkt nimmt die Eintragung der GbR-Gesellschafter (§ 47 Abs. 2 Satz 1 GBO a. F.) grundsätzlich²⁸ nicht mehr am öffentlichen Glauben teil. Die ordnungsgemäße Vertretung einer GbR kann nun nicht mehr grundbuchtauglich über die bisherige Eintragung im Grundbuch nachgewiesen werden, sondern gemäß § 15 HGB, § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB, § 32 GBO nur noch über die nun vorzunehmende Eintragung in das Gesellschaftsregister.²⁹

Das wirkt auf das *Beurkundungsverfahren* zurück. Zwar sieht das MoPeG unmittelbar keine Voreintragungsobliegenheit für das Beurkundungsverfahren vor; beurkundungsverfahrensrechtlich können GbR weiterhin alle Erklärungen zu notariell beurkundeter oder beglaubigter Urkunde abgeben, auch wenn sie nicht in das Gesellschaftsregister eingetragen sind.³⁰ Grundbuchverfahrensrechtlich nachweisbar im Sinne des § 29 GBO sind Erklärungen von GbRs im Rahmen des formellen und materiellen Konsensprinzips gemäß §§ 19, 20 GBO aber seit 01.01.2024 nur noch dann, wenn die erklärende GbR vor dem notariellen Beurkundungsverfahren in das Gesellschaftsregister eingetragen wurde. Grundbuchverfahrensrecht erfordert also, dass die GbR nicht nur vor dem Grundbuchverfahren, sondern schon vor dem Verfahren zur notariellen Beurkundung oder Beglaubigung grundbuchrelevanter Erklärungen in das Gesellschaftsregister eingetragen wird.³¹ Damit stellt letztlich das Grundbuchverfahrensrecht sicher, dass die Gutgläubens-Funktion des Voreintragungserfordernisses erfüllt wird.

bb) Dagegen besteht bei der GmbH-Gesellschafterliste keine entsprechende Wechselwirkung zwischen Listen-

23 Beck'sches Notarhandbuch/Wilsch, 7. Aufl. 2019, § 11 Rdnr. 152.

24 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 192763, S. 272.

25 Begr. RegE MoPeG, BT-Drucks. 192763, S. 272; Reymann in FS Heidinger, 2023, S. 413, 416.

26 Siehe Fn. 11.

27 Ähnlich Reymann in FS Heidinger, 2023, S. 413, 422.

28 Ausnahme: Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 1. Hs. EGBGB setzt voraus, dass die Befugnis der bisherigen GbR-Gesellschafter, die Voreintragung der eGmbH zu bewilligen, weiterhin durch das Grundbuch nachgewiesen werden kann.

29 Str. (siehe Fn. 31).

30 Näher dazu unten Abschn. III. 1.

31 Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 327 f., 330; BNotK Rundschreiben Nr. 8/2023, S. 9 empfiehlt Registrierung vor Beurkundung; a. A. Wobst, ZPG 2023, 58, 60; Krauß, notar 2023, 339, 341 f., der allerdings systematisch fehlerhaft das Fehlen der Bewilligungs- und Verfügungsbefugnis als (grundbuchverfahrensrechtlich grundsätzlich nicht nachweisbedürftige) Negativtatsache behandelt, während richtigerweise Bewilligungs- und Verfügungsbefugnis im Grundbuchverfahren positiv festzustellen sind.

und Beurkundungsverfahren. Während die Eintragung im Grundbuch bei Verfügungen über Grundbuchrechte als Publizitätsakt konstitutiver Bestandteil des materiellen Verfügungstatbestandes ist (§ 873 Abs. 1, § 875 Abs. 1 Satz 1, § 877 BGB), wird die Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen materiell alleine durch Konsens wirksam (§§ 413, 398 BGB, § 15 Abs. 3 GmbHG) und stellt die Eintragung in die Gesellschafterliste lediglich einen *zeitlich stets nachgelagerten* deklaratorischen Publizitätsakt dar. Verfahrensmäßig sind die Voraussetzungen einer Eintragung in die Gesellschafterliste lediglich „Mitwirkung“ des Notars (§ 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG) oder „Mitteilung und Nachweis“ an die Geschäftsführung (§ 40 Abs. 4 Satz 1 GmbHG) bezüglich bestimmter Änderungen. Nachweismittelbeschränkungen, die denjenigen des § 29 GBO entsprechen, gelten für das GmbH-Gesellschafterlistenverfahren nicht. Wie der Beispielsfall zeigt, hat der Notar die Übertragung von Geschäftsanteilen durch organschaftliche Vertreter einer GbR auch dann in der Gesellschafterliste zu verlautbaren, wenn die Vertretungsmacht nicht in der Form des §§ 29, 32 GBO nachgewiesen ist.³² Der demnach niedrigeren Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste trägt das Gesetz dadurch Rechnung, dass der Gutgläubensschutz des Grundbuchs unmittelbar ab Eintragung (§ 892 Abs. 1 Satz 1 BGB), derjenige der Gesellschafterliste aber erst drei Jahre danach wirkt (§ 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG).

Die Obliegenheit zur Voreintragung in die Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG wirkt sich demnach ausschließlich auf das nachfolgende deklaratorische Verlautbarungsverfahren aus, hat jedoch keinerlei Einfluss auf das vorangehende, materiellrechtlich konstitutive notarielle Beurkundungsverfahren. Die ihr zugeordnete Gutgläubensfunktion kann die Voreintragungspflicht gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG deshalb nicht gewährleisten, und zwar weder im Hinblick auf die Verfügung, die die Voreintragungspflicht auslöst, noch im Hinblick auf spätere Verfügungen. Denn mit vollständiger Übertragung aller Geschäftsanteile scheidet die GbR aus der Gesellschafterliste aus und findet eine weitere gutgläubensrelevante Verfügung durch sie nicht mehr statt. Nur bei einer teilweisen Übertragung der von der GbR gehaltenen Geschäftsanteile, nach der die GbR mit ihren verbleibenden Anteilen in der Gesellschafterliste eingetragen bleibt, wird die Gutgläubensfunktion für künftige Verfügungen verwirklicht.

d) Auch die Non-Perpetuierungs-Funktion erfordert bei der vollständigen Übertragung aller Geschäftsanteile keine Voreintragung. Da die GbR mit Wirksamwerden der Verfügung aus der Gesellschafterliste ausscheidet, wird hier kein normativ unerwünschter Publizitätszustand perpetuiert. Zwar besteht die GbR auch nach der Übertragung möglicherweise rechtlich fort. Eine Registrierungsobliegenheit sieht das Gesetz jedoch nicht bei allen, sondern nur bei sol-

chen GbRs vor, die Inhaber bestimmter Registerrechte³³ sind. Verliert eine GbR diese Rechtsposition durch vollständige Übertragung, so ist es normativ nicht unerwünscht, dass sie sich nicht registrieren lässt.

e) Entsprechendes gilt schließlich für die Transparenzregister-Funktion der Voreintragungspflicht gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG. Würde eine GbR, die über ihre GmbH-Geschäftsanteile verfügt, dabei in das Gesellschaftsregister eingetragen, so würde dies zwar ermöglichen, ihre Gesellschafter als wirtschaftlich Berechtigte aufgrund mittelbarer Kontrolle gemäß § 3 Abs. 2 Satz 2, § 20 Abs. 1 GwG geldwäscherechtlich durch das Transparenzregister zu identifizieren. Allerdings hat das MoPeG eine Obliegenheit zur Eintragung in das Gesellschaftsregister und eine entsprechende geldwäscherechtliche Identifizierungsmöglichkeit bewusst nicht für alle GbRs vorgesehen, sondern nur für solche, die Inhaber bestimmter Registerrechte³⁴ sind und bei denen eine sonstige Veränderung ohnehin Verlautbarungsaufwand auslöst. GbRs, die eine solche Rechtsposition nicht (mehr) innehaben, unterliegen keiner Obliegenheit zur Eintragung in das Gesellschaftsregister und damit ihre Gesellschafter in diesen Fällen auch keiner geldwäscherechtlichen Identifizierung durch das Transparenzregister. Da möglicherweise zwischenzeitlich Veränderungen stattgefunden haben könnten, würde eine nachträgliche Eintragung in das Transparenzregister außerdem nicht sicherstellen, dass die wirtschaftlich Berechtigten einer vorher erfolgten Abtretung zutreffend identifiziert werden können.

3. Zwischenfazit

Bei einer vollständigen Übertragung aller Geschäftsanteile durch eine GbR erfordert keiner der mit § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG verfolgten Zwecke, dass sie sich in das Gesellschaftsregister und sodann in die Gesellschafterliste eintragen lässt. Nur bei der teilweisen Übertragung dient die Voreintragung der Non-Perpetuierungs- und Transparenzregister-Funktion sowie im Hinblick auf künftige Verfügungen auch der Gutgläubens-Funktion. Andere Verfügungen, wie Belastungen oder Inhaltsänderungen, werden ohnehin nicht in der Gesellschafterliste verlautbart, sodass sich bei solchen Verfügungen die Frage nach einer etwaigen Voreintragung nicht stellt.

III. Konsequenzen und praktische Handhabung

1. Urkundsgewährung und Belehrung

a) Fragt man nun, wie praktisch mit diesem teleologisch unbefriedigenden Befund umzugehen ist, so kommt zunächst in Betracht, notarielle Urkundstätigkeit bei der Übertragung von GmbH-Geschäftsanteilen durch eine GbR auf

³² Siehe MünchKomm-GmbHG/Heidinger, 3. Aufl. 2019, § 40 Rdnr. 216: pflichtgemäßes Ermessen bei Auswahl der Nachweismittel ohne Beschränkung auf § 29 GBO, § 12 HGB oder § 55 GmbHG.

³³ Grundbuchrechte (§ 47 Abs. 2 GBO), GmbH-Geschäftsanteile (§ 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG), Namensaktien (§ 67 Abs. 1 Satz 3 AktG) oder Anteile an anderen eGbR und Personengesellschaften (§ 707a Abs. 1 Satz 2 BGB, §§ 105, Abs. 3, 161 Abs. 2 HGB).

³⁴ Siehe Fn. 22.

dinglicher Ebene erst zu gewähren, nachdem die verfügbare GbR in das Gesellschaftsregister eingetragen wurde. Ein entsprechendes exegetisches Umhängen der Voreintragungspflicht von der ungeeigneten (Listenverfahren) an die geeignete Stelle (Beurkundungsverfahren) würde sicherstellen, dass die Gutgläubens-Funktion der Voreintragungspflicht tatsächlich erfüllt werden könnte. Dazu müsste die Nicht-Eintragung einer GbR in das Gesellschaftsregister vor dinglicher Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils einen „ausreichenden Grund“ zur Verweigerung der Amtstätigkeit des Notars gemäß § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO darstellen oder eine entsprechende Beurkundung „mit seinen Amtspflichten“ gemäß § 4 BeurkG unvereinbar sein. Zur bestmöglichen Umsetzung des Gesetzeszwecks wäre das zwar wünschenswert. Allerdings beziehen Wortlaut und Systematik des MoPeG die Voreintragungspflicht von GbRs durchgehend klar auf einen deklaratorischen oder konstitutiven Publizitätsakt und nicht auf ein etwa vorangehendes Verfahren zur Beurkundung oder Beglaubigung der zugrunde liegenden Erklärungen. Diese eindeutige Entscheidung unter Rückgriff auf allgemeine Rechtsbegriffe wie „ausreichenden Grund“ oder „Amtspflichten“ zu unterlaufen, um einem unvollkommen verwirklichten Gesetzeszweck zur Geltung zu verhelfen, würde die Grenzen zulässiger Rechtsanwendung überschreiten.³⁵ Auch sonst muss der Notar seine Urkundstätigkeit gewähren, wenn sich die Beteiligten bei mehreren materiellrechtlich möglichen Wegen für einen weniger sicheren Weg entscheiden. Wird beispielsweise eine Vollmacht mündlich erteilt, so muss der Notar die Vertretererklärung gleichwohl beurkunden und kann seine Tätigkeit nicht bis zur Ausstellung einer Vollmachtsurkunde gemäß § 172 BGB verweigern. Unerfahrene Beteiligte wird er gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG über bestehende Risiken belehren und sicherere Gestaltungsmöglichkeiten aufzeigen.

b) Etwaigen Risiken, die bestehen, wenn eine GbR nicht vor Beurkundung einer Geschäftsanteilsabtretung registriert wird, ist demnach nicht durch brachiale Verweigerung der Urkundstätigkeit, sondern ggf. durch Belehrungen zu begegnen. Die Risiken bestehen dabei zum einen im eingeschränkten Gutgläubensschutz. Zum anderen besteht die Gefahr, dass die Geschäftsanteilsabtretung materiell zwar wirksam wird, in der Gesellschafterliste aber nicht oder nicht zeitnah vollzogen werden kann. Bis die Übertragung in der Liste verlautbart ist, treffen den Veräußerer gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 GmbHG die Gesellschafterpflichten und beginnt insbesondere die Frist zur Begrenzung seiner Ausfallhaftung gemäß § 22 Abs. 3 Satz 2 GmbHG nicht zu laufen.³⁶ Die (ggf. aufschiebend bedingte)

Abtretung selbst ist zwar insolvenzfest,³⁷ nicht aber auch der Anspruch des Erwerbers gegen den Veräußerer auf Herausgabe von Gegenständen, insbesondere Gewinnausschüttungen, die die GmbH an den gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG weiterhin listenmäßig legitimierten Veräußerer leistet.

Muster (Geschäftsanteilsübertragung vor Eintragung in das Gesellschaftsregister)

1. Mit Wirksamwerden der Übertragung stellt der Erwerber den Veräußerer umfassend von allen Verpflichtungen frei, die diesen wegen seiner fortbestehenden Eintragung in der Gesellschafterliste gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG treffen und übt der Veräußerer sämtliche Gesellschafterrechte nur noch für Rechnung und auf Weisung des Erwerbers aus. Der Veräußerer verpflichtet sich, dem Erwerber nach Wirksamwerden der Geschäftsanteilsabtretung eine schriftliche, unwiderrufliche und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiende Vollmacht zur Ausübung sämtlicher Gesellschafterrechte zu erteilen, soweit dies nach Gesetz und Satzung zulässig ist.

2. Der Notar hat über Folgendes informiert:

a) Der gute Glaube daran, dass der Veräußerer besteht und ordnungsgemäß vertreten ist, wird gegenwärtig nicht geschützt. Ein solcher Schutz könnte dadurch erreicht werden, dass sich der Veräußerer vor Beurkundung in das Gesellschaftsregister eintragen lässt. Trotz der damit verbundenen Risiken wünschten die Beteiligten dies nicht.

b) Die hier vereinbarte Geschäftsanteilsabtretung kann möglicherweise erst dann in der Gesellschafterliste verlautbart werden, wenn der Veräußerer zunächst in das Gesellschaftsregister und sodann in die Gesellschafterliste eingetragen wurde. Bis dahin bleibt der Veräußerer in der Gesellschafterliste eingetragen, gilt gegenüber der Gesellschaft weiterhin als Gesellschafter und schuldet Erfüllung etwaiger Gesellschafterpflichten. Leistungen der Gesellschaft an den Veräußerer sind bei dessen Insolvenz vom Erwerber möglicherweise nicht zu erlangen. Die entsprechenden wechselseitigen Risiken ließen sich etwa durch Stellung wechselseitiger Bankbürgschaften absichern. Die Beteiligten wünschten auch dies nicht.

2. Entbehrlichkeit der Voreintragung

a) Im Grundbuchrecht kann analog § 40 Abs. 1 GBO auf eine Voreintragung gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB verzichtet werden, wenn das Ausscheiden einer bisher berechtigten GbR aus dem Grundbuch eingetragen werden soll.³⁸ Eine Voreintragung ist demnach entbehrlich, wenn eine GbR ein ihr gehörendes Grundbuchrecht vollständig überträgt (§ 873 Abs. 1 BGB), es aufgibt (§ 875 Abs. 1 Satz 1

35 *Krauß*, notar 2023, 339, 343 meint für einen Sonderfall, die Pflicht zur Urkundengewährung für einen voreintragungspflichtigen Vorgang entfallt, wenn dabei alle GbR-Gesellschafter anwesend sind, nicht aber alle die Anmeldung der GbR zum GsR unterzeichnen.

36 *John*, NZG 2022, 243, 246, erwägt in diesem Fall eine isolierte Austragung des verlierenden Teils ohne gleichzeitige Neueintragung der gewinnenden GbR.

37 *Noack/Servatius/Haas/Servatius*, GmbHG, § 16 Rdnr. 21.

38 *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 328 f.; *Wilsch*, MittBayNot 2023, 457, 459; *Servatius*, GbR, § 713 Rdnr. 14; bei gesetzlichem Rechtsverlust *Kramer*, FGPrax 2023, 193; a. A. *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167, 174; *Wobst*, ZPG 2023, 58, 60; *Krauß*, notar 2023, 339.

BGB), auf es verzichtet (§ 1168 Abs. 1, § 1191 Abs. 1 BGB) oder es kraft Gesetzes durch Anwachsung (§ 712a Abs. 1 Satz 1 BGB), Spaltung oder Verschmelzung (§ 3 Abs. 1 Nr. 1, §§ 39 ff., § 124 Abs. 1, § 125 Abs. 1 Satz 1 UmwG) verliert. Die Analogie zu § 40 Abs. 1 GBO ergibt sich daraus, dass Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB die Voreintragung einer rechtsverlierenden GbR verfahrensmäßig wie einen Erbfall behandelt, das Interesse der Beteiligten an Reduktion des Transaktionsaufwands von § 40 Abs. 1 GBO stärker gewichtet wird als die Ermöglichung eines gutgläubigen Erwerbs und die Non-Perpetuierungs-Funktion des Voreintragungserfordernisses schon durch das Ausscheiden aus dem Grundbuch erfüllt wird.

b) Das gilt erst recht für die Voreintragung in die GmbH-Gesellschafterliste. Scheidet eine GbR vollständig durch rechtsgeschäftliche Übertragung oder gesetzlichen Rechtsverlust aus einer GmbH aus, ist eine Voreintragung gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG entbehrlich.

Im Wesentlichen ergibt sich das daraus, dass eine entsprechende Voreintragung – wie der Beispielsfall zeigt – einen erheblichen Aufwand verursachen kann, ohne dabei einen einzigen der von der Gesetzesbegründung intendierten Zwecke zu erreichen (siehe oben II.). § 40 Abs. 1 GBO entlastet die Beteiligten vom Aufwand einer Voreintragung auch in Fällen, in denen sie die Möglichkeiten eines gutgläubigen Erwerbs verbessern würde, wie etwa bei der Voreintragung eines testamentarisch legitimierten Scheinerben. Erst recht ist den Beteiligten der Voreintragungsaufwand gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG nicht zuzumuten, wo er die Möglichkeiten eines gutgläubigen Erwerbs nicht verbessert.

Während im Grundbuchrecht das Voreintragungserfordernis gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB für alle „*Eintragungen*“ gilt, die ein Recht einer GbR betreffen, ist es bei der Gesellschafterliste nur für „*Veränderungen* an ihrer Eintragung“³⁹ (§ 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG) vorgeschrieben. Wortlautmäßig fällt das Ausscheiden aus der Gesellschafterliste durch vollständigen Rechtsverlust allenfalls in den Begriffshof einer „*Veränderung*“. Eigentlich ist das Ausscheiden keine *Veränderung*, sondern eine *Beendigung* der Eintragung.⁴⁰

Systematisch müssen auch sonst Angaben, die lediglich die Bezeichnung eines Rechtsinhabers betreffen und nicht selbst am öffentlichen Glauben des entsprechenden Verlautbarungsmediums teilhaben, nicht richtiggestellt werden, bevor an der betreffenden Rechtsposition eine andere Veränderung eingetragen wird. Vielmehr kann die andere Veränderung auch ohne Vorverlautbarung der Richtigstellung eingetragen werden.⁴¹

Endet die Beteiligung einer bisher nicht in das Gesellschaftsregister eingetragenen GbR an einer GmbH durch vollständigen Rechtsverlust, würden Registrierung und Vor-

eintragung der eGbR die Gesellschafterliste unrichtig machen. Denn die Eintragung würde den unzutreffenden Eindruck erwecken, dass die GbR zu irgendeinem Zeitpunkt als eGbR (also nach Eintragung in das Gesellschaftsregister) an der GmbH beteiligt war.⁴²

Da wegen des beschränkten guten Glaubens der GmbH-Gesellschafterliste⁴³ andere Verfügungen als Übertragungen, insbesondere Belastungen, nicht in der Liste verlautbart werden, bleibt als Anwendungsbereich für das Voreintragungserfordernis gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG nur, aber immerhin der teilweise Rechtsverlust einer GbR hinsichtlich ihrer GmbH-Beteiligung, nach dessen Wirksamwerden die GbR weiterhin Gesellschafterin und in der Liste eingetragen bleibt.⁴⁴

Dagegen lässt sich nicht einwenden, dass die Gesetzesbegründung⁴⁵ „*Veräußerungen*“ von GmbH-Geschäftsanteilen durch eine GbR ausdrücklich der Voreintragungsobliegenheit unterstellt (terminologisch zutreffender hätte es auf dinglicher Ebene ohnehin „*Übertragung*“ statt „*Veräußerung*“ geheißen, vgl. §§ 398, 413, 873 Abs. 1, 925, 919 Satz 1 BGB). Zum einen ist schon unklar, ob damit nur die teilweise oder auch die vollständige Übertragung der Beteiligung gemeint ist. Vor allem aber liegt der Begründung die irrige Annahme zugrunde, dass die Voreintragung bestimmte Zwecke erreichen könne, insbesondere die Möglichkeiten gutgläubigen Erwerbs verbessert. Tatsächlich ist das jedoch nicht der Fall. Bei einer vollständigen Übertragung lässt sich mit der gewählten regelungstechnischen Umsetzung kein einziger der selbst gesetzten Zwecke erreichen.⁴⁶ Einer derart offenkundig fehlmotivierten Gesetzesbegründung kommt gegenüber einer an Wortlaut, Systematik und Zweck orientierten Auslegung methodisch kein maßgebliches Gewicht zu.

Eine entsprechende Auslegung überschreitet schließlich auch nicht die verfassungsrechtlichen Grenzen zulässiger Rechtsfortbildung. Voraussetzung hierfür wäre nach der Rechtsprechung des BVerfG unter anderem, dass die Auslegung einen klaren Gesetzeswortlaut hintanstellt.⁴⁷ Dies ist vorliegend nicht der Fall, da – wie oben dargelegt – der vollständige Rechtsverlust allenfalls in den äußeren Begriffshof einer „*Veränderung*“ im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG fällt. Methodisch liegt darin lediglich die Auslegung eines unklaren Gesetzwortlauts, keinesfalls eine unzulässige Rechtsfortbildung.

39 Hervorhebungen je durch Verf.

40 Diesbezüglich zweifelnd auch *Reymann* in FS Heidinger, 2023, S. 413, 421.

41 Siehe II. 2. a).

42 So im Hinblick auf die (unzulässige) Voreintragung eines mittlerweile überholten Rechtszustands in das Grundbuch Beck'sches Notarhandbuch/*Wilsch*, § 11 Rdnr. 144.

43 Dazu II. 2. a).

44 Siehe II. 3.

45 RegE MoPeG BT-Drucks. 1927635, S. 272.

46 Näher dazu II.

47 BVerfG, Beschluss vom 25.01.2011, 1 BvR 918/10, NJW 2011, 836, 838.

3. Verringerung des Voreintragungsaufwands

Die vorstehend befürwortete Entbehrlichkeit der Voreintragung bei Vollübertragung ist gegenwärtig nicht durch obergerichtliche Rechtsprechung gesichert. Im Einzelfall wird es möglich sein, dazu eine informelle Vorabstimmung mit dem Registergericht zu erreichen. Im Normalfall muss der Notar die Notwendigkeit einer Voreintragung zum gegenwärtigen Zeitpunkt allerdings bei der Planung und Gestaltung seiner Urkundstätigkeit zumindest als Möglichkeit mitbedenken. Meistens wird eine Voreintragung auch nicht einen solchen Aufwand verursachen wie bei dem eingangs behandelten Beispielsfall. Dann kann es ökonomisch sein, die Voreintragung einfach durchzuführen, ohne lange über ihre Notwendigkeit zu streiten. Wieviel Aufwand die Voreintragung dabei verursacht, hängt dann im Wesentlichen von zwei Fragen ab: Kann der Notar, der die Anmeldung zum Gesellschaftsregister betreut, die Voreintragung in die Gesellschafterliste miterledigen oder muss die Geschäftsführung in den Prozess eingebunden werden (dazu sogleich unter a))? Ist eine Identitätsversicherung gemäß § 12 Abs. 1 EGGmbHG überhaupt erforderlich und, wenn ja, wann, von wem und mit welchem Inhalt muss sie abgegeben werden (dazu sogleich unter b))?

a) Zuständigkeitskonzentration beim Notar

aa) Die Zuständigkeit des Notars zur Listeneinreichung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG wurde durch das MoMiG⁴⁸ eingeführt. Nach der amtlichen Gesetzesbegründung soll die Notarzuständigkeit das Verfahren einfacher und unbürokratischer machen, wenn ein Notar zum Beispiel eine Geschäftsanteilsabtretung beurkundet und dann die Einreichung der neuen Liste gleich miterledigt.⁴⁹ Die Anmeldung einer GbR zum Gesellschaftsregister wird häufig dadurch motiviert sein, dass die Gesellschafter eine gesellschaftsrechtliche (§ 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG, Art. 89 Abs. 1 Satz 1 EGHGB, § 67 Abs. 1 Satz 3 AktG) oder grundbuchrechtliche (§ 47 Abs. 2 GBO, Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB) Voreintragungspflicht erfüllen möchten. In der Praxis wird der Notar, wie im Beispielsfall, voraussichtlich von den Beteiligten regelmäßig gerade zu diesem Zweck beauftragt werden. Im Hinblick auf die Zwecksetzung des MoMiG wäre es sinnvoll, wenn der Notar dann nicht nur die Anmeldung zum Gesellschaftsregister betreuen, sondern die Einreichung der neuen GmbH-Gesellschafterliste miterledigen kann.

bb) Es handelt sich dabei um einen Fall einer sog. „mittelbaren Mitwirkung“. Gemeint ist, dass sich die Relevanz der notariellen Mitwirkung für den Inhalt der Gesellschafterliste dabei nicht unmittelbar aus Inhalt oder Zweck der Urkundstätigkeit ergibt. Beurkundet der Notar zum Beispiel eine Geschäftsanteilsabtretung oder einen Kapitalerhöhungsbeschluss, so ergibt sich die Listenrelevanz seiner Mitwirkung unmittelbar aus Zweck und Inhalt der Urkunde und ist der Notar eindeutig gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG einrei-

chungspflichtig. Beurkundet der Notar dagegen beispielsweise bei einer Gesellschaft, die GmbH-Gesellschafterin ist, eine Firmenänderung oder eine Verschmelzung auf einen anderen Rechtsträger,⁵⁰ folgt die Listenrelevanz seiner Tätigkeit nicht unmittelbar aus Inhalt oder Zweck seiner Urkundstätigkeit. Ob und unter welchen Voraussetzungen in solchen Fällen eine Zuständigkeit und damit Pflicht des Notars zur Listeneinreichung besteht, ist Gegenstand einer umfangreichen rechtlichen Diskussion.⁵¹ Im Hinblick auf die Voreintragung gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG ist Folgendes wesentlich:

cc) Zwar befasst sich die Gesetzesbegründung⁵² des MoMiG ausdrücklich nur mit der Geschäftsanteilsabtretung, also einem Fall, in dem sich die Listenrelevanz der notariellen Mitwirkung unmittelbar aus Zweck und Inhalt der Urkunde ergibt. Der Wortlaut des § 40 GmbHG ist darauf allerdings nicht beschränkt, sondern erfasst alle Fälle, in denen die Mitwirkung des Notars objektiv kausal für eine Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung ist (§ 40 Abs. 3 Satz 1 in Verbindung mit Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Die Gesetzesbegründung zum MoPeG geht davon aus, dass jedenfalls auch der Notar zur Listeneinreichung nach Registrierung der eGbR verpflichtet sein kann.⁵³

Systematisch ist in allen anderen gesetzlich geregelten Fällen, in denen jemand eine Eintragung in ein rechtsrelevantes Verlautbarungsmedium vornimmt, erforderlich, dass die Beteiligten aus eigener Initiative der zur Eintragung verpflichteten Stelle Kenntnis von ihrer Eintragungspflicht verschaffen; sei es durch das Erfordernis eines „Antrags“ an das Grundbuchamt (§ 13 Abs. 1 Satz 1 GBO), einer „Anmeldung“ an das Registergericht (§ 12 Abs. 1 Satz 1 HGB, § 59 Abs. 1, § 707 Abs. 1, § 707b Nr. 2 BGB, § 11 Abs. 1 GenG, § 4 Abs. 1 Satz 1 PartGG) oder ab 01.01.2026 an das Stiftungsregister (§ 82b Abs. 2 Satz 1 BGB) oder von „Mitteilung und Nachweis“ an Geschäftsführung oder Vorstand gemäß § 40 Abs. 1 Satz 4 GmbHG, § 67 Abs. 3 Satz 1 AktG. Als Beispiel einer „Mitwirkung“ im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG führt auch die amtliche Begründung des MoMiG mit der Geschäftsanteilsabtretung nur einen Fall auf, in dem die Beteiligten dem Notar durch den notwendigen Inhalt ihres Beurkundungsauftrags bewusst machen, dass seine Tätigkeit Relevanz für den Inhalt einer GmbH-Gesellschafterliste hat. Dass die Beteiligten dem Notar die Listenrelevanz seiner Tätigkeit aus eigener Initiative zur Kenntnis bringen, ist demnach durch die Verwendung des Begriffs der

48 Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl. I, S. 2026), in Kraft getreten gemäß Art. 25 am 01.11.2008.

49 Begr. RegE MoMiG BT-Drucks. 16/6140, S. 43.

50 Zu diesen beiden Fällen siehe OLG Hamm, Beschluss vom 02.11.2011, I-27 W 100/11, 27 W 100/11, DNotZ 2012, 382 und Beschluss vom 01.12.2009, 15 W 304/09, DNotZ 2010, 214 (jewe. m. Anm. Ising).

51 Siehe Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 40 Rdnr. 51 ff.; Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 40 Rdnr. 14 und Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 21. Aufl. 2023, § 40 Rdnr. 81 f.; jeweils mit umfangreichen Nachweisen.

52 A. a. O. (Fn. 38).

53 Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 27635, S. 273.

„Mitwirkung“ in § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nicht entbehrlich gestellt, sondern vorausgesetzt.⁵⁴

Allerdings betrifft die „Mitwirkung“ des Notars auch Dritte: Für die Geschäftsführung hängt davon ihre (Un-)Zuständigkeit gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ab. Und das Registergericht prüft bei der Aufnahme einer Gesellschafterliste, ob sie von der zuständigen Stelle eingereicht wurde.⁵⁵ Daher reicht es für die Einreichungszuständigkeit des Notars nicht aus, dass ihm seine Einreichungspflicht von den Beteiligten nur irgendwie zur Kenntnis gebracht wird; vielmehr muss dies auch für Dritte erkennbar dokumentiert sein.⁵⁶ Bei der Frage, wie diese Dokumentation zu erfolgen hat, kann man sich an der Geschäftsanteilsabtretung als von der Gesetzesbegründung des MoMiG vorgesehenen Normalfall einer Mitwirkung gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG orientieren: durch Erklärung der Beteiligten zu notarieller Urkunde.

Zusammenfassend ist der Notar bei der Anmeldung einer GbR zum Gesellschaftsregister somit jedenfalls unter folgenden Voraussetzungen zuständig, die eGbR mit ihrer registermäßigen Bezeichnung gemäß § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG in die Gesellschafterliste einzutragen und diese einzureichen: i) Der Notar beurkundet oder entwirft eine Anmeldung zum Gesellschaftsregister. ii) Er soll diese Anmeldung zum Gesellschaftsregister einreichen. iii) Die GbR ist Gesellschafterin einer GmbH und die Gesellschafter beauftragen denselben Notar damit, nach Registervollzug auch die Eintragung der eGbR in die Gesellschafterliste zu erledigen. iv) Und dieser Vollzugsauftrag wird von den Beteiligten in der Anmeldungs-Urkunde erklärt. Praktisch könnte das etwa so aussehen:

Muster (Vollzugsauftrag zur Eintragung einer GbR in Gesellschaftsregister und GmbH-Gesellschafterliste mit Identitätsversicherung)

1. [Anmeldetext gemäß § 707 Abs. 2 BGB]⁵⁷
2. Der Entwurfsnotar wird beauftragt, diese Anmeldung beim Gesellschaftsregister einzureichen.
3. Die Gesellschaft ist derzeit unter Angabe ihrer Gesellschafter in der Liste der Gesellschafter der [...] GmbH mit dem Sitz in [...], HRB [...] des AG [...], eingetragen. Der Entwurfsnotar wird ferner beauftragt, die Gesellschaft nach Vollzug der Anmeldung im Gesellschaftsregister mit den Angaben gemäß § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG anstelle der bisherigen Bezeichnung in die Liste der Gesellschafter

einzutragen und diese sodann zum Handelsregister einzureichen.

4. Schon jetzt wird durch sämtliche Gesellschafter im eigenen Namen und im Namen der Gesellschaft versichert, dass diejenige Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die nach Vollzug dieser Anmeldung im Gesellschaftsregister eingetragen sein wird, dieselbe ist wie diejenige, die in der zuletzt zum Handelsregister eingereichten Liste der Gesellschafter eingetragen wurde.⁵⁸

b) Identitätsversicherung

Wird eine eGbR nach Registrierung mit ihren Registerdaten in eine GmbH-Gesellschafterliste eingetragen, muss die eGbR identisch sein mit derjenigen GbR, die bisher unter Angabe ihrer Gesellschafter in der Liste eingetragen war. Der zur Listeneinreichung verpflichtete Notar hat diese Identität zu prüfen. Als Erkenntnismittel hierfür sieht § 12 Abs. 1 EGGmbHG eine entsprechende Identitätsversicherung vor, die Gesellschafter und eGbR abgeben müssen. Adressat der Erklärung ist der zur Prüfung verpflichtete Notar, nicht das Registergericht.⁵⁹ Fragt man, wer diese Erklärung wann und zu welchem Zweck abgeben soll, ergeben sich eine Reihe von Zweifelsfragen, die wie folgt zu beantworten sind:

aa) Zunächst ist fraglich, ob mit „sämtliche bislang in der Gesellschafterliste eingetragene Gesellschafter“ nur die Gesellschafter der GbR gemeint sind oder auch etwaige sonstige Gesellschafter der GmbH, ob also im Beispielfall⁶⁰ „nur“ Indos 1 bis 77 die Versicherung abgeben müssen oder auch die vier Gründerinnen. Dass § 12 Abs. 1 EGGmbHG nur die GbR-Gesellschafter und nicht auch etwaige sonstige GmbH-Gesellschafter meint, ergibt sich aus einem systematischen Vergleich mit dem korrespondierenden Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB. Danach müssen die Voreintragung in das Grundbuch ausdrücklich nur die GbR-Gesellschafter bewilligen, nicht auch etwaige sonstige Mitberechtigte. Das lässt sich systematisch auf das ähnlich konstruierte Gesellschafterlisten-Verfahren übertragen. Da die sonstigen GmbH-Gesellschafter nicht am Verfahren zur Eintragung der GbR in das Gesellschaftsregister beteiligt sind und insoweit in der Regel keine eigenen Wahrnehmungen machen, wäre deren Versicherung als Erkenntnismittel typischerweise auch wertlos.

bb) Unklar ist ferner der *Zeitpunkt*, zu dem die Identitätsversicherung abzugeben ist.

Nach dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 EGGmbHG hat sich die Versicherung auf „die in der geänderten Gesellschafterliste *eingetragene* Gesellschaft“⁶¹ zu beziehen. Das scheint nahezu liegen, dass die Versicherung erst abzugeben ist, nachdem der Notar die eGbR mit ihren Registerdaten in die Liste aufgenommen hat. Dann käme sie allerdings zu spät. Ihren

54 Auch *Wicke*, GmbHG, § 40 Rdnr. 14 und *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 40 Rdnr. 82 nehmen eine Zuständigkeit des Notars zur Listeneinreichung aufgrund entsprechenden Vollzugsauftrags an.

55 BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NZG 2014, 219 Rdnr. 9.

56 Wegen der Drittbetroffenheit „objektive (...) nachprüfbar“ Kriterien fordernd *Ising*, DNotZ 2010, 214, 218.

57 Muster z. B. in Beck'sche Online-Formulare Vertrag, Stand: 01.09.2023, Nr. 7.1.6.1.3; *Gustavus*, Handelsregisteranmeldungen, 11. Aufl. 2022, M 128.1.

58 Dazu näher unter folgendem Abschn. b).

59 Begr. RegE MoPeG BT-Drucks. 27635, S. 273.

60 Oben II.

61 Hervorhebung durch Verf.

Zweck, dem Notar ein Erkenntnismittel für die Identitätsfeststellung zu liefern, kann die Identitätsversicherung nur erfüllen, wenn sie vor Eintragung in die Gesellschafterliste abgegeben wird. Der Wortlaut ist insoweit teleologisch zu präzisieren; anstatt „eingetragene“ ist „einzutragende“ zu lesen.

Es wird vorgeschlagen, dass die Identitätsversicherung bereits vor Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister abgegeben werden kann, etwa im Rahmen der Anmeldung.⁶² Das könnte das Voreintragungsverfahren erheblich vereinfachen, weil dann die erforderlichen Erklärungen zur Anmeldung und Versicherung nicht zweimal einzuholen sind. Widersetzt sich ein Gesellschafter – wie Indos 75 im Beispielsfall – der Voreintragung, müsste anderenfalls mit einer ersten Klage seine Mitwirkung an der Anmeldung erzwungen werden und dann mit einer zweiten Klage seine Mitwirkung an der Versicherung – wenig praktikabel.

Gegen die Möglichkeit, die Identitätsversicherung schon vor Eintragung im Gesellschaftsregister abgeben zu können, spricht auf den ersten Blick zweierlei: Nach dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 EGGmbHG muss „die im Gesellschaftsregister *eingetragene* Gesellschaft“ die Versicherung abgeben. Zum anderen ist eine Identitätsversicherung in der Anmeldung vor Eintragung unvollständig: Sie kann nur bestätigen, dass die bisher in der Gesellschafterliste eingetragene Gesellschaft identisch ist mit der angemeldeten Gesellschaft, nicht aber auch, dass angemeldete und im Gesellschaftsregister eingetragene Gesellschaft identisch sind. An dieser Stelle hat eine vor Vollzug der Registrierung abgegebene Versicherung eine Lücke.

Diese Lücke ist allerdings teleologisch irrelevant, wenn der Notar die Identität auf anderer, mindestens gleich zuverlässiger Grundlage feststellen kann. Die Identitätsversicherung gemäß § 12 Abs. 1 EGGmbHG ist ein *Nachweismittel*, das dem Notar eine entsprechende Prüfung ermöglichen soll.⁶³ Nach allgemeinem, in sämtlichen Verfahrensordnungen gültigen Grundsatz, setzt *Nachweiserhebung* *Nachweisbedürftigkeit* voraus und es entfällt die Nachweisbedürftigkeit, wenn die nachzuweisende Tatsache amtsbekannt⁶⁴ und damit offenkundig ist (§ 291 ZPO, § 29 Abs. 1 Satz 1 FamFG⁶⁵, § 244 Abs. 3 Satz 3 StPO, § 98 VwGO⁶⁶, § 26 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG⁶⁷). Die Identität von angemeldeter und im Gesellschaftsregister eingetragener Gesellschafter kann ohne Weiteres durch Einsicht in das Handelsregister (§ 9 Abs. 1 Satz 1 HGB) und die im Registerordner gespeicherte Anmeldung zur Ersteintragung (§ 9

Abs. 1 Satz 1 HRV) festgestellt werden. Der die Anmeldung vollziehende Notar gewinnt die entsprechenden Erkenntnisse unmittelbar aus seiner Vollzugstätigkeit. Systematisch beruhen die Erkenntnisse des Notars dabei auf Nachweis durch Urkunden, wobei die Identitätsversicherung gemäß § 12 Abs. 1 EGGmbHG einen Nachweis durch private Zeugenerklärung darstellt. Die Richtigkeitsgewähr von Urkundsnachweisen ist normativ höher als diejenige von Zeugnachweisen, wie sich etwa im Wiederaufnahmerecht zeigt: Während zur zivilprozessualen Restitution bei Urkunden deren „Falschheit“ genügt (§ 580 Nr. 2 ZPO), muss bei Zeugnissen zusätzlich zur Falschheit Strafbarkeit oder Verletzung einer Eidespflicht hinzukommen (§ 580 Nrn. 1 und 3 ZPO).

Kann sich der Notar durch zuverlässigere als die in § 12 Abs. 1 EGGmbHG vorgesehenen Erkenntnismittel von der Identität überzeugen, braucht sie nicht noch zusätzlich durch eine unzuverlässigere Versicherung nachgewiesen werden; Versicherungen sind dann mangels Nachweisbedürftigkeit entbehrlich.

cc) Man sollte dann allerdings noch einen Schritt weitergehen und auf die Identitätsversicherung gemäß § 12 Abs. 1 EGGmbHG insgesamt verzichten, wenn der Notar ihr Nachweisthema vollständig zuverlässiger auf anderer Basis feststellen kann. Das ist der Fall, wenn sich auch die Identität zwischen angemeldeter und bisher in der Gesellschafterliste eingetragener GbR urkundlich nachvollziehen lässt. Diese Nachvollziehbarkeit kann man erreichen, indem die Gesellschafter im Text der Anmeldung erklären, dass die zur Eintragung in das Gesellschaftsregister angemeldete GbR in der Gesellschafterliste einer bestimmten registermäßig bezeichneten GmbH eingetragen ist. Jedenfalls ausreichend ist hierfür eine „Versicherung“ wie im oben⁶⁸ vorgeschlagenen Mustertext, wobei allerdings der Begriff „Versicherung“ rechtlich nicht zwingend verwendet werden muss. Dann kann der Notar die gesamte „Identitätskette“ Gesellschafterliste-Anmeldung-Gesellschaftsregister urkundlich aus dem Inhalt von Gesellschafterliste, Anmeldung, Registerordner und Handelsregister feststellen. Eine Identitätsversicherung brächte keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn. Sie ist dann wegen Offenkundigkeit der zu versichernden Tatsachen entbehrlich.

IV. Sonstige listenrelevante Rechtsveränderungen

1. Rechtsverlust

Bei einem Rechtsverlust aufgrund Gesetzes, also bei Anwachsung (§ 712a Abs. 1 Satz 1 BGB), Spaltung oder Verschmelzung (§ 3 Abs. 1 Nr. 1, §§ 39 ff., § 124 Abs. 1, § 125 Abs. 1 Satz 1 UmwG) ist eine Voreintragung gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG erst recht entbehrlich, weil hier ein vom Gesetz bezweckter gutgläubiger Erwerb von vorneherein ausgeschlossen ist⁶⁹ und bei Anwachsung und Verschmelzung keine registrierungsfähige Gesellschaft mehr besteht.

⁶⁸ Siehe III. 3. a) cc).

⁶⁹ Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 16 Rdnr. 29.

⁶² Reymann in FS Heidinger, 2023, S. 413, 424 ff.

⁶³ Begr. Reg-E MoPeG, a. a. O. (Fn. 46).

⁶⁴ Amtsbekanntheit und Allgemeinkundigkeit bilden die beiden Fälle prozessual relevanter Offenkundigkeit, siehe Musielak/Voit, ZPO, 20. Aufl. 2023, § 291 Rdnr. 1 f.

⁶⁵ Beweise zu offenkundigen Tatsachen sind nicht „erforderlich“ im Sinne der Vorschrift, siehe BeckOK-FamFG/Bur-schel/Perleberg-Köbel, Stand: 01.11.2023, § 29 Rdnr. 5).

⁶⁶ Die Norm verweist inzident auch auf § 291 ZPO, siehe etwa VGH München, Beschluss vom 27.03.2019, 8 ZB 19.30971, BeckRS 2019, 7240.

⁶⁷ „Erforderlich“, siehe Fn. 52

2. Rechtserwerb

Rechtserwerbe durch GbR werden idealerweise erst dann beurkundet, nachdem die erwerbende GbR registriert ist. Wünschen die Beteiligten sofortige Beurkundung, etwa wegen besonderer Eilbedürftigkeit oder bevorstehender Absenzen, so ist eine Beurkundung gleichwohl zulässig.⁷⁰ Die den Erwerb verlautbarende Gesellschafterliste kann dann erst nach Registrierung der GbR eingereicht werden.

Im Rahmen eines originären Erwerbs bei Gründung ist eine den Vorgaben des § 40 GmbHG entsprechende Gesellschafterliste gemäß § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG zum konstitutiven Registervollzug erforderlich, hemmt die Nichtregistrierung also den materiellen Rechtserwerb. Anders als bei der Gründerliste (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) sieht zwar der Wortlaut des § 57 Abs. 3 Nr. 2 GmbHG für die Übernehmerliste im Rahmen eines originären Erwerbs bei Kapitalerhöhung nicht ausdrücklich vor, dass die Vorgaben des § 40 GmbHG einzuhalten sind, eine GbR also erst nach Registrierung in die Übernehmerliste eingetragen werden kann. Gleichwohl ist anerkannt, dass auch die Übernehmerliste den Vorgaben des § 40 GmbHG entsprechen muss.⁷¹ Das ergibt sich daraus, dass nur § 40 Abs. 1 Satz 2 und 3 GmbHG, nicht aber auch § 57 Abs. 3 Nr. 2 GmbHG Vorgaben dazu enthält, wie ein Gesellschafter in der betreffenden Liste zu bezeichnen ist. Auch der Zweck der Voreintragungsobliegenheit gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG spricht dafür, die Registrierung schon für die Übernehmerliste zu fordern. Je früher eine GbR registerrechtlich immobilisiert wird, desto besser lassen sich die mit der Voreintragungsobliegenheit verfolgten Gesetzeszwecke erreichen.⁷² Auch beim originären Erwerb durch Kapitalerhöhung hemmt demnach Nichtregistrierung einer GbR den materiellen Rechtserwerb.⁷³

Beim derivativen rechtsgeschäftlichen oder gesetzlichen Erwerb durch Übertragung oder Anwachsung⁷⁴ hemmt die Nichtregistrierung dagegen „lediglich“ die deklaratorische listenmäßige Verlautbarung.

Beurkundet der Notar einen derivativen oder originären Erwerb bei Kapitalerhöhung durch eine GbR, die bei Beurkundung noch nicht registriert ist, so muss er, bevor er die entsprechende Gesellschafterliste gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG einreicht, prüfen, ob die in der Gesellschafterliste einzutragende eGbR identisch ist mit der erwerbenden GbR. Eine entsprechende Feststellung ist ohne weitere möglich, wenn in der Anmeldung auf den Erwerbsvorgang Bezug genommen wird, etwa wie folgt:

⁷⁰ Siehe III. 1.

⁷¹ Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 57 Rdnr. 19 mit § 8 Rdnr. 7.

⁷² Näher dazu II. 2.

⁷³ Im Ergebnis ebenso *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167, 177; nicht klar zwischen Übernehmerliste gemäß § 57 Abs. 3 Nr. 2 GmbHG vor und notarbescheinigter Liste gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nach Wirksamwerden der Kapitalerhöhung unterscheidend *Stock*, NZG 2023, 361, 364 f.

⁷⁴ Ein gesetzlicher Erwerb durch Verschmelzung oder Spaltung gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1, §§ 39 ff., § 124 Abs. 1, § 125 Abs. 1 Satz 1 UmwG ist ohnehin nur durch eine registrierte GbR möglich.

Muster (Identitätserklärung in der Erstanmeldung einer erwerbenden GbR)

1. [Anmeldetext gemäß § 707 Abs. 2 BGB]⁷⁵
2. Zur Identifizierung wird lediglich informatorisch mitgeteilt, ohne dies zur Eintragung in das Register anzumelden: Die einzutragende Gesellschaft hat zu Urkunde des Notars (...) in (...) vom (...), UVZNR. [...], mindestens einen Geschäftsanteil an der (...) GmbH mit dem Sitz in (...), HRB (...) des AG (...), erworben.

V. Zusammenfassung

- Die Voreintragung einer GbR gemäß § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG kann aufwendig sein, insbesondere wenn Gesellschafter nicht bekannt, nicht erreichbar oder nicht mitwirkungsbereit sind.
- Verliert eine GbR ihre GmbH-Beteiligung vollständig durch Übertragung, Anwachsung oder Umwandlung, so steht diesem Aufwand kein Nutzen gegenüber. Keiner der Gesetzeszwecke, den die Voreintragungsobliegenheit verfolgt, kann in diesem Fall erreicht werden. Nur bei einem teilweisen Rechtsverlust, wenn also die verlierende GbR weiterhin GmbH-Gesellschafterin bleibt, werden die Gesetzeszwecke teilweise erreicht.
- Verliert eine GbR ihre Beteiligung an einer GmbH vollständig, sei es auf rechtsgeschäftlicher oder gesetzlicher Grundlage, so stellt dies keine voreintragungspflichtige „Veränderung“ im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG dar. Nur der teilweise Rechtsverlust ist voreintragungspflichtig.
- Für das notarielle Beurkundungsverfahren gilt keine Voreintragungsobliegenheit. Möchten die Beteiligten einen Erwerb oder eine Veränderung im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG beurkunden lassen, bevor eine dabei beteiligte GbR registriert ist, so ist das zulässig. Unerfahrene Beteiligte sollten über die damit verbundenen Risiken belehrt werden.
- Die Identitätsversicherung gemäß § 12 Abs. 1 EGGmbHG ist entbehrlich, wenn der Notar die versicherten Tatsachen anderweitig mindestens ebenso zuverlässig festgestellt hat. Das kann er, wenn die Gesellschafter in der Erstanmeldung einer GbR zur Eintragung in das Gesellschaftsregister erklären, dass die angemeldete GbR in der Gesellschafterliste einer bestimmten, registermäßig bezeichneten GmbH eingetragen ist.
- Erwirbt eine nicht in das Gesellschaftsregister eingetragene GbR einen GmbH-Geschäftsanteil, so kann ein originärer Erwerb erst nach Registrierung wirksam vollendet, ein derivativer Erwerb erst danach listenmäßig verlautbart werden.

⁷⁵ Muster siehe Fn. 44.

Das neue Gesellschaftsregister – Teil 1

Von Notar Konrad Lautner, München



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Kernstück des am 01.01.2024 in Kraft getretenen Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG)¹ ist das neue Gesellschaftsregister, das erstmals die Registrierung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts in einem öffentlichen Register mit der Folge umfassender Registerpublizität ermöglicht. In meinem zweiteiligen Beitrag sollen die Grundlagen des Gesellschaftsregisters (I.), das Anmeldeverfahren (II. bis IV.), das neue Statuswechselverfahren (V.) sowie die dadurch anfallenden Kosten (VI.) näher beleuchtet werden.

I. Allgemeines zum Gesellschaftsregister

1. Rechtsgrundlagen des Gesellschaftsregisters

Die wesentlichen gesetzlichen Grundlagen für die Einrichtung des Gesellschaftsregisters und das Registerverfahren finden sich in den §§ 707-707d BGB n. F. sowie in den § 374 Nr. 2 n. F., § 376 FamFG. Ferner wurde aufgrund der Verordnungsermächtigung in § 387 Abs. 2 Satz 1 FamFG durch das Bundesministerium der Justiz am 16.12.2022 (BGBl. I, S. 2422) die am 01.01.2024 in Kraft getretene Gesellschaftsregisterverordnung (GesRV) erlassen.

2. Funktionsweise des Gesellschaftsregisters

Das Gesellschaftsregister lehnt sich in seiner Funktionsweise wie auch in technisch-organisatorischer Hinsicht eng an das elektronisch geführte Handelsregister an,² was rechtssystematisch, aber vor allem auch aus Sicht der Praxis, uneingeschränkt zu begrüßen ist. Dementsprechend enthält das Gesetz hinsichtlich der registerrechtlichen Behandlung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) im Gesellschaftsregister und dessen Führung eine umfassende Verweisung auf die handelsregisterrechtlichen Vorschriften, § 707b Nr. 2, 3 BGB n. F. Die Rechtswirkungen der Eintragung entsprechen weitgehendst denjenigen einer Handelsregistereintragung, § 707a Abs. 3 BGB n. F. i. V. m. § 15 HGB. Auch soweit das Gesetz eigenständige Regelungen für das Gesellschaftsregister in Bezug auf Anmeldungen, Eintragungen und das registerrechtliche Verfahren trifft (zum Beispiel §§ 707, 707a BGB, Gesellschaftsregisterverordnung (GesRV)), entsprechen diese weitgehend den bekannten und bewährten gesetzlichen Bestimmungen des Handelsregisterrechts.

Für die notarielle, aber auch die registerliche Praxis bedeutet dies vor allem, dass man sich im Gesellschaftsregister-

verfahren über weite Strecken in bekanntem Fahrwasser bewegt, sodass aus meiner Sicht eine einfache, schnelle und reibungslose Implementierung der neuen Bestimmungen durch Notare und Registergerichte nach dem 01.01.2024 gewährleistet sein dürfte.

3. Registerführung, Zuständigkeit

Das Gesellschaftsregister wird, wie die herkömmlichen Register auch (Handelsregister, Partnerschaftsregister, Genossenschaftsregister, Vereinsregister), bei den Gerichten, § 8 HGB, § 707b Nr. 2 BGB n. F., und zwar bei den Amtsgerichten geführt, §§ 23a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 3 GVG i. V. m. § 374 Nr. 2 FamFG n. F.

Gemäß § 376 Abs. 1 FamFG n. F. sind das grundsätzlich diejenigen Amtsgerichte, in deren Bezirk ein Landgericht seinen Sitz hat, mit örtlicher Zuständigkeit für den Bezirk dieses Landgerichts. Nach § 376 Abs. 2 Satz 1 FamFG n. F. wird jedoch der Landesverordnungsgeber ermächtigt, die Führung des Gesellschaftsregisters anderen oder zusätzlichen Amtsgerichten zu übertragen und die Bezirke der Gerichte abweichend von § 376 Abs. 1 FamFG festzulegen.

In Bayern wäre eine entsprechende Regelung in der Gerichtlichen Zuständigkeitsverordnung Justiz – BayGZVJu – zu finden. Bisher hat der Bayerische Verordnungsgeber (BayStMJ) jedoch noch keine Regelung erlassen. Aus Gründen der Effizienz wäre es sicherlich sinnvoll und auch aus Sicht der Praxis wünschenswert, wenn das Gesellschaftsregister in Bayern von denselben Amtsgerichten mit denselben örtlichen Zuständigkeiten geführt werden würde wie das Handelsregister (§ 9 BayGZVJu), wie es ja auch in den §§ 10-12 BayGZVJu schon für das Partnerschafts-, Genossenschafts- und Vereinsregister geregelt ist. Auch in der rheinland-pfälzischen Landesverordnung über die gerichtliche Zuständigkeit in Zivilsachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit – ZivilZustV RP³ – findet sich bislang noch keine Zuständigkeitsbestimmung für das Gesellschaftsregister.

Funktionell zuständig für die Führung des Gesellschaftsregisters ist der Rechtspfleger, § 3 Nr. 1 lit. n RPfIG n. F.

Das Gesellschaftsregister wird, wie die herkömmlichen Register auch, als elektronisches Register geführt, § 707b Nr. 2 BGB n. F. i. V. m. § 8 Abs. 1 HGB.

¹ BGBl. 2021 I, S. 3436.

² Regierungsentwurf des Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (RegE), BT-Drucks. 19/27635, S. 109.

³ GVBl. 1985, S. 267, zuletzt geändert durch VO vom 04.07.2022.

II. Erstanmeldung

1. Fakultative Eintragung – mittelbarer Eintragungszwang

a) Die Registrierung einer GbR im Gesellschaftsregister ist dem Grundsatz nach freiwillig.⁴ Demgemäß formuliert der Gesetzgeber in § 707 Abs. 1 BGB n. F.:

„Die Gesellschafter *können* die Gesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anmelden.“

Das Registergericht kann also die Ersteintragung der Gesellschaft im Gesellschaftsregister nicht mit Zwangsgeldandrohung durchsetzen; § 14 HGB, § 707b Nr. 2 BGB n. F. sind hinsichtlich des „Ob“ der Eintragung nicht anzuwenden.

Insbesondere ist die Registrierung der GbR auch nicht etwa Voraussetzung für die Erlangung der Rechtsfähigkeit, wie sich aus § 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB n. F. ergibt: Hierfür kommt es allein auf den gemeinsamen Willen der Gesellschafter zur Teilnahme am Rechtsverkehr an.

Grund für die Entscheidung des Gesetzgebers für die Freiwilligkeit der Eintragung war es laut Begründung zum Regierungsentwurf, damit „die Vielseitigkeit und Flexibilität der GbR zu bewahren“⁵.

b) Auf der anderen Seite setzt der Gesetzgeber positive Anreize zur Registrierung und begründet teilweise einen mittelbaren Eintragungszwang, um das von ihm genannte Ziel einer Subjektpublizität der rechtsfähigen GbR, die im überwiegenden Interesse des Rechtsverkehrs läge,⁶ zu erreichen.

Als positive Anreize nennt der Gesetzgeber die Möglichkeit zur Ausübung des Sitzwahlrechts nach § 706 Satz 2 BGB n. F. sowie den Vorteil, einer vom Grundsatz der Gesamtvertretung nach § 720 Abs. 1 BGB n. F. abweichenden organchaftlichen Vertretungsbefugnis der Gesellschafter durch Eintragung im Gesellschaftsregister Publizität zu verschaffen, § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB n. F., § 15 HGB.⁷ Außerdem vermutet der Gesetzgeber Vorteile der registrierten GbR bei der Gewinnung von Geschäftspartnern und der Kreditwürdigkeit.⁸

Bedeutsamer für den Entschluss der Gesellschafter, die Gesellschaft im Gesellschaftsregister eintragen zu lassen, dürfte aber sein, dass der Gesetzgeber die Registrierung zur zwingenden Voraussetzung macht, wenn die Gesellschaft in Objektregistern eingetragen werden will, insbesondere

- im Grundbuch, § 47 Abs. 2 GBO n. F., Art. 229 § 21 EGBGB n. F.,
- im Schiffsregister, § 51 Abs. 2 SchRegO n. F.,
- in der Gesellschafterliste einer GmbH, § 40 Abs. 1 Satz 2 und 3 GmbHG n. F., oder
- im Aktienregister einer AG, § 67 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG, n. F.

Weiterhin ist auch bei mehrgliedrigen Gesellschaften die Registrierung einer GbR als Gesellschafterin einer anderen Personengesellschaft nur möglich, wenn diese ihrerseits im Gesellschaftsregister registriert ist, und zwar

- im Gesellschaftsregister einer anderen GbR, § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB n. F., oder
- im Handelsregister als persönlich haftende Gesellschafterin einer OHG oder KG bzw. Kommanditistin einer KG, § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB n. F. i. V. m. § 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB n. F., Art. 89 EGHGB n. F.

Ferner ist nur die registrierte GbR als übertragender und übernehmender Rechtsträger umwandlungsfähig, § 3 Abs. 1 Nr. 1, §§ 39 ff. 124, 125, 191 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 UmwG n. F., und kann auch nur eine registrierte GbR Zielrechtsträger des Statuswechsels einer Personenhandels-gesellschaft oder einer Partnerschaftsgesellschaft sein, § 107 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB, § 4 Abs. 4 PartGG n. F.

d) Bei späteren Eintragungen im Gesellschaftsregister einer bereits registrierten Gesellschaft (zum Beispiel Änderung von Namen oder Sitz, Änderungen im Gesellschafterbestand oder bei der Vertretungsbefugnis, Auflösung der GbR etc.) bestehen dagegen – mit Zwangsgeldandrohung durchsetzbare (§ 14 HGB, § 707b Nr. 2 BGB n. F.) – Anmeldepflichten, § 707 Abs. 3, § 733 Abs. 1 Satz 1, § 734 Abs. 3, § 736c Abs. 1, § 738 BGB n. F. Nur die Anmeldung der Errichtung von Zweigniederlassungen der GbR ist ebenfalls fakultativ, §§ 13, 13d HGB, § 707b Nr. 3 BGB n. F.

2. Fähigkeit zur Registrierung im Gesellschaftsregister

a) Trotz des weit gefassten Begriffs „Gesellschaftsregister“ können sich nur *Gesellschaften bürgerlichen Rechts*, nicht etwa andere Gesellschaftsformen, im Gesellschaftsregister eintragen lassen, was sich ohne Weiteres aus der systematischen Stellung der §§ 707 ff. BGB n. F. und dem Zweck des Gesetzes ergibt.

Sollte der Zweck der Gesellschaft darauf gerichtet sein, ein Handelsgewerbe unter gemeinsamer Firma zu betreiben, wäre sie zwingend⁹ eine OHG, § 105 Abs. 1 HGB n. F., und demzufolge gemäß § 106 Abs. 1 HGB n. F. im *Handelsregister* anzumelden. Fraglich ist, inwieweit hier eine Prüfungspflicht von Notar und Gericht im Hinblick auf den Gesellschaftszweck besteht. Nach § 707 Abs. 2, § 707a Abs. 1 Satz 1 BGB n. F. ist der Gesellschaftszweck weder in der Anmeldung zum Gesellschaftsregister noch der Eintragung

4 Anders aber, wenn die erstmalige Eintragung der GbR im Wege des Statuswechsels oder der Umwandlung erfolgt, § 107 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB, § 4 Abs. 4 PartGG n. F., § 3 Abs. 1 Nr. 1, §§ 39 ff., 124, 125, 191 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 UmwG n. F.

5 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 108.

6 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 108.

7 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 108.

8 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 108.

9 *Hopt/Roth*, Handelsgesetzbuch, 42. Aufl. 2023, Vor § 105 HGB Rdnr. 2, § 105 HGB Rdnr. 7.

anzugeben. Nach der Gesetzesbegründung¹⁰ handle es sich dabei nicht um einen für den Rechtsverkehr erheblichen Umstand, da vorbehaltlich des Rechtsformzwangs¹¹ grundsätzlich jeder erlaubte Zweck Gegenstand einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein könne und sich aus der Beschränkung der Geschäftsführungsbefugnis auf die Vornahme gewöhnlicher Geschäfte nach § 715 Abs. 2 BGB n. F. keine Beschränkung der Vertretungsbefugnis ergebe. Gleichwohl soll nach § 3 Abs. 1 Satz 1 GesRV n. F. in der Anmeldung der Gegenstand der Gesellschaft angegeben werden, soweit er sich nicht aus deren Namen ergibt. Dies soll – wie in der Parallelnorm des § 24 Abs. 4 HRV – dem Gericht ermöglichen, die Zulässigkeit der Namenswahl (§ 18 HGB, § 707b Nr. 1 BGB n. F.) und eben auch die Eignung des Gegenstands als Gesellschaftszweck einer GbR zu prüfen.¹²

Hieraus folgt: Sollte bereits aus dem in der Anmeldung angegebenen Gesellschaftsgegenstand folgen, dass der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes im Sinne des § 1 Abs. 2 HGB gerichtet ist, ist die Eintragung der Gesellschaft im Gesellschaftsregister – und vom Notar deren Anmeldung – abzulehnen. Darüber hinausgehender Prüfung bedarf es dagegen nicht, insbesondere nicht hinsichtlich des kaufmännischen Umfangs des Gewerbes im Sinne des § 1 Abs. 2 2. Hs. HGB.¹³ Dies gilt schon deshalb, weil der öffentliche Glaube des Gesellschaftsregisters sich nach § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB n. F. ausdrücklich nicht auf das Fehlen der Kaufmannseigenschaft bezieht, sodass die fehlerhafte Eintragung einer OHG im Gesellschaftsregister aus dieser keine GbR macht und auch keinen diesbezüglichen Rechtsschein erzeugt; zudem wird die OHG dadurch nicht von ihrer Pflicht befreit, sich im Handelsregister eintragen zu lassen, § 707a Abs. 3 Satz 2 HGB n. F. Es besteht demnach kein Risiko für den Rechtsverkehr, dass sich die eigentliche OHG wegen ihrer fehlerhaften Eintragung im Gesellschaftsregister auf die Nichtanwendung insbesondere der §§ 343 ff. HGB berufen könnte.¹⁴ Außerdem spricht dafür auch ein Umkehrschluss zu § 107 Abs. 3 HGB n. F., § 4 Abs. 4 PartGG n. F., in denen der Gesetzgeber für den Fall eines Statuswechsels in eine GbR die Prüfung, ob die Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 HGB vorliegen, anders als in §§ 707 ff. BGB n. F. ausdrücklich anordnet.

b) Nur die *rechtsfähige* GbR (§ 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB n. F.) kann sich im Gesellschaftsregister registrieren lassen,¹⁵ für

die nichtrechtsfähige GbR (§ 705 Abs. 2 Alt. 2, §§ 740 ff. BGB n. F.) besteht diese Möglichkeit nicht, wie sich schon aus der fehlenden Verweisung auf §§ 707 ff. BGB n. F. in § 740 Abs. 2 BGB n. F. und der systematischen Stellung des § 707 BGB im Untertitel 2 („Rechtsfähige Gesellschaft“)¹⁶ ergibt; hierfür besteht aber auch wegen des zwingenden Charakters der nichtrechtsfähigen GbR als Innengesellschaft (§ 705 Abs. 2 Alt. 2 BGB n. F.) ohne Vermögen (§ 740 Abs. 1 BGB n. F.) mangels Interesses des Rechtsverkehrs an diesbezüglicher Publizität gar kein Bedürfnis.

Allerdings prüft das Registergericht nicht, ob die Voraussetzungen des § 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB n. F. für eine rechtsfähige Gesellschaft erfüllt sind.¹⁷ Denn in der Regel liegt schon in der gemeinsamen Anmeldung der GbR zum Gesellschaftsregister die für die Rechtsfähigkeit erforderliche Verlautbarung des gemeinsamen Willens zur Teilnahme am Rechtsverkehr.¹⁸ Zudem ist die Vermutung¹⁹ des § 705 Abs. 3 BGB n. F. zu beachten, wenn die Gesellschaft den Betrieb eines Unternehmens unter gemeinschaftlichen Namen zum Gegenstand hat. In jedem Fall entsteht die rechtsfähige GbR als solche spätestens mit ihrer Eintragung im Gesellschaftsregister, § 719 Abs. 12. Hs. BGB n. F.,²⁰ auf einen etwa entgegenstehenden Willen der Gesellschafter kommt es nicht an.²¹

Demgemäß muss auch der Notar bei Beglaubigung der Erstanmeldung einer GbR zum Gesellschaftsregister nicht prüfen, ob es sich um eine rechtsfähige Außengesellschaft handelt.

c) Eintragungsfähig ist außerdem nur eine *bestehende* – entstandene und noch fortbestehende – GbR²². Allerdings bedarf das normalerweise weder einer Prüfung durch den Notar noch durch das Registergericht, wenn nicht ausnahmsweise ein sachlich berechtigter Anlass zu Zweifeln besteht. Von einem wirksamen Abschluss des Gesellschaftsvertrags dürfen Gericht und Notar nämlich ohne Weiteres ausgehen, wenn die Gesellschaft durch sämtliche

10 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 129; kritisch hierzu: BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, Stand: 01.01.2024, § 707 n. F. Rdnr. 76 f.

11 Insbesondere des § 105 Abs. 1 HGB n. F., Anm. d. Verf.

12 *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rdnr. 619 (zur OHG); Referentenentwurf des BMJ vom 23.06.2022 zur Verordnung über die Einrichtung und Führung des Gesellschaftsregisters (Gesellschaftsregisterverordnung – GesRV), (RefE GesRV) S. 16.

13 *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 619 (zur OHG); siehe auch: *Servatius*, GbR, 2023, § 707 BGB Rdnr. 28: „Plausibilitätskontrolle“.

14 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707a n. F. Rdnr. 48.

15 *Ring*, Reform des Personengesellschaftsrechts, 2023, § 2 Rdnr. 32; BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 50; a. A.: *Servatius*, GbR, § 707 BGB Rdnr. 6 f.; Schäfer/*Armbrüster*, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 3 Rdnr. 32.

16 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 50.

17 *Ring*, Reform des Personengesellschaftsrechts, § 2 Rdnr. 33, m. w. N.; Schäfer/*Armbrüster*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 3 Rdnr. 32.

18 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 53; MünchKomm-BGB/Schäfer, 9. Aufl. 2023, § 707 Rdnr. 7; Schäfer/*Armbrüster*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 3 Rdnr. 32.

19 *Bachmann*, NJW 2021, 3073, 3074, geht von einer unwiderleglichen Vermutung aus.

20 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 48, 53; Schäfer/*Armbrüster*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 3 Rdnr. 33 f.; *Kruse*, DStR 2021, 2412, 2413; *Bachmann*, NJW 2021, 3073, 3074; *Wertenbruch/Alm*, ZPG 2023, 201.

21 Aus meiner Sicht daher zweifelhaft: *Ring*, Reform des Personengesellschaftsrechts, § 2 Rdnr. 33, der im Fall der Eintragung einer Innengesellschaft entgegen § 719 Abs. 12. Hs. BGB n. F. nur von einer widerleglichen Vermutung ausgeht, dass der Wille zur gemeinsamen Teilnahme am Rechtsverkehr vorliegt.

22 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 48.

Gesellschafter angemeldet wird,²³ zumal darin in der Regel nicht nur die Verlautbarung des gemeinsamen Willens zur Teilnahme am Rechtsverkehr, sondern auch die konkludente Vereinbarung eines etwa bis dahin fehlenden Gesellschaftsvertrags liegen dürfte.

3. Örtliche Zuständigkeit des Registergerichts

Gemäß § 707 Abs. 1 BGB n. F. ist örtlich zuständig dasjenige Gericht, in dessen Bezirk die Gesellschaft ihren Sitz hat. Nach § 706 Satz 1 BGB n. F. ist dies entsprechend der bisherigen Rechtslage bei den Personenhandelsgesellschaften²⁴ zunächst der Ort im Inland,²⁵ an dem die Geschäfte der Gesellschaft tatsächlich geführt werden bzw. geführt werden sollen (Verwaltungssitz), also wo sich deren faktische Geschäftsleitung befindet bzw. befinden wird.

§ 706 Satz 2 BGB n. F. gibt den Gesellschaftern einer rechtsfähigen eingetragenen GbR aber die Möglichkeit, einen Ort im Inland als abweichenden Vertragssitz zu vereinbaren. Eigentlich setzt dies die vorherige Eintragung der Gesellschaft voraus. Richtigerweise genügt es aber, wenn die Gesellschaft bei dem Registergericht des Ortes angemeldet wird, für den die Gesellschafter den Vertragssitz vereinbart haben bzw. vereinbaren wollen.²⁶ Es wäre nämlich wenig sinnvoll, wenn sich die Gesellschaft zunächst beim Gericht des Verwaltungssitzes anmelden müsste, um dann sofort nach ihrer Eintragung die Anmeldung der Sitzverlegung zum Gericht des Vertragssitzes vornehmen zu müssen.²⁷ Faktisch haben die Gesellschafter damit die Möglichkeit, durch die Wahl des Vertragssitzes das zuständige Registergericht zu bestimmen.²⁸

Hinsichtlich der *Vereinbarung* des Vertragssitzes im Sinne des § 706 Satz 2 BGB n. F. genügt die gemeinsame Anmeldung des Vertragssitzes zur Eintragung in das Gesellschaftsregister (§ 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. b) BGB n. F.) durch alle Gesellschafter, ohne dass dies weiterer Nachweise oder einer Prüfung durch Gericht oder Notar bedürfte.²⁹

4. Anmeldepflichtige Personen

a) Gemäß § 707 Abs. 4 Satz 1 BGB n. F. sind Anmeldungen zum Gesellschaftsregister, insbesondere auch die Erstanmeldung, entsprechend der bisherigen Rechtslage bei den Personenhandelsgesellschaften (§ 108 Satz 1, § 143 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB) grundsätzlich von *allen* Gesellschaftern zu bewirken, also auch von denjenigen, die nach dem Ge-

sellschaftsvertrag nicht vertretungsberechtigt sein sollen. Ausweislich der Gesetzesbegründung soll dies die Wahrheitsgemäßheit der angemeldeten Tatsachen sichern, die Zurechnung von unrichtigen Eintragungen zu allen Gesellschaftern im Rahmen der § 15 Abs. 3 HGB, § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB n. F. ermöglichen und Warnfunktion im Hinblick auf das Eintragungswahlrecht haben.³⁰

Dies ist zwingend; eine etwaige abweichende Vereinbarung der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag ist unwirksam.³¹ In dem Fall, dass der Gesellschaftsvertrag für die Entscheidung zur Eintragung einen Mehrheitsbeschluss genügen lässt oder die Gesellschafter zur Zustimmung zur Anmeldung verpflichtet sind, soll aber nach einer Auffassung die Anmeldung durch eine Gesellschaftermehrheit genügen.³² Diese Auffassung ist schon angesichts des eindeutigen Gesetzeswortlauts und der Gesetzesbegründung abzulehnen; außerdem ist nicht klar, wie das Registergericht das überhaupt prüfen sollte, nachdem der Gesellschaftsvertrag der Anmeldung nicht beizufügen ist und, bei mündlichem Abschluss, nicht beigelegt werden kann.

b) Stellvertretung bei der Anmeldung ist möglich. Die Anmeldung ist nicht höchstpersönlich, auch nicht im Hinblick auf die Versicherung nach § 707 Abs. 2 Nr. 4 BGB n. F.³³ Eine Vollmacht zur Anmeldung bedarf der notariellen Beglaubigung, § 12 Abs. 1 Satz 1, 3 HGB, § 707b Nr. 2 BGB n. F.³⁴

c) Es gibt Ausnahmen hinsichtlich der Mitwirkung aller Gesellschafter bei Anmeldungen zum Gesellschaftsregister (nicht bei der Erstanmeldung!):

- Bei einer bloßen Änderung der Geschäftsanschrift der Gesellschaft ist die Anmeldung durch die Gesellschaft, vertreten durch die vertretungsberechtigten Gesellschafter, zu bewirken, § 707 Abs. 4 Satz 3 BGB n. F.³⁵
- Scheidet ein Gesellschafter durch Tod aus der Gesellschaft aus, *kann* die Anmeldung ohne Mitwirkung der Erben erfolgen, sofern einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen, § 707 Abs. 4

23 *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 619 (zur OHG).

24 BGH, Urteil vom 27.05.1957, II ZR 317/55, BB 57, 799; OLG Schleswig, Beschluss vom 14.11.2011, 2 W 48/11, NZG 2012, 775; RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 126.

25 *Servatius*, GbR, § 707 BGB Rdnr. 26.

26 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 128 f.; BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 66.

27 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 66.

28 *Ring*, Reform des Personengesellschaftsrechts, § 2 Rdnr. 50 Fn. 83.

29 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 65; vgl. auch: RefE GesRV, 17.

30 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 131; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 707 Rdnr. 29.

31 *John*, NZG 2022, 243, 244; BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 95. Zur Frage, wann eine Verpflichtung der Gesellschafter zur Mitwirkung bei Anmeldungen besteht: BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 98 ff.; *John*, NZG 2022, 243, 244; *Stock*, NZG 2023, 361, 367 f.

32 *Servatius*, GbR, § 707 BGB Rdnr. 24.

33 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 87, 95; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 707 Rdnr. 19; *Ring*, Reform des Personengesellschaftsrechts, § 2 Rdnr. 66 f.; *Servatius*, GbR, § 707 BGB Rdnr. 23; *Noack*, ZPG 2023, 95, 98; *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167, 170 f.; a. A.: *Böhringer/Melchior*, NotBZ 2022, 361, 363, da Wissenserklärung.

34 Wobei eine Beglaubigung der Vollmacht mittels Videokommunikation zulässig ist, § 12 Abs. 1 Satz 2, 3 HGB, § 707b Nr. 2 BGB n. F.

35 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 104; nach RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 132, handle es sich dabei um eine einfache Geschäftsführungsmaßnahme.

Satz 2 BGB n. F. Hierdurch soll dem Registergericht ein pflichtgemäßes Ermessen eingeräumt werden,³⁶ auf die Mitwirkung einzelner oder aller Erben zu verzichten, wenn und soweit diese zum Beispiel unerreichbar sind oder in absehbarer Zeit nicht ermittelt werden können.³⁷ Grund sei nach der Gesetzesbegründung,³⁸ dass im Interesse der Erhaltung der Möglichkeit der Haftungsbeschränkung für Nachlassverbindlichkeiten für die Erben eine eilige Eintragung geboten sein könne. Das entspricht der bereits nach geltendem Recht bestehenden Parallelnorm des § 143 Abs. 3 HGB.

- Aus denselben Erwägungen heraus³⁹ finden sich entsprechende Bestimmungen bei der Anmeldung der Auflösung der Gesellschaft durch Tod, § 733 Abs. 2 BGB n. F., und der Anmeldung von Liquidatoren, § 736c Abs. 1 Satz 3 BGB n. F. (siehe bereits geltende Parallelvorschriften nach § 143 Abs. 3, § 148 Abs. 1 Satz 3 HGB).
- Das Erlöschen der Gesellschaft ist nicht zwingend durch sämtliche Gesellschafter, sondern durch sämtliche Liquidatoren anzumelden, § 738 BGB n. F., was in den Fällen relevant wird, in denen die Gesellschafter abweichend von § 736 Abs. 1 BGB n. F. einzelne Gesellschafter oder andere Personen zu Liquidatoren bestellt haben, § 736 Abs. 4 Satz 1 BGB n. F.
- Nach allgemeinen registerrechtlichen Grundsätzen muss die Anmeldung von Änderungen der tatsächlichen Verhältnisse, wie Namens- oder Firmenänderung eines Gesellschafters oder Verlegung seines Wohnorts, nur von dem betroffenen Gesellschafter selbst oder der Gesellschaft, vertreten durch ihre vertretungsberechtigten Gesellschafter, vorgenommen werden.⁴⁰

5. Form der Anmeldung

Wie die Anmeldungen zu allen herkömmlichen Registern bedürfen Anmeldungen zum Gesellschaftsregister der öffentlichen Beglaubigung, § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB, § 707b Nr. 2 BGB n. F., § 129 BGB. Sie müssen demnach auch elektronisch eingereicht werden.

Videobeglaubigung ist zulässig, § 12 Abs. 1 Satz 2 HGB, § 707b Nr. 2 BGB n. F., § 129 Abs. 1 Nr. 2 BGB.

Auch Vollmachten bedürfen der öffentlichen Beglaubigung, § 12 Abs. 1 Satz 3 HGB, § 707b Nr. 2 BGB n. F. (siehe oben Ziffer 4. b).

Gemäß § 378 Abs. 3 Satz 2 FamFG n. F. sind ebenso wie Handelsregisteranmeldungen künftig auch Anmeldungen in

Gesellschaftsregistersachen bei einem Notar zur Weiterleitung an die für die Eintragung zuständige Stelle einzureichen. Außerdem trifft den Notar auch dafür künftig die Prüfungspflicht auf Eintragungsfähigkeit nach § 378 Abs. 3 Satz 1 FamFG, sodass entsprechend der bekannten Verfahrensweise bei Handelsregisteranmeldungen – insbesondere bei nicht vom Notar gefertigten Anmeldungsentwürfen – auch bei Anmeldungen zum Gesellschaftsregister das Prüfungsergebnis durch einen Prüfvermerk zu dokumentieren ist.⁴¹

Durch die Regelung wird nach der Begründung des Regierungsentwurfs die faktische Filter- und Entlastungsfunktion des Notars im Interesse der Sicherung der hohen Qualität, Schnelligkeit und Effizienz der registergerichtlichen Eintragsverfahren auch in Ansehung der Gesellschaftsregistersachen gesetzlich verankert.⁴²

6. Inhalt der Anmeldung

Der notwendige („muss enthalten“) Inhalt der Erstanmeldung einer GbR zum Gesellschaftsregister ergibt sich aus § 707 Abs. 2 BGB n. F. Außerdem ist § 3 Abs. 1 GesRV zu beachten.

Entsprechend der bisherigen Rechtslage (§ 106 Abs. 2 HGB) bei der Handelsregisteranmeldung einer OHG fordert § 707 Abs. 2 Nr. 1 BGB n. F. Angaben zur Gesellschaft, § 707 Abs. 2 Nr. 2 BGB n. F. Angaben zu jedem Gesellschafter und § 707 Abs. 2 Nr. 3 BGB n. F. Angaben zur Vertretungsbefugnis der Gesellschafter. Neu ist § 707 Abs. 2 Nr. 4 BGB n. F., der die Abgabe einer Versicherung verlangt, dass die Gesellschaft nicht bereits im Handels- oder Partnerschaftsregister eingetragen ist.

a) Im Rahmen der Angaben zur Gesellschaft muss der Name⁴³ der Gesellschaft angegeben werden, § 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB n. F.

Für eine rechtsfähige GbR ist es auch nach Inkrafttreten des MoPeG eigentlich entsprechend der bisherigen Rechtslage⁴⁴ nicht notwendig, einen Namen zu führen.⁴⁵ Für eingetragene GbR besteht dagegen zum Zwecke der Identifizierung, insbesondere bei Gesellschaften mit demselben Gesellschafterbestand, Namenszwang.⁴⁶ Bei der Wahl des Namens ist die Gesellschaft grundsätzlich frei; jedoch sind entsprechend der firmenrechtlichen Rechtslage die Grundsätze der Namenswahrheit und -klarheit⁴⁷ zu beachten, §§ 18, 21 bis 24 HGB, § 707b Nr. 1 BGB n. F. Durch den

36 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 131 f.; BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 103.

37 Schäfer/Herrmanns, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 19.

38 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 131.

39 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 180, 186.

40 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 30.09.2014, 20 W 241/13, NZG 2015, 710, 711; *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 201, in teleologischer Reduktion des § 108 HGB bzw. hier des § 707 Abs. 4 Satz 1 BGB n. F.

41 Siehe hierzu: BeckOK-FamFG/Hahne/Schlögel/Schlünder/Otto, Stand: 01.08.2023, § 378 Rdnr. 63 ff.

42 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 212.

43 Nicht: Firma! Sonst wäre die Gesellschaft ja eine OHG, vgl. § 17 HGB.

44 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Schöne, Stand: 01.05.2023, § 705 Rdnr. 148.

45 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 129; a. A. wohl: *Servatius*, GbR, § 707a BGB Rdnr. 7.

46 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 129.

47 *Ring*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 53, 85.

Verweis auf § 18 HGB ist insbesondere auch klargestellt, dass der Name der Gesellschaft nicht notwendig die Namen von Gesellschaftern enthalten muss, sondern auch Sach- und Fantasienamen zulässig sind.⁴⁸ Für die Frage der Kennzeichnungseignung, der Unterscheidungskraft (§ 18 Abs. 1 HGB) und der fehlenden Irreführung der Verkehrskreise (§ 18 Abs. 2 HGB) kann auf die einschlägige firmenrechtliche Rechtsprechung und Literatur zurückgegriffen werden, wobei unklar ist, ob hier möglicherweise wegen der fehlenden Teilnahme der GbR am kaufmännischen Verkehr geringere Anforderungen als im Handelsrecht gestellt werden können.⁴⁹

Für die Namensfortführung („Namensbeständigkeit“) verweist § 707b Nr. 1 BGB n. F. auf die §§ 21, 22 und 24 HGB. Meines Erachtens zu Recht als spezifisch handelsrechtliche Normen nicht in Bezug genommen werden dagegen die §§ 25 ff. HGB, womit insbesondere klargestellt ist, dass es keine gesetzliche Haftung des Übernehmers des Geschäfts der eingetragenen GbR für die in deren Betrieb begründeten Verbindlichkeiten gibt, selbst wenn deren Name fortgeführt wird.⁵⁰

Außerdem verweist § 707b Nr. 1 BGB auch auf § 30 HGB, sodass der Grundsatz der Namensunterscheidbarkeit Anwendung findet. Der Name der eingetragenen GbR muss sich daher hinreichend von bereits am selben Ort oder derselben Gemeinde im Gesellschafts-, Partnerschafts- oder Vereinsregister eingetragenen Namen oder im Handels- oder Genossenschaftsregister eingetragenen Firmen unterscheiden.⁵¹

Namensschutz erhält die eingetragene GbR über § 37 Abs. 2 HGB, § 707b Nr. 1 BGB, neben dem allgemeinen Schutz nach § 12 BGB, der entsprechend der hergebrachten Rechtslage⁵² auch der nicht eingetragenen GbR zugeht.

Die eingetragene GbR muss gemäß § 707a Abs. 2 Satz 1 BGB n. F. aus Gründen des Verkehrsschutzes nach ihrer Wahl den Namenszusatz „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ führen. Ausweislich der Gesetzesbegründung⁵³ soll dadurch insbesondere gewährleistet sein, dass der Rechtsverkehr weiß, dass die Gesell-

schaft mit Publizitätswirkung über die Vertretungsbefugnis disponieren kann, § 720 Abs. 1 2. Hs. BGB n. F., sodass Anlass besteht, in das Gesellschaftsregister zu schauen; außerdem solle dadurch die Überprüfung der Namensunterscheidbarkeit nach § 30 Abs. 1 HGB, § 707b Nr. 1 BGB erleichtert werden, da diese auf nicht eingetragene GbR nicht anwendbar sei. Dagegen weist der Namenszusatz wegen der fehlenden Konstitutivität der Eintragung anders als der Zusatz „e. V.“ nicht auf die Existenz der Gesellschaft hin und auch nicht auf besondere Haftungsverhältnisse oder die Kaufmannseigenschaft wie bei OHG und KG.⁵⁴

Dementsprechend ist auch offen, was die Rechtsfolgen eines unberechtigten Weglassens des Namenszusatzes sind. Sicherlich wird das Registergericht die Gesellschaft mit Ordnungsgeld zum Gebrauch des Namenszusatzes anhalten können, § 37 Abs. 1 HGB, § 707b Nr. 1 BGB n. F., und es kommen eventuell auch privatrechtliche Unterlassungsansprüche in Betracht, § 37 Abs. 2 HGB, § 707b Nr. 1 BGB n. F.⁵⁵ Haftungsfolgen dürfte das Weglassen dagegen nicht haben, nachdem der Zusatz nicht auf Haftungsverhältnisse hinweist. Denkbar wäre meines Erachtens vom Normzweck her allenfalls, der Gesellschaft in einem solchen Fall die Berufung auf § 15 Abs. 2 HGB, § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB n. F. zu versagen.⁵⁶ Doch hier ist die Rechtslage, wie gesagt, völlig offen.

Da die Gesellschaft den Namenszusatz erst mit ihrer Eintragung in das Gesellschaftsregister erhält, § 707a Abs. 2 Satz 1 BGB n. F.: „Mit der Eintragung ist die Gesellschaft verpflichtet (...)“, muss der Zusatz in der Erstanmeldung nicht angegeben werden.⁵⁷ Es ist wohl aber zulässig, dies bereits zu tun.⁵⁸

Haftet keine natürliche Person als Gesellschafter, verlangt § 707a Abs. 2 Satz 2 BGB n. F. (wie § 19 Abs. 2 HGB), dass der Name eine die Haftungsbeschränkung kennzeichnende Bezeichnung enthalten muss, also etwa „GmbH & Co. eGbR“⁵⁹, die auch schon in der Anmeldung angegeben werden muss⁶⁰. Hier kann ein Verstoß Haftungsfolgen haben (Rechtsscheinhaftung), zum Beispiel für die Geschäftsführer der Gesellschafter-GmbHs.⁶¹

48 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707b n. F. Rdnr. 16; *Servatius*, GbR, § 707 BGB Rdnr. 12.

49 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707b n. F. Rdnr. 16; RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 135, spricht von einem „*weitgehenden* [Hervorhebung Verf.] Gleichklang des Namensrechts (...) mit dem Firmenrecht (...)“.

50 Auch § 28 HGB ist übrigens bei Gründung einer GbR unter Einbringung eines nichtkaufmännischen Einzelunternehmens nicht anwendbar, sodass diese ohne gesonderte Vereinbarung nicht für die Verbindlichkeiten des Einzelunternehmens haftet; siehe hierzu: BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Schöne, § 721a n. F. Rdnr. 3.

51 RefE GesRV, S. 17.

52 OLG München, Urteil vom 19.11.1992, 6 U 4940/92, NJW-RR 1993, 621; BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Schöne, § 705 Rdnr. 148.

53 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 132 f.

54 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 132.

55 MünchKomm-BGB/Schäfer, § 707a Rdnr. 17.

56 Besonderer Vertrauensschutz gegen den Registerinhalt, *Hopt/Merkt*, HGB, § 15 Rdnr. 15 m. w. N.

57 RefE GesRV, S. 17.

58 Zweifelnd: BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707a n. F. Rdnr. 37.

59 RefE GesRV, S. 17, 19; BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707a n. F. Rdnr. 38; unzulässig dürfte dagegen der Zusatz „eGbRmbH“ sein, MünchKomm-BGB/Schäfer, § 707a Rdnr. 19.

60 RefE GesRV, S. 17; BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707a n. F. Rdnr. 38.

61 BGH, Urteil vom 08.05.1978, II ZR 97/77, BGHZ 71, 354; Urteil vom 15.01.1990, II ZR 311/88, NJW 1990, 2678; *Hopt/Merkt*, HGB, § 19 Rdnr. 30; *Servatius*, GbR, § 707a BGB Rdnr. 8.

b) Ferner ist im Rahmen der Angaben zur Gesellschaft der Sitz der Gesellschaft in der Anmeldung anzugeben, § 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BGB n. F.

Das ist entweder der Verwaltungssitz, § 706 Satz 1 BGB n. F.,⁶² oder der von den Gesellschaftern in Aussicht genommene Vertragssitz, § 706 Satz 2 BGB n. F. Nachforschungen durch das Registergericht hierzu sind regelmäßig nicht veranlasst.⁶³

c) Schließlich bedarf es im Rahmen der Angaben zur Gesellschaft in der Anmeldung auch der Angabe der Anschrift der Gesellschaft in einem Mitgliedstaat der EU, § 707 Abs. 2 Nr. 1 lit. c BGB n. F.

Anschrift ist die postalische Anschrift, unter der Zustellungen und Ladungen an die Gesellschaft möglich sind.⁶⁴ Zweck der Norm ist es, eine faktische Zustellerleichterung für Gesellschaftsgläubiger zu schaffen.⁶⁵ Eine Zustellerleichterung entsprechend § 185 Nr. 2 ZPO, § 15a HGB (öffentliche Zustellung), wurde vom Gesetzgeber – wie bisher schon für die Personenhandelsgesellschaften – dagegen ausdrücklich abgelehnt.⁶⁶

Für die Anschrift sind grundsätzlich Straße, Hausnummer, Postleitzahl und Ort anzugeben.⁶⁷

Die Anschrift muss sich in einem Mitgliedstaat der EU befinden, Anschriften in EWR-Staaten oder Drittstaaten sind nicht zulässig und berechtigen zu einer Zurückweisung der Anmeldung.⁶⁸

Durch die Wahl einer Anschrift in einem anderen EU-Mitgliedstaat wird der Gesellschaft die Möglichkeit eröffnet, durch Vereinbarung eines inländischen Vertragssitzes ihre komplette Tätigkeit in einem anderen EU-Staat in der Rechtsform einer deutschen GbR auszuüben.⁶⁹

Die Geschäftsräume sind dagegen nicht anzugeben, § 24 Abs. 2 HRV ist über § 1 Abs. 1 GesRV richtigerweise nicht anwendbar.⁷⁰

d) Der Angabe des Gegenstands der Gesellschaft bedarf es dagegen nach § 707 Abs. 2 Nr. 1 BGB n. F. nicht. Allerdings *soll* gemäß § 3 Abs. 1 Satz 1 GesRV bei der Anmeldung der Gegenstand der Gesellschaft angegeben werden, sofern sich dieser nicht bereits aus dem Namen der Gesell-

schaft ergibt, um dem Gericht die Prüfung nach §§ 18, 30 HGB, § 707b Nr. 1 BGB n. F. zu erleichtern; das gilt nach § 3 Abs. 1 Satz 2 GesRV auch für Erstanmeldungen der GbR im Wege des Statuswechsels oder einer Umwandlung.

Hierbei genügt nicht die bloße Angabe des Geschäftszweigs, sondern es ist die konkrete Tätigkeit der Gesellschaft anzugeben.⁷¹

Die Eintragung kann aber nicht von der Angabe des Gegenstands der Gesellschaft abhängig gemacht werden, da § 3 Abs. 1 Satz 1 GesRV eine bloße Soll-Vorschrift ist.⁷²

Im Übrigen wird hierzu auf die Ausführungen in Ziffer 2. a verwiesen.

e) § 707 Abs. 2 Nr. 2 BGB n. F. verlangt zudem Angaben zu den Gesellschaftern in der Anmeldung.

Bei natürlichen Personen als Gesellschafter sind deren Name, Vornamen, Geburtsdatum und Wohnort (nicht die Wohnanschrift!⁷³) anzumelden, § 707 Abs. 2 Nr. 2 lit. a BGB n. F.

Bei juristischen Personen oder rechtsfähigen Personengesellschaften sind jedenfalls die Firma oder der Name, die Rechtsform und der Sitz anzumelden, § 707 Abs. 2 Nr. 2 lit. b BGB n. F.

Ferner sind auch das zuständige Register und die Registernummer anzugeben, „soweit gesetzlich vorgesehen“. Hintergrund der letztgenannten Einschränkung ist es nach der Gesetzesbegründung, dass Gesellschafter einer GbR auch nicht registrierte juristische Personen des öffentlichen Rechts, privatrechtliche Stiftungen (jedenfalls bis zum Inkrafttreten des Stiftungsregisters am 01.01.2026) und nicht registrierte ausländische juristische Personen und Personenvereinigungen sein können.⁷⁴ Zu denken ist dabei auch an eine Vor-GmbH oder Vor-AG als Gesellschafter einer GbR, die nur unter ihrer Firma mit dem Zusatz in Gründung („i. G.“) und ihrem Sitz ohne Nennung ihrer Gründungsgesellschafter anzumelden sind.⁷⁵

Ob ein Subjektregister existiert, die Registrierung also „gesetzlich vorgesehen ist“, soll das Registergericht im Rahmen seiner Amtsermittlungspflicht nach § 26 FamFG prüfen, wobei es sich in der Regel auf eine entsprechende Erklärung in der Anmeldung verlassen kann.⁷⁶ Insofern kann es sinnvoll sein, bei ausländischen Personenvereinigungen explizit in der Anmeldung zu vermerken, dass für eine ausländische Personenvereinigung als Gesellschafter im Herkunftsstaat kein Subjektregister existiert. Bei ausländischen

62 A. A.: *Servatius*, GbR, § 707 BGB Rdnr. 13: nur Vertragssitz.

63 RefE GesRV, S. 17.

64 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 73.

65 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 129; zuzustellen ist an den gesetzlichen Vertreter, § 170 ZPO, also die vertretungsberechtigten Gesellschafter, bedeutsam ist die Anschrift daher für die Ersatzzustellung nach §§ 178 ff. ZPO, *Servatius*, GbR, § 707 BGB Rdnr. 14; siehe hierzu auch: *Ring*, § 2 Rdnr. 53.

66 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 130, mit Rücksicht auf Art. 103 Abs. 1 GG, 49, 54 AEUV.

67 *Ring*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 53; RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 129.

68 RefE GesRV, S. 18.

69 *Kruse*, DStR 2021, 2412, 2413; BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 73.

70 *Noack*, ZPG 2023, 95, 96.

71 RefE GesRV, S. 16.

72 RefE GesRV, S. 16.

73 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 79; siehe auch § 5a DONot.

74 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 130.

75 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 130 f.; RefE GesRV, S. 19; *Ring*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 59; jeweils unter Verweis auf die bisherige Rechtslage zum Handelsregister, BGH, Beschluss vom 12.11.1984, II ZB 2/84, NJW 1985, 736.

76 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 130 f.; RefE GesRV, S. 19.

Personenvereinigungen hat das Registergericht im Übrigen vorab zu prüfen, ob diese nach deutschem Recht anerkannt sind und ob das ausländische Recht eine Beteiligung an einer GbR zulässt.⁷⁷ Publizitätsdefizite könnten nach der Gesetzesbegründung durch eine entsprechende Anwendung der §§ 13e ff. HGB ausgeglichen werden, also durch Aufnahme aller Angaben der ausländischen Personenvereinigung, die bei Anmeldung einer inländischen Zweigniederlassung derselben erforderlich wären.⁷⁸ Keinesfalls seien in solchen Fällen analog der geltenden Fassung des § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG die Gesellschafter der ausländischen Personenvereinigung mit anzumelden oder einzutragen, weil dies der materiellen Rechtslage widerspreche.⁷⁹

Klarzustellen ist, dass die Einschränkung: „soweit gesetzlich vorgesehen“ nicht für die GbR selbst gilt, weil gemäß § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB n. F. nur eine registrierte GbR als Gesellschafterin einer anderen GbR eingetragen werden soll (bzw. nach § 3 Abs. 2 Satz 1 GesRV werden darf),⁸⁰ wobei die Fehleintragung einer nicht registrierten GbR wegen der Fassung von § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB n. F. als Sollvorschrift nicht unwirksam ist und § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB n. F. auch materiellrechtlich einer Beteiligung einer nicht registrierten GbR an einer eGbR nicht entgegensteht.⁸¹

f) Gemäß § 707 Abs. 2 Nr. 3 BGB n. F. ist in der Anmeldung die Vertretungsbefugnis der Gesellschafter anzugeben.

Dies gilt nicht nur für eine von der gesetzlichen Regel der Gesamtvertretung gemäß § 720 Abs. 1 BGB 2. Hs. n. F. abweichende Vertretungsregelung (zum Beispiel Einzelvertretung aller Gesellschafter, Gesamtvertretung durch je zwei Gesellschafter gemeinsam), sondern „auch und gerade“⁸² für die gesetzliche Gesamtvertretungsbefugnis aller Gesellschafter nach § 720 Abs. 1 BGB n. F., die also angemeldet werden muss.

Anzumelden ist wie bisher schon bei den Personenhandelsgesellschaften die allgemeine Vertretungsregelung und eine ggf. abweichende konkrete Vertretungsbefugnis einzelner Gesellschafter, § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Satz 4 GesRV, einschließlich einer etwaigen Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB.⁸³

Beschränkungen der Vertretungsbefugnis, insbesondere um damit eine Haftungsbeschränkung zu erreichen, sind

77 BayObLG, Beschluss vom 21.03.1986, 3 Z 148/85, NJW 1986, 3029; RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 131.

78 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 131; Ring, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 60; krit.: *Servatius*, GbR, § 707 BGB Rdnr. 18.

79 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 130; krit. wegen dann mangelnder Transparenz und Umgehungsmöglichkeiten: *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23/2021, 39, 54; BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 80 f.

80 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 130; Ring, § Das neue Personengesellschaftsrecht, 2 Rdnr. 57.

81 Ring, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 70 f.

82 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 131; RefE GesRV, S. 18.

83 RefE GesRV, S. 19; Noack, ZPG 2023, 95, 97.

wegen § 720 Abs. 3 BGB n. F. weder anmeldungs- noch eintragungsfähig.⁸⁴

Nicht anzumelden und einzutragen ist auch – entsprechend der bisherigen Rechtslage im Handelsregister (§ 125 Abs. 2 Satz 2 HGB) – eine Gesamtvertreterermächtigung nach § 720 Abs. 2 BGB n. F., da dies der hier gebotenen Flexibilität zuwiderlaufen und das Gesellschaftsregister mangels gesetzlich fixierten Umfangs der Ermächtigung überfrachten würde.⁸⁵ Ausreichender Verkehrsschutz besteht nach Meinung des Gesetzgebers insoweit § 174 BGB analog.⁸⁶

Bei dieser Gelegenheit ist noch klarzustellen, dass die eGbR als nichtkaufmännische Personengesellschaft selbstverständlich keine Prokura erteilen kann, sodass eine unechte Gesamtvertretung bei der eGbR nicht in Betracht kommt; die Einführung einer der Prokura vergleichbaren typisierten, eintragungsfähigen rechtsgeschäftlichen Vollmacht außerhalb des Handelsverkehrs lehnte der Gesetzgeber ausdrücklich ab.⁸⁷ Die Gesellschaft kann aber als rechtsfähige Personengesellschaft selbst und unabhängig vom Gesellschafterbestand durch ihre vertretungsberechtigten Gesellschafter als Organe eine „normale“ Vollmacht zu ihrer rechtsgeschäftlichen Vertretung erteilen, die nicht im Gesellschaftsregister eingetragen wird, was der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung entgegen der bisherigen, meines Erachtens missverständlichen und vom OLG München⁸⁸ auch missverstandenen, Rechtsprechung des BGH⁸⁹ klarstellt.⁹⁰ Das kann auch in der Form einer Generalvollmacht an einen Dritten oder einen (nicht bereits organschaftlich zur Vertretung berechtigten) Mitgesellschafter geschehen, wenn die Gesellschafter die organschaftliche Vertretungsbefugnis behalten;⁹¹ es dürfen wegen des Grundsatzes der Selbstorganschaft, § 715 Abs. 1 BGB n. F., nur nicht sämtliche Gesellschafter von der Geschäftsführung und Vertretung ausgeschlossen sein und die Gesellschafter müssen die Vertretungsbefugnis durch Widerruf der Vollmacht, § 168 BGB, jederzeit wieder an sich ziehen können.⁹²

84 Noack, ZPG 2023, 95, 97 f.

85 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 163; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 707 Rdnr. 18; Noack, ZPG 2023, 95, 97.

86 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 163, unter Verweis u. a. auf BAG, Urteil vom 18.12.1980, 2 AZR 980/78, NJW 1981, 2374.

87 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 162.

88 OLG München, Beschluss vom 09.07.2018, 34 Wx 223/17, DNotZ 2018, 918.

89 BGH, Beschluss vom 20.01.2011, V ZB 266/10, MittBayNot 2011, 494, m. Anm. Lautner.

90 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 162; dies begrüßend: *Aumann*, notar 2022, 99, 100.

91 BGH, Beschluss vom 20.01.2011, V ZB 266/10, MittBayNot 2011, 494, 495; Urteil vom 08.02.2011, II ZR 263/09, NZG 2011, 583, 585; Urteil vom 18.07.2006, XI ZR 143/05, NJW 2006, 2980, 2981; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 715 Rdnr. 14; Lautner, MittBayNot 2011, 495, 496.

92 MünchKomm-BGB/Schäfer, § 720 Rdnr. 17, § 715 Rdnr. 14; zumindest bei Publikumsgesellschaften genügt dabei die Widerrufsmöglichkeit aus wichtigem Grund, wenn für den Widerrufsbeschluss eine einfache Mehrheit vorgesehen ist, BGH, Urteil vom 22.03.1982, II ZR 74/81, NJW 1982, 2495.

g) Gänzlich neu im Registerverfahren ist die in der Anmeldung gemäß § 707 Abs. 2 Nr. 4 BGB n. F. abzugebende Versicherung, dass die Gesellschaft nicht bereits im Handels- oder Partnerschaftsregister eingetragen ist. Eine entsprechende Bestimmung findet sich in § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB n. F.⁹³

Zweck dieser Regelung ist es, das neue Statuswechselverfahren nach § 707c BGB n. F., § 106 Abs. 3 bis 5, § 107 Abs. 2, § 3 HGB n. F., § 4 Abs. 4 PartGG n. F. zu sichern.⁹⁴ Ein Wechsel zwischen verschiedenen Rechtsformen eingetragener Personengesellschaften soll nur noch im Wege des Statuswechsels möglich sein und muss zwingend zu dem Registergericht angemeldet werden, bei dem die Gesellschaft schon eingetragen ist, § 707c Abs. 3 BGB n. F., § 106 Abs. 4 HGB, § 107 Abs. 2 Satz 2, § 3 HGB n. F., § 4 Abs. 4 PartGG n. F. Wäre also dieselbe Gesellschaft schon in einem anderen Register eingetragen, würde dieses Verfahren unterlaufen und es käme zu widersprüchlichen Doppelintragungen.⁹⁵

Die Versicherung ist nicht höchstpersönlich, weil sie sich auf die Gesellschaft bezieht und nicht strafbewehrt ist; Stellvertretung ist möglich.⁹⁶

h) Neben dem genannten zwingenden Inhalt der Erstanmeldung nach § 707 Abs. 2 BGB n. F. kann die Anmeldung fakultativ auch noch weiteren Inhalt haben:

- Es kann – nicht muss – die Errichtung einer inländischen Zweigniederlassung mit angemeldet werden, §§ 13, 13d HGB, § 707b Nr. 3 BGB n. F.
- Aus Gründen der Erleichterung der Identitätsfeststellung mit einer insbesondere im Grundbuch (oder auch im Handelsregister, einer Gesellschafterliste oder einem Aktienregister) bereits nach altem Recht unter Nennung ihrer Gesellschafter eingetragenen GbR wird vorgeschlagen, zusätzliche Angaben in die Anmeldung aufzunehmen (vgl. Art. 229 § 21 EGBGB n. F., § 89 HGB n. F., § 40 GmbHG n. F., § 67 AktG n. F.):⁹⁷

„Nicht als Gegenstand der Anmeldung, sondern zum Zwecke der Identifizierung der Gesellschaft wird noch mitgeteilt: Die Gesellschaft ist als Eigentümerin im

Grundbuch des AG München von Giesing Blatt 99999 eingetragen.“

Allerdings ist dabei zu bedenken, dass diese Informationen dann wegen des Jedermanneinsichtsrechts, § 9 Abs. 1 Satz 1 HGB, § 707 b Nr. 2 BGB n. F. der Öffentlichkeit ohne Weiteres zugänglich sind.

III. Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister, Rechtsfolgen

1. Inhalt der Eintragung

Der Inhalt der Eintragung im Gesellschaftsregister ergibt sich aus § 707a Abs. 1 Satz 2, § 707 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 BGB n. F., § 4 GesRV.⁹⁸ Demnach sind Name, Sitz und Anschrift der Gesellschaft, die Gesellschafter nach Maßgabe des § 707 Abs. 2 Nr. 2 BGB n. F., die allgemeine Vertretungsregelung und besondere Vertretungsbefugnisse von Gesellschaftern, die Rechtsform und ggf. eine Zweigniederlassung einzutragen. Die Einzelheiten ergeben sich aus § 4 GesRV. Darüber hinausgehende Angaben dürfen entsprechend allgemeinen Prinzipien⁹⁹ zur Aufrechterhaltung der Funktion des Registers zur Ermöglichung einer klaren und schnellen Orientierung über die Rechtsverhältnisse eines Rechtsträgers grundsätzlich – außerhalb der im Rahmen richterlicher Rechtsfortbildung anerkannten oder zukünftig noch anzuerkennenden Fälle – nicht eingetragen werden.¹⁰⁰ Ausdrücklich sieht sich die Regierung in der Begründung des Regierungsentwurfs genötigt, darauf hinzuweisen, dass es rechtsfortbildend ausgeschlossen sei, „für die Gesellschafter eine bestimmte Haftungsquote oder Haftsumme in das Gesellschaftsregister einzutragen.“¹⁰¹ Zweifel daran dürften schon wegen § 721 BGB n. F. nicht bestehen.

Gemäß Anlage 1 zu § 2 Abs. 2 und 4 GesRV und Anlage 2 zu § 2 Abs. 2 GesRV (Muster für Eintragungen) lautet das Registerkürzel des Gesellschaftsregisters „GsR“.

2. Namenszusatz

Mit der Eintragung entsteht die Pflicht zur Führung des Namenszusatzes „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGmbH“, § 707a Abs. 2 Satz 1 BGB n. F. Hierzu und zum erweiterten Namenszusatz gemäß § 707a Abs. 2 Satz 2 BGB n. F. wird im Übrigen auf die obigen Ausführungen verwiesen.

3. Wirkungen der Eintragung

a) Die Eintragung hat keine konstitutive Wirkung, da sie weder Voraussetzung für das Entstehen einer GbR (siehe § 705 Abs. 1 BGB n. F.) noch für die Erlangung der Rechtsfähigkeit (siehe § 705 Abs. 2 Alt. 1 BGB n. F.) ist. Anderes gilt,

93 Für die Partnerschaftsgesellschaft findet sich im MoPeG erstaunlicherweise keine solche ausdrückliche Vorschrift, insbesondere verweist auch § 4 PartGG neu nicht auf § 106 Abs. 2 Nr. 4 HGB n. F.; das gleichwohl bestehende Erfordernis der Versicherung dürfte sich aus § 707 Abs. 2 Nr. 4 BGB n. F. i. V. m. § 1 Abs. 4 PartGG n. F. ergeben, obwohl § 4 Abs. 1 Satz 2, § 5 Abs. 1 PartGG n. F. den notwendigen Anmeldungsinhalt scheinbar abschließend regeln.

94 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 131.

95 Ring, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 63.

96 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 87; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 707 Rdnr. 19; Servatius, GbR, § 707 BGB Rdnr. 23; Noack, ZPG 2023, 95, 98; Baschnagel/Hilser, notar 2023, 167, 170 f.; a. A.: Böhringer/Melchior, NotBZ 2022, 361, 363.

97 Bolkart, MittBayNot 2021, 319, 325; Aumann, notar 2022, 99, 104.

98 Hierzu im Einzelnen: Noack, ZPG 2023, 95, 99.

99 Krafka, Registerrecht, Rdnr. 85, m. w. N.

100 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 132; Ring, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 69.

101 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 132.

falls tatsächlich einmal eine nichtrechtsfähige Gesellschaft angemeldet und eingetragen werden sollte.¹⁰²

b) Die Eintragungen im Gesellschaftsregister können, wie bei den herkömmlichen Registern auch, von jedermann kostenfrei eingesehen werden, § 9 Abs. 1 Satz 1 HGB, § 707b Nr. 2 BGB n. F.¹⁰³

c) Die Eintragung verschafft der eGbR volle Subjektpublizität hinsichtlich Existenz, Identität und Vertretung der durch Verweis in § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB n. F. auf § 15 HGB. Wie bei OHG und KG kommt den Eintragungen daher negative Publizität, § 15 Abs. 1 HGB,¹⁰⁴ aber auch positive Publizität nach § 15 Abs. 3 HGB zu; die Gesellschaft profitiert ihrerseits von § 15 Abs. 2 HGB.

Hinsichtlich der positiven Publizität des § 15 Abs. 3 HGB ist allerdings umstritten, ob diese für die aufgrund der Ersteintragung der eGbR eingetragenen Tatsachen gilt. Namentlich *Herrler*¹⁰⁵ hatte – allerdings auf Grundlage des ursprünglichen Wortlauts des § 707a Abs. 2 BGB des Mauracher Entwurfs – eingewandt, dass § 15 Abs. 3 HGB nur für eintragungspflichtige Tatsachen gelte, § 707 Abs. 1 BGB n. F. die Eintragung aber gerade der Entscheidung der Gesellschafter überlasse. Die wohl herrschende Meinung¹⁰⁶ wendet § 15 Abs. 3 HGB dagegen auch bei der Ersteintragung der GbR an. Ob der veränderte Gesetzeswortlaut hierfür streitet,¹⁰⁷ sei dahingestellt. Überzeugend ist aber aus meiner Sicht, dass zwar das „Ob“ der Eintragung der GbR als solches im Belieben der Gesellschafter steht, nicht aber das „Wie“: Welche Tatsachen im Gesellschaftsregister anzumelden und einzutragen sind, regeln § 707 Abs. 2, § 707a Abs. 1 Satz 1 BGB n. F. zwingend („Die Anmeldung muss enthalten: [...] „Die Eintragung im Gesellschaftsregister hat die [...] Angaben zu enthalten.“). In diesem Sinne handelt es sich um im Sinne des § 15 Abs. 3 HGB einzutragende Tatsachen, deren Anmeldung auch nach § 14 HGB, § 707b Nr. 2 BGB n. F. unter Zwangsgeldandrohung vom Registergericht durchgesetzt werden kann.¹⁰⁸ Ferner wird eingewandt, es handle sich bei § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB n. F. um eine bloße

Rechtsfolgenverweisung.¹⁰⁹ Jedenfalls aber würde bei einer derartigen Auslegung des § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB n. F. der Normzweck des Gesetzes, der eGbR volle Subjektpublizität zu verschaffen, eindeutig verfehlt.¹¹⁰ Schließlich ergäben sich Wertungswidersprüche: Warum sollten die bei Ersteintragung der eGbR eingetragenen Tatsachen, zum Beispiel hinsichtlich der Vertretungsbefugnis, keine positive Publizität genießen, später eingetragene Änderungen dann aber schon?¹¹¹ Und warum kommt kleingewerblichen, aber nach § 105 Abs. 2, § 2 Satz 2 HGB fakultativ im Handelsregister eingetragenen Unternehmen die positive Publizität des § 15 Abs. 3 HGB zugute,¹¹² der eGbR dagegen nicht, wo die Übergänge doch fließend sind?¹¹³ Nach alledem ist § 15 Abs. 3 HGB auch auf die ersteingetragenen Registertatsachen anwendbar.

Insbesondere im Grundstücksrecht beseitigt die volle Subjektpublizität der eGbR die Schwächen des bisherigen § 899a BGB vor allem auf der schuldrechtlichen Ebene (Gefahr der Kondiktion),¹¹⁴ sodass dieser konsequenterweise mit Inkrafttreten des MoPeG aufgehoben wird.

d) Das Fehlen der Kaufmannseigenschaft ist aber gemäß § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB n. F. a. E. nicht von der Publizität umfasst. Wird also beispielsweise eine eGbR durch Ausweitung ihres Geschäftsbetriebs auf den Umfang eines Handelsgewerbes nach § 1 Abs. 2 HGB kraft Gesetzes zur OHG, § 105 Abs. 1 HGB n. F., kann sie sich Dritten gegenüber trotz ihrer Eintragung im Gesellschaftsregister nicht auf die Nichtanwendung des Handelsrechts berufen. Auch die Pflicht einer solchen GbR, sich gemäß § 106 Abs. 1 HGB n. F. zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (im Wege des Statuswechsels), wird dadurch nicht beseitigt, § 707a Abs. 3 Satz 2 BGB n. F. Umgekehrt kann eine noch im Gesellschaftsregister eingetragene OHG gegenüber Dritten trotz ihrer Eintragung nicht die Anwendung des Handelsrechts geltend machen.¹¹⁵

e) Eine wichtige Folge der Eintragung ist nach § 707a Abs. 4 BGB n. F. auch, dass eine gewillkürte Löschung der eGbR aus dem Gesellschaftsregister nicht zugelassen wird, sondern die Löschung nur noch nach allgemeinen Vorschriften, d. h. in der Regel nach durchgeführter Liquidation, möglich ist, § 738 BGB n. F. Die Regelung ist § 3 Abs. 2 HGB nachgebildet und dient vor allem dem Verkehrsschutz.¹¹⁶ Die Fortsetzung einer eGbR als nicht eingetragene GbR ist nach Austragung aus dem Gesellschaftsregister

102 *Ring*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 75; *Servatius*, GbR, § 707 BGB Rdnr. 7; siehe im Übrigen die Ausführungen unter Ziffer 2. b).

103 *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167, 169.

104 Wegen der Eintragungspflicht von Änderungen nach § 707 Abs. 3 BGB n. F., *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167, 169.

105 *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23/2021, 39, 57; ebenso: *Lieder*, ZGR-Sonderheft 23/2021, 169, 175 f.; *Geibel*, ZRP 2020, 137, 139.

106 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707a n. F. Rdnr. 46; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 707 Rdnr. 11, § 707a Rdnr. 20; *Servatius*, GbR, § 707a BGB Rdnr. 10; *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 322 f.; *Aumann*, notar 2022, 99, 103, *Reymann*, DNotZ 2021, 103, 118; *Heckschen/Nolting*, BB 2021, 2946, 2947; *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167, 169 f.

107 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707a n. F. Rdnr. 44 f.

108 *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 322; *Aumann*, notar 2022, 99, 103.

109 *Aumann*, notar 2022, 99, 103; *Reymann*, DNotZ 2021, 103, 118.

110 *Reymann*, DNotZ 2021, 103, 118; *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 323.

111 *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 323; *Aumann*, notar 2022, 99, 103.

112 *Baschnagel/Hilser*, notar 2023, 167, 170.

113 *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 323.

114 Siehe hierzu nur: *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 320 ff.

115 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 133; krit. zu dieser Regelung: *Kiehne*, NZG 2023, 1060.

116 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 133.

also nicht möglich.¹¹⁷ Entsprechend wird auch die bisher anderslautende, gemäß § 2 Satz 2 und 3, § 105 Abs. 2 Satz 2 HGB für kleingewerbliche und vermögensverwaltende Personenhandelsgesellschaften geltende Regelung durch § 107 Abs. 2 Satz 2 HGB n. F. ersetzt (Fortsetzung als GbR nur im Wege des Statuswechsels in eine eGbR).

Der Gesetzgeber verweist auf Probleme, die bei einer gewillkürten Löschung durch Verlust der Subjektpublizität entgegen der gesetzgeberischen Intention insbesondere des Art. 229 § 21 EGBGB n. F. entstehen könnten, wenn eine eGbR in einem Objektregister, zum Beispiel im Grundbuch eingetragen ist.¹¹⁸ Außerdem soll Missbrauchsgefahren durch „Firmenbestattungen“ begegnet werden, weshalb zum Beispiel nach § 191 Abs. 2 Nr. 1 UmwG n. F. auch nur noch ein Formwechsel in eine eingetragene GbR möglich sei, was durch eine sofortige Löschungsmöglichkeit konterkariert würde.¹¹⁹

Letztlich muss es den Gesellschaftern vor der Entscheidung zur Eintragung ihrer GbR im Gesellschaftsregister klar sein, dass es ein einfaches Zurück in der Regel nicht mehr gibt.¹²⁰ Hier kann eine entsprechende vorherige Beratung angezeigt sein.¹²¹

IV. Spätere Anmeldungen bei der eGbR

1. Anmeldepflichten

Spätere Änderungen bei einer eingetragenen GbR sind – mit Ausnahme der Errichtung einer Zweigniederlassung, § 707b Nr. 3 BGB n. F. – anmeldepflichtig und können vom Gericht unter Zwangsgeldandrohung durchgesetzt werden, § 14 HGB, § 707b Nr. 2 BGB n. F.

Das sind insbesondere Anmeldungen betreffend:

- Änderung des Namens der Gesellschaft, § 707 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 BGB n. F.,
- Verlegung des Sitzes der Gesellschaft (an einen anderen Ort im Inland, § 706 BGB), § 707 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 BGB n. F., § 13h HGB, § 707b Nr. 2 BGB n. F.,
- Änderung der Anschrift (der Gesellschaft), § 707 Abs. 3 Satz 1 Alt. 3 BGB n. F.
Hierzu wird diskutiert,¹²² ob § 707 Abs. 3 Satz 1 Alt. 3 BGB n. F. auch Änderungen der *Gesellschafteran-*

117 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707a n. F. Rdnr. 55.

118 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 134; *Servatius*, GbR, § 707a BGB Rdnr. 11.

119 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 134; *Ring*, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 2 Rdnr. 82; *Servatius*, GbR, § 707a BGB Rdnr. 11.

120 *Herrler*, ZGR-Sonderheft 23/2021, 39, 58, 60 („Entscheidung ohne Rückfahrkarte“); *Aumann*, notar 2022, 99, 103; krit. auch: BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707a n. F. Rdnr. 55 ff. Andererseits sollte die Problematik auch nicht überbewertet werden, denn zumindest sehen die Vorschriften der §§ 735 ff. BGB keine Sperrfristen entsprechend § 73 GmbHG, § 272 AktG o. Ä. vor.

121 *Otte*, ZIP 2021, 2162, 2165 f.

122 BeckOK-BGB/Hau/Poseck/Enders, § 707 n. F. Rdnr. 91.

schriften meint. Da bei natürlichen Personen als Gesellschaftern gemäß § 707 Abs. 2 Nr. 2 lit. a BGB n. F. aber nur der *Wohnort* einzutragen ist, bei juristischen Personen und rechtsfähigen Personengesellschaften gemäß § 707 Abs. 2 Nr. 2 lit. b BGB n. F. überhaupt keine Anschrift, und wegen des systematischen Zusammenhangs mit § 707 Abs. 2 Nr. 1 BGB n. F., halte ich eine solche Auslegung für äußerst zweifelhaft. Eine diesbezügliche Anmeldepflicht jedenfalls aus § 707 Abs. 3 Satz 1 BGB n. F. heraus wird daher nicht bestehen. Dies entspricht im Übrigen der derzeit herrschenden Meinung im Rahmen der geltenden Fassung des § 106 HGB:¹²³

- Änderung der Vertretungsbefugnis (allgemein und/oder konkret), § 707 Abs. 3 Satz 1 Alt. 4 BGB n. F.,
- Ein- und Ausscheiden von Gesellschaftern, § 707 Abs. 3 Satz 2 BGB n. F.,
- Änderung und Aufhebung von Zweigniederlassungen, §§ 13, 13d HGB, § 707b Nr. 3 BGB n. F.,
- Statuswechsel, § 707c BGB n. F.,
- Auflösung der Gesellschaft, § 733 Abs. 1 Satz 1 BGB n. F., und Anmeldung der Liquidatoren und ihrer Vertretungsbefugnis, § 736c Abs. 1 Satz 1 BGB n. F.,
- Änderung der Personen der Liquidatoren oder ihrer Vertretungsbefugnis, § 736c Abs. 1 Satz 2 BGB n. F.,
- Erlöschen der Gesellschaft, § 738 BGB n. F.

Anmeldepflichtig sind in der Regel alle Gesellschafter, § 707 Abs. 4 Satz 1 BGB n. F.; im Übrigen wird hierzu auf die Ausführungen in Abschnitt II. Ziffer 4. verwiesen.

2. Inhalt späterer Anmeldungen

Der Inhalt späterer Anmeldungen orientiert sich (zum Beispiel hinsichtlich der Angaben zu einem neu eintretenden Gesellschafter, der Vertretungsbefugnis etc.) an § 707 Abs. 2 BGB n. F.¹²⁴ Auch Form und Verfahren späterer Anmeldungen entsprechen denjenigen bei der Erstanmeldung. Im Übrigen kann hierzu – mit Ausnahme des Statuswechsels – auf den geltenden § 107 HGB, dem § 707 Abs. 3 BGB n. F. nachgebildet ist,¹²⁵ und die diesbezüglichen herkömmlichen Anmeldungen samt Formularmustern bei einer OHG verwiesen werden.

123 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 30.09.2014, 20 W 241/13, NZG 2015, 710, m. w. N.; a. A.: *Servatius*, GbR, § 707 BGB Rdnr. 22; *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 182, 201, der aber von einer Anmeldepflicht nicht nach § 106 HGB, sondern aus allgemeinen Registergrundsätzen heraus ausgeht, da die Beteiligten verpflichtet seien, an der Aktualisierung des Informationsgehalts des Registers mitzuwirken, weil auch eine Berichtigung von Veränderungen tatsächlicher Umstände (wie Wohnortwechsel) von Amts wegen entsprechend § 17 Abs. 1 HRV entgegen OLG Frankfurt a. M., a. a. O., und OLG Celle, Beschluss vom 18.09.2012, 9 W 124/12, DNotZ 2013, 304, 305, abzulehnen sei.

124 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 131, wo aber missverständlich auf § 707 Abs. 1 BGB n. F. Bezug genommen wird.

125 RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 131.



BUCHBESPRECHUNGEN

Heribert Heckschen/Andreas Heidinger:

Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis

5. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2023. 2030 S., 189 €

Von Notarassessor Dr. **Christian Linke**, München

Bereits die Namen der beiden Herausgeber stehen für ein Versprechen: Mit *Heckschen* als einem der bedeutendsten deutschen Notare auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts und *Heidinger* als ehemaligem langjährigen Referatsleiter des DNotI für Handels-, Gesellschafts- und Steuerrecht treffen umfassende Praxiserfahrung und höchster wissenschaftlicher Anspruch aufeinander. Das inzwischen in fünfter Auflage erschienene und von acht weiteren Autoren aus der notariellen Praxis sowie dem Umfeld des DNotI bearbeitete Werk „Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis“ löst dieses Versprechen auf gut 2.000 Seiten auf fulminante Weise ein. Besonders herausragend ist dabei der Spagat zwischen Praxisbezug und wissenschaftlichem Tiefgang, der den Autoren auf unnachahmliche Art und Weise gelingt. Der *Heckschen/Heidinger* kombiniert Handbuch und Formularbuch und ermöglicht mit zahlreichen Mustern die Gestaltung im GmbH-Recht weitgehend mit einem Werk. Da ich persönlich ein begeisterter Gesellschaftsrechtler bin, ist die beinahe tägliche Arbeit mit dem Buch eine wahre Freude.

Vier Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe stellt die fünfter Auflage aufgrund des in dieser Zeit sehr aktiven Gesetzgebers in vielen Teilen eine Neubearbeitung des Produkts dar. Sie berücksichtigt neben der für das GmbH-Recht besonders bedeutenden Digitalisierung des Gesellschaftsrechts durch DiRUG und DiREG insbesondere auch das Gesetz über den Stabilisierungs- und Restrukturierungsrahmen für Unternehmen (StaRUG), das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrecht, das Gesetz zur Umsetzung der Mobilitätsrichtlinie (UmRUG) sowie (bereits) das erst zum 01.01.2024 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) und befindet sich so auf dem neuesten Stand. Besonders hervorzuheben sind dabei die Abschnitte zur Online-Gründung (Kapitel 2 Rdnr. 150 ff.) und Online-Versammlungen (Kapitel 4 Rdnr. 418 ff. sowie Kapitel 8 Rdnr. 230 ff.) sowie das eigene Kapitel zu den Besonderheiten bei nicht (voll) geschäftsfähigen Gesellschaftern (Kapitel 14).

Das Werk behandelt die GmbH in ihren Lebensabschnitten von der Gründung bis zur Liquidation mit sämtlichen in dieser Zeit in Frage kommenden Regelungstatbeständen in atemberaubendem Tiefgang. Dabei ragt das nochmals ausgebaute Kapitel 4 zur Satzungsgestaltung besonders heraus, das nun auf über 300 Seiten zu allen denkbaren Regelungen einer GmbH-Satzung fundierte Antworten und zugleich Formulierungsvorschläge liefert. Eine wahre Schatzgrube für die Satzungsgestaltung.

Der hohe Praxisbezug wird insbesondere am neuen Abschnitt zum sog. Vesting von Geschäftsanteilen (Kapitel 4 Rdnr. 645 ff.) deutlich. Bei diesem handelt es sich um eine vor allem im Venture-Capital-Bereich in der Gründungs- und Wachstumsphase junger Unternehmen anzutreffende Geschäftstechnik zur Bindung von Schlüsselpersonen, die aber auch unterhalb der Führungsebene zur Gestaltung von Mitarbeiterbeteiligungsprogrammen (bis hin zu börsennotierten Konzernen) genutzt wird. Der Begünstigte wird dabei entweder mit echten oder (lediglich) virtuellen Geschäftsanteilen (schuldrechtlich) an der Gesellschaft beteiligt, wobei der Bestand seiner Beteiligung von seinem Verbleib im Unternehmen für einen bestimmten Zeitraum (Vesting-/Cliff-Periode) abhängt. Es steht dem Kautelarjuristen (auch außerhalb der Großstadt) sicherlich gut an, auch zu diesem Thema beraten zu können. Das Buch liefert ihm auch dafür die notwendige Hilfestellung.

Die starke Praxisorientierung macht sich auch an den umfassenden Ausführungen zur Unternehmergeellschaft (Kapitel 5) sowie zur Gründung mit Musterprotokoll (Kapitel 2 Rdnr. 236 ff.) bemerkbar. Obwohl beide Themen vor allem in der notariellen Praxis einen nicht unerheblichen Umfang einnehmen, werden sie in der Literatur oftmals etwas stiefmütterlich behandelt. Der Heckschen/Heidinger beantwortet dagegen in einer konzisen wie umfassenden Darstellung sämtliche Fragen des Praktikers in der gewohnt souveränen Weise.

Schließlich trägt die Berücksichtigung des Internationalen Privatrechts, insbesondere der Auslandsbeurkundung sowie der Vertretung ausländischer Gesellschaften (Kapitel 2 Rdnr. 3 ff.; Rdnr. 32 ff.; Rdnr. 225 ff.), des Konzernrechts, insbesondere von Unternehmensverträgen (Kapitel 15) sowie des Insolvenzrechts (Kapitel 19) dem holistischen Ansatz des Werks vollumfänglich Rechnung. Die gelungenen Abschnitte stellen die Verbindung des GmbH-Rechts zu den in der Praxis besonders bedeutsamen anderen Rechtsgebieten her und lassen aus der Sicht des Lesers keine Wünsche offen.

Für den leidenschaftlichen Gesellschaftsrechtler ein Hochgenuss, für den leidlichen Gesellschaftsrechtler eine Lebensversicherung – der *Heckschen/Heidinger* kann guten Gewissens als „Standardwerk“ des GmbH-Rechts bezeichnet werden, das als unentbehrlicher Begleiter bei sämtlichen Gestaltungen rund um die GmbH in die Bibliothek eines jeden Kautelarjuristen, insbesondere Notars, gehört. Aufgrund der zahlreichen berücksichtigten Gesetzesänderungen ist die Neuauflage auch Inhabern einer Voraufgabe zur Anschaffung zu empfehlen.

Karl Winkler:

Beurkundungsgesetz

4. Aufl., Beck, 2023. 980 S., 169 €

Von Notarassessor Dr. **Christoph Eichinger**, LL.M. (Chicago), Fürstenfeldbruck

Bereits circa anderthalb Jahre nach der Voraufgabe liegt der Kommentar zum Beurkundungsgesetz in nunmehr 21. Auflage vor. Zum Stellenwert des Werks in der beurkundungsrechtlichen Literatur ist nichts zu ergänzen, das nicht schon gesagt oder geschrieben wurde: So ist der auf Fortbildungsveranstaltungen für Notarassessoren gelegentlich als „Bibel des Beurkundungsrechts“ vorgestellte Kommentar „das Standardwerk“ (*Sträuber*, MittBayNot 2020, 226 (Hervorhebung im Original)) mit „Vorreiterrolle in der Literatur zum Beurkundungsrecht“ (*Starnecker*, MittBayNot 2022, 442). Er wird vom Autor weiterhin – wie seit nunmehr über 50 Jahren – allein verantwortet.

Auf den ersten Blick fallen im Vergleich zur Voraufgabe vor allem formale Änderungen ins Auge. So hat sich der Umfang des Werks um über 200 Seiten erhöht, was maßgeblich auf einen veränderten Satz mit größeren Zeilenabständen zurückzuführen ist. Weiterhin beginnt die Gliederung der Kommentierungen jetzt mit römischen statt wie zuvor arabischen Ziffern auf der höchsten Gliederungsebene. Schließlich werden die Fußnoten innerhalb der Kommentierung eines Paragraphen nun durchlaufend nummeriert statt auf jeder Seite neu beginnend. Mögen diese Änderungen dem mit dem bisherigen Satz vertrauten Nutzer zwar eine kurze Umgewöhnung abfordern, sind sie doch zu begrüßen, weil sie die Lesefreundlichkeit erhöhen und die Orientierung innerhalb der Kommentierungen vereinfachen.

Inhaltlich ist der Kommentar auf dem aktuellen Stand. Das betrifft zunächst die Erweiterung des Anwendungsbereichs der notariellen Onlineverfahren durch das sog. DiREG vom 15.07.2022 (BGBl. I, S. 1146). Die Voraufgabe hatte erstmals die durch das DiRUG vom 05.07.2021 (BGBl. I, S. 3338) neu eingeführten §§ 16a bis 16e und 40a BeurkG kommentiert und dabei noch erhebliche Zweifel an der Sinnhaftigkeit einer – nun erfolgten – Ausweitung des Anwendungsbereichs anklingen lassen (siehe 20. Aufl., § 16a Rdnr. 6). Auch in der Neuauflage ist Skepsis des Autors an einer Gleichwertigkeit der Online- zu den Präsenzverfahren spürbar und betont er zu Recht die Verfahrenshoheit und Verantwortung des Notars für die uneingeschränkte Erfüllung seiner Amtspflichten auch im Onlineverfahren (siehe Vor § 16a Rdnr. 3, § 16a Rdnr. 37 f.). Insbesondere seien die Beteiligten ggf. auf das Präsenzverfahren zu verweisen, etwa im Falle technischer Störungen, die nicht mit einfachen Mitteln zu beheben sind (siehe § 16a Rdnr. 36–38).

Auch relevante Gesetzesänderungen außerhalb des BeurkG werden erfasst. So setzt sich die Neuauflage über die Schnittstelle der Belehrungspflicht des § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG ausführlich mit § 16a GwG auseinander (siehe § 17 Rdnr. 300–311). Der Autor gibt hilfreiche Hinweise etwa zu Anwendungsbereich und Inhalt des Barzahlungsverbots bei Immobiliengeschäften, das mit dem Sanktionsdurchsetzungsgesetz II vom 19.12.2022 (BGBl. I, S. 2606) eingeführt wurde. Zu der in der notariellen Praxis besonders relevanten Prüfungspflicht des Notars nach § 16a Abs. 3 GwG finden sich ebenfalls Ausführungen, die lediglich im Hinblick auf die Form der Nachweise und die Integration der Schlüssigkeitsprüfung in den notariellen Arbeitsablauf noch etwas konkreter hätten ausfallen können. Neben § 16a GwG werden weiterhin die mit der Einführung des Gesellschaftsregisters zum 01.01.2024 durch das MoPeG vom 10.08.2021 (BGBl. I, S. 3436) verbundenen Änderungen berücksichtigt (siehe etwa § 10 Rdnr. 6). Schließlich sind auch Änderungen des Berufsrechts wie in §§ 5 und 5a DONot zur Angabe von bestimmten persönlichen Daten bei Registeranmeldungen erfasst (siehe § 51 Rdnr. 44).

Neben den bezeichneten Gesetzesänderungen hat zudem die jüngere beurkundungsrechtliche Rechtsprechung Eingang in die Neuauflage gefunden. Dies gilt sowohl für die höchstrichterliche Rechtsprechung wie den Beschluss des BGH vom 23.02.2022 zur Einsetzung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker (IV ZB 24/21, MittBayNot 2022, 493 = NJW 2022, 1450; kommentiert in § 27 Rdnr. 9) als auch für Entscheidungen der Instanzgerichte wie das Urteil des OLG Hamm vom 11.08.2021, 11 U 114/20, NJOZ 2022, 795, zur Belehrungspflicht des Notars hinsichtlich der Erschließung eines veräußerten Grundstücks (siehe § 17 Rdnr. 265).

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass die Neuauflage das bewährte Standardwerk zum Beurkundungsgesetz in gewohnter Qualität auf den neuesten Stand bringt. Ihre Anschaffung kann daher empfohlen werden – besonders den (in der Praxis wohl nur vereinzelt anzutreffenden) Notarinnen und Notaren, die das Werk bisher noch nicht in ihre Bibliothek aufgenommen haben, aber auch denjenigen, die bereits die Voraufgabe ihr Eigen nennen.





RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Zum Mangelbegriff bei baujahrstypischen und standzeitbedingten Eigenschaften einer Immobilie

OLG Schleswig, Hinweisbeschluss vom 22.02.2023, 7 U 199/22

BGB § 434 Abs. 1 a. F., § 437 Nr. 3, §§ 440, 280, 281

LEITSÄTZE:

1. Der Keller eines im Jahr 1954 errichteten Einfamilienhauses weist zum Kaufzeitpunkt im Jahr 2019 trotz der baujahrstypisch und standzeitbedingt üblichen Feuchtigkeit eine Beschaffenheit auf, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Der damals übliche Schwarzanstrich der Kelleraußenwand hat nur eine durchschnittliche Nutzungsdauer von 30 bis 40 Jahren. Nach Ablauf dieser Zeit ist bei einem unsanierten Haus regelmäßig von üblichen Durchfeuchtungen der Kellerwände auszugehen.
2. Arglistiges Verschweigen eines Mangels liegt jedenfalls nicht vor, wenn die Verkäufer die Immobilie im März 2019 geerbt und bereits im November 2019 weiter veräußert haben, ohne dass es nachweisbare Anhaltspunkte dafür gibt, dass sie von der Feuchtigkeitsproblematik positive Kenntnis hatten oder diese zumindest für möglich hielten.
3. Der Umstand, dass die Käufer vorab einen befreundeten Makler zum Besichtigungstermin mitgebracht haben und dieser Messungen mit einem Feuchtigkeitsmessgerät an den Kellerwänden vorgenommen hat, spricht bereits dafür, dass die Käufer mit entsprechenden Durchfeuchtungen der Kellerwände rechneten.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

19 Eine bestimmte Beschaffenheit hinsichtlich des Kellers haben die Parteien nicht vereinbart. Auch war eine bestimmte Verwendung des Kellers – etwa zu Wohnzwecken – nach dem Vertrag nicht vorausgesetzt. Gemessen an dem Baujahr 1954 eignet sich der Keller zur gewöhnlichen Verwendung (als Abstell- und Lagerraum) und weist eine Beschaffenheit auf, die bei Häusern aus den 1950er Jahren üblich ist und die die Kläger deshalb erwarten konnten.

20 So hat der BGH (BGH, Urteil vom 19.01.2018, V ZR 256/16, Rdnr. 9) ausgeführt:

„Revisionsrechtlich nicht zu beanstanden ist auch die Auffassung des Berufungsgerichts, dass das Grundstück unter Berücksichtigung der Umstände des Ein-

zelfalls (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 16.03.2012, V ZR 18/11, NJW-RR 2012, 1078 Rdnr. 14) trotz der von dem Sachverständigen festgestellten Feuchtigkeit im Keller eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist der Keller nicht zu Wohnzwecken und zu einer Zeit (50er Jahre) errichtet worden, als Kellerabdichtungen noch nicht zum Stand der Technik gehörten.“

21 So liegt es im Ergebnis auch hier. Das Haus wurde im Jahr 1954 errichtet. Es konnte durch die Sachverständige noch ein Schwarzanstrich von nicht messbarer Schichtstärke ermittelt werden. Derartige Schwarzanstriche haben nach Angaben der Sachverständigen eine durchschnittliche Nutzungsdauer von 30 bis 40 Jahren. Nach Ablauf dieser Zeit sei regelmäßig von Durchfeuchtungen der Kellerwände auszugehen. In der fehlenden Abdichtung sei die wesentliche Ursache für die Durchfeuchtung zu sehen. Die Sachverständige führt in ihrem Ergänzungsgutachten vom 28.09.2021 (...) zusammenfassend aus:

„Ausgehend davon, dass die Abdichtung jedoch seit der Gebäudeherstellung vor rd. 70 Jahren nicht überarbeitet oder saniert wurde, ist die Abnutzung der Abdichtung im vorgefundenen Umfang üblich. Diese tritt aus der Erfahrung heraus etwa mit dem Ablauf der oben genannten durchschnittlichen Nutzungsdauer zwischen 30 und 40 Jahren nach Gebäudeherstellung ein.“

22 In rechtlicher Bewertung führen diese Ausführungen dazu, dass es bei einem unsanierten Haus aus den 1950er Jahren schon an einem Mangel fehlt, wenn die Kelleraußenwände wegen einer fehlenden Abdichtung durchfeuchtet sind.

(...)

Bürgerliches Recht

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

2. Auslegung eines notariellen Grundstückskaufvertrags bezüglich des Mitverkaufs eines nicht im Eigentum des Verkäufers stehenden Nachbargrundstücks

BGH, Urteil vom 23.06.2023, V ZR 89/22 (Vorinstanz: OLG Oldenburg, Beschluss vom 29.04.2022, 14 U 300/21)

BGB §§ 196, 200, 218, 241 Abs. 2, § 275 Abs. 1, § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 311b Abs. 1 Satz 1, § 323 Abs. 5 Satz 1, § 326 Abs. 5, § 433 Abs. 1, § 434

LEITSÄTZE:

1. Zur Beschaffenheit eines verkauften Grundstücks gehört es nicht, dass es sich auf ein Nachbargrundstück erstreckt; eine solche Vereinbarung legt den Kaufge-

genstand selbst und nicht lediglich dessen Beschaffenheit fest.

2. Der Wortsinn einer in einem notariellen Grundstückskaufvertrag enthaltenen Erklärung ist nicht maßgeblich, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien in der Erklärung Begriffe anders als nach dem Wortsinn verstehen oder mit Flurstücks- oder Grundbuchangaben andere Vorstellungen über den verkauften Grundbesitz verbinden (sog. versehentliche Falschbezeichnung bzw. falsa demonstratio). Eine solche Falschbezeichnung ändert nach § 133 BGB nichts daran, dass – wie auch sonst – nicht das fehlerhaft Erklärte, sondern das wirklich Gewollte gilt.
3. Aus dem Umstand, dass die Kaufvertragsparteien die tatsächlichen Verhältnisse des im Eigentum des Verkäufers stehenden Grundstücks bei einer Besichtigung zur Kenntnis genommen haben, kann, auch wenn dieses Grundstück und das angrenzende Nachbargrundstück scheinbar eine Einheit bilden, nur im Ausnahmefall auf eine Einigung über den Mitverkauf des nicht im Eigentum des Verkäufers stehenden Nachbargrundstücks geschlossen werden (Abgrenzung zu Senat, Urteil vom 18.01.2008, V ZR 174/06, NJW 2008, 1658)
4. Weckt der Verkäufer eines Grundstücks bei dem Käufer vor Vertragsschluss falsche – einseitige – Vorstellungen über den tatsächlichen Umfang seines Eigentums oder erkennt er eine entsprechende Fehlvorstellung über den Grenzverlauf, klärt den Käufer aber nicht über den wahren Grenzverlauf auf, fehlt es in aller Regel an einer Einigung über den Verkauf eines scheinbar zu dem Grundstück des Verkäufers zugehörigen fremden Grundstücks. Der Verkäufer kann allerdings wegen Verschuldens bei Vertragsschluss zum Schadensersatz verpflichtet sein.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

3 I. Nach Auffassung des Berufungsgerichts scheidet ein Rücktritt von dem Kaufvertrag aus. Der Kaufgegenstand sei in dem notariellen Kaufvertrag eindeutig bezeichnet und umfasse nur das Flurstück 291/3. Ob die Beklagten vor Vertragsabschluss erklärt haben, das Grundstück stehe im Umfang seiner natürlichen Abgrenzungen einschließlich der zu dem Flurstück 277/22 gehörenden Fläche in ihrem Eigentum, könne dahinstehen. Eine Vereinbarung über die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes sei nicht zustande gekommen, weil eine solche Erklärung keinen Niederschlag in dem formbedürftigen Vertrag gefunden habe. Nach der Rechtsprechung des BGH sei daher grundsätzlich davon auszugehen, dass den Parteien insoweit der Rechtsbindungswille fehle. Ein etwaiger Anspruch aus vorvertraglichem Verschulden sei verjährt. Schließlich bestehe auch kein Bereicherungsanspruch, weil eine Anfechtung mehr als zehn Jahre nach Vertragsschluss ausgeschlossen sei.

4 II. Das hält revisionsrechtlicher Überprüfung im Ergebnis stand.

5 1. Mit der gegebenen Begründung lässt sich der geltend gemachte Anspruch auf Rückabwicklung des Kaufvertrags allerdings nicht verneinen. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt ein aus kaufrechtlicher Sachmängelhaftung hergeleitetes Rücktrittsrecht gemäß § 434 BGB i. V. m. § 437 Nr. 2 BGB von vornherein nicht in Betracht. Zur Beschaffenheit eines verkauften Grundstücks – hier: Flurstück 291/3 – gehört es nicht, dass es sich auf ein Nachbargrundstück – hier: Flurstück 277/22 – erstreckt. Dies könnte auch nicht Gegenstand einer Beschaffenheitsvereinbarung sein; eine solche Vereinbarung legt vielmehr den Kaufgegenstand selbst und nicht lediglich dessen Beschaffenheit fest (vgl. Senat, Urteil vom 11.11.2011, V ZR 245/10, NJW 2012, 846 Rdnr. 9). Die Tatsache, dass sich ein verkauftes Grundstück nicht auf ein Nachbargrundstück erstreckt, kann allenfalls unter besonderen Umständen dazu führen, dass dem verkauften Grundstück selbst eine vereinbarte Beschaffenheit fehlt (vgl. Senat, Urteil vom 16.03.1973, V ZR 118/71, BGHZ 60, 319 zu dem Verkauf eines – vermeintlichen – Seegrundstücks). Solche besonderen Umstände liegen hier nicht vor.

6 2. Dieser Rechtsfehler hat sich indes im Ergebnis nicht ausgewirkt. Denn ein Anspruch der Kläger auf Rückabwicklung des Grundstückskaufvertrages kommt auch unter keinem anderen denkbaren rechtlichen Gesichtspunkt in Betracht.

7 a) Insbesondere ergibt sich, anders als die Revision meint, ein auf § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 326 Abs. 5, § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB gestützter Anspruch auf Rückabwicklung nicht daraus, dass sich die Parteien unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Senats zur sog. falsa demonstratio auf den Verkauf eines Grundstücks geeinigt hätten, das sowohl das Flurstück 291/3 als auch das Flurstück 277/22 umfasste.

8 aa) Hierbei ist allerdings entgegen der von dem Beklagtenvertreter in der mündlichen Verhandlung vertretenen Ansicht zugunsten der Kläger für das Revisionsverfahren zu unterstellen, dass sie, sofern eine Einigung im vorstehenden Sinne, also gerichtet auf ein aus beiden Flurstücken bestehendes Grundstück erfolgt wäre, allein an dem Flurstück 291/3 kein Interesse im Sinne des § 323 Abs. 5 Satz 1 BGB hätten und daher zum Rücktritt vom ganzen Vertrag berechtigt wären. Denn ob es sich etwa um eine ganz untergeordnete Fläche handelt, kann der Senat in Ermangelung von Feststellungen (§ 559 Abs. 1 ZPO) zu den tatsächlichen Verhältnissen des mit dem Wohnhaus bebauten Flurstücks 291/3 nicht selbst beurteilen.

9 bb) Anders als die Beklagten meinen, steht auch nicht fest, dass der Rücktritt von einem nach Ansicht der Revision über beide Flurstücke geschlossenen Kaufvertrag bereits an der erhobenen Einrede der Verjährung scheitert. Auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen lässt sich nicht beurteilen, ob ein von den Klägern erklärter Rücktritt gemäß § 218 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB unwirksam wäre.

10 (I) Nach § 218 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB ist der Rücktritt u. a. dann unwirksam, wenn der Schuldner nach § 275 Abs. 1 BGB nicht zu leisten braucht und der Anspruch auf



die Leistung verjährt wäre. Für den Anspruch auf Übereignung des Grundstücks richtet sich die Verjährung nach § 196 BGB und beträgt zehn Jahre. Die Verjährungsfrist beginnt gemäß § 200 Satz 1 BGB mit der Entstehung des Anspruchs. Hierunter ist der Zeitpunkt zu verstehen, in welchem der Anspruch erstmalig geltend gemacht und notfalls im Wege der Klage durchgesetzt werden kann. In der Regel ist damit, sofern keine besonderen Absprachen getroffen sind, der Zeitpunkt der Fälligkeit (§ 271 BGB) maßgebend (vgl. Senat, Urteil vom 17.12.1999, V ZR 448/98, WM 2000, 536, 537 m. w. N.).

11 (2) Ein auf die Übereignung eines Grundstücks gerichteter kaufvertraglicher Anspruch wird regelmäßig nicht bereits mit Vertragsschluss fällig. Denn üblicherweise werden in einem Grundstückskaufvertrag Regelungen getroffen, um den Verkäufer davor zu schützen, dass er das Eigentum an seinem Grundstück verliert, ohne den Kaufpreis zu erhalten (vgl. Senat, Beschluss vom 01.10.2020, V ZB 67/19, ZfIR 2021, 74 Rdnr. 23; NK-BGB/*Grziwotz*, 5. Aufl., § 925 Rdnr. 39 ff.; *Staudinger/Diehn*, Neub. 2021, § 925 Rdnr. 143 ff., jew. m. w. N.). Solche Regelungen zur Sicherung des Verkäufers können dazu führen, dass der Anspruch auf Eigentumsverschaffung, der auch die Pflicht des Verkäufers umfasst, bei den zur Grundbucheintragung erforderlichen Maßnahmen mitzuwirken (vgl. Senat, Urteil vom 30.04.1971, V ZR 177/68, WM 1971, 937; Urteil vom 19.10.2007, V ZR 211/06, BGHZ 174, 61 Rdnr. 32), erst mit dem Nachweis der Kaufpreiszahlung fällig wird.

12 (3) Wann der Eigentumsverschaffungsanspruch fällig geworden und ob der Rücktritt ausgehend hiervon rechtzeitig erfolgt ist, steht indes nicht im Sinne von § 559 ZPO fest. Denn das Berufungsgericht nimmt zwar die tatsächlichen Feststellungen des LG in Bezug (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO), diese enthalten aber weder die vertraglichen Regelungen noch eine konkrete Bezugnahme, sondern lediglich eine unzulässige (vgl. Senat, Beschluss vom 20.11.2014, V ZB 204/13, ZWE 2015, 97 Rdnr. 5) pauschale Verweisung auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen.

13 cc) Entgegen der Revision ist aber weder den getroffenen Feststellungen noch dem von ihr in Bezug genommenen Klägervortrag zu entnehmen, dass die Parteien sich auf den Kauf eines aus den beiden Flurstücken 291/3 und 277/22 bestehenden Grundstücks geeinigt und den Kaufgegenstand in dem notariellen Kaufvertrag nur versehentlich falsch bezeichnet haben.

14 (1) Bei der Auslegung des notariellen Kaufvertrags ist, wie auch das Berufungsgericht richtig gesehen hat, zunächst der Wortlaut der notariellen Vertragsurkunde in den Blick zu nehmen. Danach bestand lediglich eine Verpflichtung der Beklagten zur Übertragung des Flurstücks 291/3.

15 (a) Für die Auslegung eines – hier gemäß § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB – formbedürftigen Vertrages können nach der Rechtsprechung des BGH zwar auch außerhalb der Urkunde liegende Umstände herangezogen werden. Dies setzt aber grundsätzlich voraus, dass der einschlägige rechtsgeschäftliche Wille der Parteien in der formgerechten Urkunde einen, wenn auch nur unvollkommenen, Ausdruck gefun-

den hat (st. Rspr., vgl. Senat, Urteil vom 20.12.1974, V ZR 132/73, BGHZ 63, 359, 362; Urteil vom 25.03.1983, V ZR 268/81, BGHZ 87, 150, 154; Urteil vom 21.10.2016, V ZR 78/16, NJW-RR 2017, 712 Rdnr. 22).

16 (b) Daran fehlt es. Eine (auch) auf das Flurstück 277/22 bezogene Vereinbarung hat in der Urkunde keinen auch nur unvollkommenen Ausdruck gefunden, sodass nach dem Wortlaut der Vertragsurkunde davon auszugehen ist, dass die Beklagten das als Flurstück 291/3 bezeichnete Grundstück nur in dem Zuschnitt und Umfang verkaufen wollten wie aus dem Grundbuch und dem Liegenschaftskataster ersichtlich (vgl. Senat, Urteil vom 18.01.2008, V ZR 174/06, NJW 2008, 1658 Rdnr. 10; Urteil vom 12.10.2012, V ZR 187/11, NJW-RR 2013, 789 Rdnr. 20; Urteil vom 21.10.2016, V ZR 78/16, NJW-RR 2017, 712 Rdnr. 21).

17 (2) Allerdings gilt das Erfordernis des zumindest andeutungsweisen Niederschlags des Vereinbarten in der Urkunde bei einer versehentlichen Falschbezeichnung nicht (vgl. Senat, Urteil vom 18.01.2008, V ZR 174/06, NJW 2008, 1658 Rdnr. 13).

18 (a) Der Wortsinn einer in einem notariellen Grundstückskaufvertrag enthaltenen Erklärung ist nicht maßgeblich, wenn feststeht, dass die Vertragsparteien in der Erklärung Begriffe anders als nach dem Wortsinn verstehen oder mit Flurstücks- oder Grundbuchangaben andere Vorstellungen über den verkauften Grundbesitz verbinden (sog. versehentliche Falschbezeichnung bzw. *falsa demonstratio*). Eine solche Falschbezeichnung ändert nach § 133 BGB nichts daran, dass – wie auch sonst – nicht das fehlerhaft Erklärte, sondern das wirklich Gewollte gilt. Dieser Grundsatz ist nach gefestigter Rechtsprechung des Senats, die schon auf das Reichsgericht zurückgeht, auch auf formgebundene Rechtsgeschäfte anzuwenden (vgl. Senat, Urteil vom 25.03.1983, V ZR 268/61, BGHZ 87, 150, 152 f. m. w. N.; Urteil vom 21.10.2016, V ZR 78/16, NJW-RR 2017, 712 Rdnr. 21).

19 (b) Dies steht auch nicht in Widerspruch zu der von dem Berufungsgericht herangezogenen Rechtsprechung des Senats (Urteil vom 06.11.2015, V ZR 78/14, BGHZ 207, 349 Rdnr. 15) zur wirksamen Begründung einer Beschaffenheitsvereinbarung in einem formbedürftigen Kaufvertrag (so aber *MünchKomm-BGB/Einsele*, 9. Aufl., § 125 Rdnr. 38; *Baer*, ZfIR 2016, 360 f.).

20 (aa) Für die Begründung einer formwirksamen Vereinbarung über die Beschaffenheit des Kaufgegenstandes in einem Grundstückskaufvertrag gilt, dass der Wille der Parteien einen – wenn auch nur unvollkommenen – Ausdruck in der Urkunde gefunden haben muss. Daher führt eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes durch den Verkäufer vor Vertragsschluss, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung, weil die Parteien nicht davon ausgehen können, dass im Vorfeld des Vertragsschlusses erteilte Informationen über das Grundstück oder über das auf diesem Grundstück stehende Gebäude zum Inhalt der vertraglichen Verpflichtungen werden, wenn diese nicht als geschuldete Beschaffenheit im Kaufvertrag erwähnt werden (vgl. Senat, Urteil vom 06.11.2015,

V ZR 78/14, BGHZ 207, 349 Rdnr. 15; Urteil vom 22.04.2016, V ZR 23/15, ZfIR 2016, 785 Rdnr. 18).

21 (bb) Hierin liegt der entscheidende Unterschied zu einer versehentlichen Falschbezeichnung des Kaufgegenstandes. Bei einer solchen *falsa demonstratio* verstehen die Parteien nämlich das objektiv Erklärte anders, weil sie tatsächlich etwas anderes vereinbart haben und – irrtümlich – davon ausgehen, dies auch im Vertrag zum Ausdruck gebracht zu haben. Der Kaufgegenstand ist im Vertrag – wenn auch fehlerhaft – entsprechend der Einigung der Parteien bezeichnet, sodass dem Formerfordernis Genüge getan ist. Beurkundet ist dann das wirklich Gewollte, nur falsch Bezeichnete (vgl. Senat, Urteil vom 18.01.2008, V ZR 174/06, NJW 2008, 1658 Rdnr. 13; Urteil vom 12.10.2012, V ZR 187/11, NJW-RR 2013, 789 Rdnr. 20; Urteil vom 21.10.2016, V ZR 78/16, NJW-RR 2017, 712 Rdnr. 22).

22 (cc) Die unterschiedliche Behandlung dieser beiden Konstellationen rechtfertigt sich aus der Überlegung, dass in den Fällen der versehentlichen Falschbezeichnung die von den Parteien übereinstimmend verstandene Regelung in der notariellen Urkunde enthalten ist. Lediglich bei der Auslegung der getroffenen Vereinbarung muss auf außerurkundliche Umstände zurückgegriffen werden. Bei vorvertraglichen Erklärungen zur Beschaffenheit des Kaufgegenstandes, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag finden, liegt dagegen keine versehentliche Falschbezeichnung vor, sondern es fehlt regelmäßig an einem entsprechenden Rechtsbindungswillen und damit an einer Beschaffenheitsvereinbarung (näher Senat, Urteil vom 06.11.2015, V ZR 78/14, BGHZ 207, 349 Rdnr. 17 f. m. w. N.).

23 (3) Es steht aber weder fest noch lässt sich dem Vortrag der Kläger entnehmen, dass die Vertragsparteien in der Erklärung Begriffe anders als nach dem Wortsinn verstanden oder mit Flurstücks- oder Grundbuchangaben andere, von den Angaben im Grundbuch und Liegenschaftskataster abweichende Vorstellungen über den verkauften Grundbesitz verbunden haben.

24 (a) Zu einer versehentlichen Falschbezeichnung kann es zunächst dadurch kommen, dass die Parteien eines Grundstückskaufvertrags die Parzellenbezeichnung verwechseln oder vergessen, eine von mehreren verkauften Parzellen im notariellen Vertrag aufzuführen (vgl. Senat, Urteil vom 25.03.1983, V ZR 268/81, BGHZ 87, 150, 152).

25 (b) Angewendet hat der Senat die Grundsätze der *falsa demonstratio* außerdem, wenn im Vertragstext als Kaufgegenstand irrtümlich das gesamte Grundstück genannt wird, obwohl nur eine bestimmte Teilfläche verkauft und übereignet werden soll (vgl. Senat, Urteil vom 07.12.2001, V ZR 65/01, NJW 2002, 1038; Urteil vom 12.10.2012, V ZR 187/11, NJW-RR 2013, 789). Ebenfalls bejaht hat der Senat die Anwendung der Grundsätze der *falsa demonstratio* für den Verkauf einer Fläche, die zwar in dem notariellen Kaufvertrag versehentlich nicht bezeichnet war, die aber nach den Umständen des Einzelfalls mitverkauft sein sollte (vgl. Senat, Urteil vom 23.06.1967, V ZR 4/66, WM 1967, 701 für den Verkauf eines ganzen Buchenwalds; Urteil vom

18.01.2008, V ZR 174/06, NJW 2008, 1658 für den Verkauf einer ganzen Parkanlage).

26 (c) Dass mehr oder weniger verkauft werden soll als in dem notariellen Grundstückskaufvertrag genannt, ist allerdings eine eng begrenzte Ausnahme. Grundsätzlich soll das Grundstück nur in dem aus dem Grundbuch und dem Liegenschaftskataster ersichtlichen Zuschnitt und Umfang verkauft werden (vgl. Senat, Urteil vom 18.01.2008, V ZR 174/06, NJW 2008, 1658 Rdnr. 10; Urteil vom 12.10.2012, V ZR 187/11, NJW-RR 2013, 789 Rdnr. 20; Urteil vom 21.10.2016, V ZR 78/16, NJW-RR 2017, 712 Rdnr. 21). Dass der Grenzverlauf in der Natur häufig nur ungenau abgebildet wird, darf als bekannt vorausgesetzt werden und führt in aller Regel nicht zu der beidseitigen Vorstellung, die Grenzeinrichtung bestimme Maß und Größe (ebenso *Krüger*, ZNotP 2009, 2, 4; zu weitgehend daher OLG Hamm, NJW-RR 1992, 152, 153).

27 (d) Dies gilt umso mehr, wenn das vermeintlich mitverkauft, im Vertrag aber nicht bezeichnete Grundstück nicht im Eigentum des Verkäufers steht. Denn es stellt den absoluten Regelfall dar, dass der Verkäufer eines Grundstücks nur das ihm gehörende Grundstück, nicht aber auch das nicht in seinem Eigentum stehende Nachbargrundstück oder auch nur Teile davon verkaufen will. Auch der Käufer geht in aller Regel hiervon aus. Etwas anderes ergibt sich insbesondere nicht schon aus einer gemeinsamen Besichtigung des Grundstücks. Aus dem Umstand, dass die Kaufvertragsparteien die tatsächlichen Verhältnisse des im Eigentum des Verkäufers stehenden Grundstücks bei einer Besichtigung zur Kenntnis genommen haben, kann, auch wenn dieses Grundstück und das angrenzende Nachbargrundstück scheinbar eine Einheit bilden, nur im Ausnahmefall auf eine Einigung über den Mitverkauf des nicht im Eigentum des Verkäufers stehenden Nachbargrundstücks geschlossen werden. Nicht jede Abweichung etwa der Einfriedung von der vermessenen Grundstücksgrenze rechtfertigt die Annahme, dass die Parteien nicht das vermessene, sondern das bei der Besichtigung in seinen tatsächlichen Grenzen wahrgenommene Grundstück zum Vertragsgegenstand machen wollen und dieses im notariellen Grundstückskaufvertrag lediglich versehentlich falsch bezeichnet haben. Hierfür bedarf es vielmehr besonderer und gewichtiger Indizien.

28 (e) Insbesondere scheidet die Anwendung der Grundsätze der *falsa demonstratio* von vornherein aus, wenn die Parteien nicht einem beidseitigen Irrtum unterliegen, sondern der Verkäufer den tatsächlichen, von den natürlichen Gegebenheiten vor Ort abweichenden Grenzverlauf kennt und den Käufer hierüber nicht, wie geboten, aufklärt. Weckt der Verkäufer eines Grundstücks bei dem Käufer vor Vertragsschluss falsche – einseitige – Vorstellungen über den tatsächlichen Umfang seines Eigentums oder erkennt er eine entsprechende Fehlvorstellung über den Grenzverlauf, klärt den Käufer aber nicht über den wahren Grenzverlauf auf, fehlt es in aller Regel an einer Einigung über den Verkauf eines scheinbar zu dem Grundstück des Verkäufers zugehörigen fremden Grundstücks; ein Fall der nur versehentlichen Falschbezeichnung durch Benennung allein des

im Eigentum des Verkäufers stehenden Grundstücks ist dann nicht gegeben und es besteht kein auf das fremde Nachbargrundstück gerichteter Erfüllungsanspruch. Der Verkäufer kann allerdings wegen Verschuldens bei Vertragsschluss zum Schadensersatz verpflichtet sein (vgl. Senat, Urteil vom 11.11.2011, V ZR 245/10, NJW 2012, 846 Rdnr. 6).

29 (f) Es ist nach alledem zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls auch bezüglich eines nicht im Eigentum des Verkäufers stehenden Grundstücks zur Bejahung einer dieses Grundstück einschließenden Einigung unter Anwendung der Grundsätze der *falsa demonstratio* zu gelangen (vgl. Senat, Urteil vom 18.01.2008, V ZR 174/06, NJW 2008, 1658 Rdnr. 12 für den Verkauf einer gesamten, sich auf das Nachbargrundstück erstreckenden parkähnlichen Gartenanlage). Vorliegend ergeben sich für eine solche lediglich ausnahmsweise anzunehmende Einigung aber weder aus den getroffenen Feststellungen noch bei Zugrundlegung des von der Revision aufgezeigten Klägervortrags hinreichende Anhaltspunkte.

30 (aa) Ausweislich der von dem Berufungsgericht in Bezug genommenen Feststellungen des LG haben die Kläger behauptet, dass sie bei Abschluss des notariellen Kaufvertrags davon ausgegangen seien, dass das Flurstück 277/22 mitveräußert sei. Die Beklagten hätten sie nicht über die Eigentumsverhältnisse bezüglich des Flurstücks 277/22 aufgeklärt. Grundlage des Kaufvertrags sei nach einer Abrede mit den Beklagten gewesen, dass die Kläger das Flurstück 277/22 mit erwerben würden. Die Revision verweist ergänzend auf Klägervortrag dazu, dass die Beklagten bei Begehung des Grundbesitzes zugesichert hätten, dass die in Natur vorhandene und als Gesamtobjekt aufzufassende Immobilie mit den dort vorhandenen Abgrenzungen in der Natur vollständig in ihrem Eigentum stehe. Sämtliche Vertragsbeteiligten seien davon ausgegangen, dass das Flurstück 277/22 „integraler Bestandteil des verkauften Grundbesitzes“ sei. An dieser Erklärung müssten die Beklagten sich festhalten lassen, obwohl sie zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses Kenntnis von dem fremden Eigentum des Nachbarn gehabt hätten. Den Beklagten sei bei Beurkundung des Grundstückskaufvertrags bewusst gewesen, dass es den Klägern auch auf das Flurstück 277/22 entscheidend angekommen sei; sie hätten allerdings die wirklichen Eigentumsverhältnisse verschwiegen.

31 (bb) Daraus lässt sich keine Einigung auf den Mitverkauf des im Eigentum des Nachbarn stehenden Flurstücks, die im notariellen Kaufvertrag lediglich versehentlich falsch wiedergegeben worden wäre, herleiten. Auszugehen ist, wie ausgeführt (oben Rdnr. 26), zunächst davon, dass die Beklagten (nur) das in ihrem Eigentum stehende und auch im Kaufvertrag genannte Grundstück so verkaufen wollten, wie es aus dem Grundbuch und dem Liegenschaftskataster ersichtlich war. Auch die Kläger konnten, obwohl sie das Flurstück 277/22 als dem Flurstück 291/3 zugehörig begriffen haben, nicht ohne Weiteres davon ausgehen, dass die Beklagten mehr verkaufen wollten, als ihnen selbst gehörte. Und selbst wenn auch die Beklagten davon ausgegangen

sein sollten, dass das Flurstück des Nachbarn (277/22) Bestandteil ihres eigenen Grundstücks (291/3) war, sind keinerlei Anhaltspunkte festgestellt oder von der Revision vorgebracht, die ausnahmsweise auf den auch von den Klägern so zu verstehenden Willen der Beklagten hindeuten könnten, mehr verkaufen zu wollen als das, was nach dem Grundbuch und dem Liegenschaftskataster in ihrem Eigentum stand. Hierfür genügt, wie ausgeführt (oben Rdnr. 27), insbesondere die gemeinsame Besichtigung nicht. Sollten die Beklagten dagegen Kenntnis von den wahren Eigentumsverhältnissen gehabt und die Kläger hierüber fahrlässig oder vorsätzlich im Unklaren gelassen haben – der von der Revision aufgezeigte Klägervortrag ist insoweit nicht eindeutig –, gälte nichts anderes. Dann fehlt es erst recht an einer Einigung auf einen Mitverkauf des fremden Flurstücks, dessen Aufnahme in den notariellen Kaufvertrag lediglich versehentlich unterblieben wäre.

32 b) Ein auf der Grundlage des Klägervorbringens grundsätzlich in Betracht kommender Anspruch aus culpa in contrahendo gemäß § 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2 BGB ist allerdings verjährt.

33 aa) Haben die Beklagten, wovon für die Revisionsinstanz auszugehen ist, einen Irrtum der Kläger über den Grenzverlauf und damit den Umfang des zu verkaufenden Grundstücks hervorgerufen oder einen solchen Irrtum erkannt, aber nicht berichtigt, scheidet zwar eine Einigung auf den Mitverkauf des Nachbargrundstücks und eine lediglich versehentliche Falschbezeichnung im Kaufvertrag aus. Es kommt dann aber eine Inanspruchnahme der Beklagten wegen culpa in contrahendo (§ 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 Nr. 1, § 241 Abs. 2 BGB) in Betracht (vgl. Senat, Urteil vom 11.11.2011, V ZR 245/10, NJW 2012, 846 Rdnr. 6). Eine Haftung der Beklagten dem Grunde nach wäre dann, da der Anwendungsbereich der Sachmängelhaftung nicht eröffnet ist (oben Rdnr. 5), auch nicht davon abhängig, ob sie nur fahrlässig oder sogar vorsätzlich gehandelt haben (vgl. Senat, Urteil vom 11.11.2011, V ZR 245/10, a. a. O. Rdnr. 9; zur Abgrenzung Senat, Urteil vom 08.04.2011, V ZR 185/10, NJW 2011, 2128 Rdnr. 25).

34 bb) Ein solcher Anspruch kann zwar auf Rückabwicklung gerichtet sein, wenn die von den Beklagten versprochene Leistung, hier also (nur) das Flurstück 291/3 ohne das Flurstück 277/22, für die Zwecke der Kläger nicht geeignet ist und hierin der Schaden besteht (vgl. Senat, Urteil vom 26.09.1997, V ZR 29/96, NJW 1998, 302; Urteil vom 19.12.1997, V ZR 112/96, NJW 1998, 898). Auch davon ist nach dem Klägervortrag auszugehen. Dieser Anspruch ist aber, wie das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend erkannt hat, verjährt. Die Verjährung richtet sich nach §§ 196, 200 BGB, da § 196 BGB nach der Rechtsprechung des Senats auch Rückabwicklungsansprüche aus einem Grundstückskaufvertrag erfasst (vgl. Senat, Urteil vom 25.01.2008, V ZR 118/07, NJW-RR 2008, 824 Rdnr. 20; Staudinger/Peters/Jacoby, Neub. 2019, § 196 Rdnr. 6). Danach verjährt der Anspruch in zehn Jahren, wobei die Verjährungsfrist mit der Entstehung des Anspruchs beginnt. Da der Schaden nach dem Klägervortrag in der Eingehung der für ihre Zwecke ungeeigneten vertraglichen Verpflichtung besteht, ist der An-

spruch mit Abschluss des Grundstückskaufvertrages im Jahr 2009 entstanden. Auf die Kenntnis der Kläger kommt es für den Verjährungsbeginn nach § 200 Satz 1 BGB nicht an. Die im Jahr 2020 eingegangene Klage konnte die Verjährung daher nicht mehr hemmen.

35 c) Die Ausführungen des Berufungsgerichts zum Abschluss des Anfechtungsrechts nimmt die Revision – zu Recht, da seit der Abgabe der Willenserklärung der Kläger zehn Jahre verstrichen sind – hin.

(...)

3. Veränderungen am Sondereigentum ohne Zustimmung des Vorkaufsberechtigten

BGH, Beschluss vom 15.06.2023, V ZB 5/22 (Vorinstanz: OLG Nürnberg, Beschluss vom 31.01.2022, 15 W 3950/21)

BGB §§ 876, 877, 1095, 1098
WEG § 5 Abs. 4

LEITSÄTZE:

1. Der Berechtigte eines dinglichen Vorkaufsrechts an einem Wohnungseigentum wird durch die reale Teilung des Grundstücks vor Eintritt des Vorkaufsfalls in seiner dinglichen Rechtsstellung nicht berührt, da sich das Vorkaufsrecht an dem abgeschriebenen, neuen Grundstück fortsetzt. Infolgedessen erfordert die Realteilung für sich genommen nicht die Zustimmung des dinglich Vorkaufsberechtigten.
2. Die Aufhebung des Sondereigentums vor Eintritt des Vorkaufsfalls bedarf nicht der Zustimmung des dinglich Vorkaufsberechtigten.
3. Die Änderung einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer (hier: Aufhebung des Sondernutzungsrechts) bedarf ebenfalls nicht der Zustimmung des Berechtigten eines dinglichen Vorkaufsrechts an einem Wohnungseigentum.

Hinweis der Schriftleitung: Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2023, 776.

4. Zu den Grenzen der Ausgestaltung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 19.05.2023, 5 W 12/23

BGB § 1093

LEITSATZ:

Ein als beschränkte persönliche Dienstbarkeit vereinbartes Wohnungsrecht kann nicht mit dem Inhalt bestellt werden, dass der Wohnungsberechtigte – auch – mit dinglicher

Wirkung dazu verpflichtet sein soll, die anfallenden Kosten der Versicherungen sowie die Grundsteuer zu tragen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Antragsteller zu 1 ist als Eigentümer des mit einem Wohnhaus bebauten Grundstücks Flur 1, Flurstück (...), S in P, in das Grundbuch von H eingetragen. Bei dem Antragsteller zu 2 handelt es sich um den Sohn des Antragstellers zu 1. Durch notarielle Urkunde vom 06.12.2022 des Notariats (...) (Urk.-Nr. [...] J, Bl. 22 GA) übertrug der Antragsteller zu 1 dem Antragsteller zu 2 das eingangs bezeichnete Grundstück zu Alleineigentum. Als Gegenleistung wurde dem Antragsteller zu 1 und dessen – vor dem Notar ebenfalls anwesenden – Ehefrau ein lebenslanges unentgeltliches Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht unter Ausschluss des jeweiligen Eigentümers sowohl für das Wohnhaus als auch für das unbebaute Grundstück bewilligt. Des Weiteren sieht der notarielle Vertrag vor:

„(...) Die berechtigte Person trägt die Kosten für Strom, Wasser, Gas und Heizung, für Müllabfuhr-, Straßenreinigung- und Kaminkehrergebühren, die für den gesamten Vertragsgegenstand anfallenden Versicherungen, die Grundsteuer, die sonstigen laufenden Hauskosten sowie den gewöhnlichen Erhaltungsaufwand. (...)“

2 Mit Antrag vom 06.12.2022 beehrten die Antragsteller die Eigentumsumschreibung, die Eintragung des Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts sowie die Eintragung einer im notariellen Vertrag ebenfalls vorgesehenen Rücküberweisungsvormerkung (...). Mit Verfügung vom 12.12.2022 sowie angegangener Zwischenverfügung 16.01.2023 (...) lehnte das Grundbuchamt die Eintragung des Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts mit der Begründung ab, dieses könne nicht mit dem Inhalt bestellt werden, dass der Wohnungsberechtigte die auf den Vertragsgegenstand anfallenden Versicherungen und die Grundsteuer zu tragen habe. Eine solche Regelung sei nur schuldrechtlich, nicht aber dinglich möglich.

3 Der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsteller hat dagegen mit Schriftsatz vom 19.01.2023 (...) bei dem Saarländischen OLG Beschwerde eingelegt.

4 II. Der Senat hat davon abgesehen, das unmittelbar bei ihm als Beschwerdegericht eingelegte Rechtsmittel dem Grundbuchamt vorab zur Durchführung des Abhilfeverfahrens nach § 75 GBO zuzuleiten, sondern im Beschleunigungsinteresse von seiner Befugnis Gebrauch gemacht, in der Sache sogleich selbst zu entscheiden (vgl. OLG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 06.11.2013, 12 Wx 26/13, FGPrax 2014, 56; OLG Köln, Beschluss vom 03.01.2011, I-2 Wx 197/10, FGPrax 2011, 172 m. w. N.)

5 Die gemäß §§ 71 ff. GBO zulässige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamts vom 16.01.2023 (§ 18 Abs. 1 GBO) ist aus den zutreffenden Gründen der angefochtenen Entscheidung, auf die der Senat vorab zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt und die durch das Beschwerdevorbringen nicht ausgeräumt werden, unbegründet.



6 1. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet allein das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis, auf das sich die angefochtene Zwischenverfügung bezieht. Insoweit ist das Grundbuchamt zu Recht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Verpflichtung der Wohnungsberechtigten, die auf den Vertragsgegenstand entfallende Versicherung und Grundsteuer zu tragen, nicht zum Inhalt des dinglichen Wohnungsrechts gemacht werden kann.

7 a) Der Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit in der Form des Wohnungsrechts gemäß § 1093 Abs. 1 Satz 1 BGB ist durch die Verweisung in § 1090 Abs. 2 BGB auf bestimmte Vorschriften der Grunddienstbarkeit und durch weitere Verweisung in § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB auf Vorschriften des Nießbrauchsrechts gekennzeichnet. Dieser Inhalt kann grundsätzlich nicht durch Vertrag abweichend bestimmt werden, weil auf dem Gebiet des Sachenrechts die Gestaltungsfreiheit weitgehend ausgeschlossen ist. Das Gesetz bestimmt nicht nur die Zahl der dinglichen Rechte abschließend, sondern schreibt auch ihren Inhalt zwingend vor (BayObLG, Beschluss vom 29.07.1988, BReg. 2 Z 76/88, NJW-RR 1989, 14; Beschluss vom 18.06.1980, BReg. 2 Z 28/80, MDR 1980, 385).

8 Dieser Grundsatz gilt allerdings nicht uneingeschränkt. Abweichende Vereinbarungen über den Inhalt eines dinglichen Rechts sind dann nicht nur mit schuldrechtlicher, sondern auch mit dinglicher Wirkung möglich, wenn entweder das Gesetz selbst die Abänderbarkeit vorsieht oder zulässt oder wenn bei einer Änderung des Inhalts eines Rechts nicht gegen tragende und zwingende Grundprinzipien verstoßen wird, die das Recht prägen (BayObLG, jew. a. a. O.). Hieraus folgt dann die Eintragungsfähigkeit der entsprechenden Vereinbarung im Grundbuch (BayObLG, Beschluss vom 18.07.1980, a. a. O.).

9 b) Diese Grundsätze gelten auch für das im Streit stehende dingliche Wohnungsrecht des § 1093 BGB. Dies bedeutet, dass der Inhalt des Wohnungsrechts im Einzelnen durch Vereinbarung der Parteien auch mit dinglicher Wirkung (und damit im Grundbuch eintragungsfähig) insoweit geregelt werden kann, als das Wesen dieser dinglichen Belastung nicht geändert und nicht gegen als zwingend anzusehende gesetzliche Vorschriften (insbesondere hinsichtlich der Wesensmerkmale der beschränkt persönlichen Dienstbarkeit, der grundsätzlichen Nichtübertragbarkeit des Wohnungsrechts sowie des Ausschlusses des Eigentümers) verstoßen wird (BayObLG, Beschluss vom 18.06.1980, a. a. O.).

10 Soweit vorliegend das Wohnungsrecht jedoch mit dinglicher Wirkung dahin gehend vereinbart wurde, dass die Wohnungsberechtigten – auch – die für den Vertragsgegenstand anfallenden Kosten der Versicherungen sowie die Grundsteuer zu tragen haben, verstößt diese Regelung gegen als zwingend anzusehende gesetzliche Vorschriften.

11 Hauptinhalt des Wohnungsrechts ist die Nutzung des Gebäudes oder eines Teils davon als Wohnung. Diese Nutzung ist grundsätzlich unentgeltlich (BayObLG, jew. a. a. O.). Bei der Verweisung in § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB auf einzelne Vorschriften über das Nießbrauchsrecht fehlt eine Verweisung sowohl auf § 1045 BGB als auch auf § 1047 BGB.

Den Wohnungsrechtsinhaber trifft danach zwar die Unterhaltungspflicht aus § 1041 BGB, nicht aber die Versicherungspflicht aus § 1045 BGB und nicht die Lastentragungspflicht aus § 1047 BGB (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 28.04.1997, 15 W 334/96, juris Rdnr. 13).

12 § 1045 Abs. 1 BGB regelt die Pflicht des Nießbrauchers, die Sache für die Dauer seines Nießbrauchs auf seine Kosten zu versichern. Dementsprechend bestimmt § 1047 BGB, dass der Nießbraucher grundsätzlich die öffentlichen und privatrechtlichen Grundstückslasten zu tragen hat. Zu den ersteren gehören Abgabeverpflichtungen, die auf dem öffentlichen Recht beruhen, durch wiederkehrende oder einmalige Geldleistungen zu erfüllen sind und nicht nur die persönliche Haftung des Schuldners voraussetzen, sondern auch die dingliche Haftung des Grundstücks (BGH, Urteil vom 22.05.1981, V ZR 69/80; NJW 1981, 2127). Öffentliche Last in diesem Sinne ist danach auch die Grundsteuer (vgl. § 436 Abs. 2 BGB, Staudinger/*Matusche-Beckmann*, § 436 Rdnr. 14).

13 Demgegenüber hat der Wohnungsberechtigte nach der gesetzlichen Ausgestaltung des Wohnungsrechts – in Ermangelung einer Verweisung in § 1093 Abs. 1 Satz 2 BGB auf §§ 1045, 1047 BGB – im Gegensatz zum Nießbraucher weder diese Grundstückslasten noch die Kosten der Versicherung zu tragen. Durch die Bestimmung in der Bestellsurkunde jedoch, wonach die Wohnungsberechtigten sowohl die Kosten der anfallenden Versicherungen als auch die Grundsteuer zu tragen haben, wird von dieser gesetzlichen Ausgestaltung des Wohnungsrechts abgewichen. Die Bestimmung stellt sich ihrem Wesen nach damit als Vereinbarung eines Entgelts dar. Eine solche ist zwar mit schuldrechtlicher Wirkung zulässig; zum dinglichen Inhalt des Wohnungsrechts kann sie aber nicht gemacht werden (BayObLG, Beschluss vom 29.07.1988, a. a. O. siehe auch; BGH, Urteil vom 10.05.1968, V ZR 221/64, BeckRS 1968, 31172089; *Riedel/Volmer/Wilsch* (vormals *Schöner/Stöber*), Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 1252; Staudinger/*Reymann*, Neub. 2017, § 1093, Rdnr. 47; a. A. LG Gießen, Beschluss vom 10.01.1986, 7 T 6/86, Rpfleger 1986, 174; LG Traunstein, Beschluss vom 01.07.1986, 4 T 1210/86, Rpfleger 1986, 365). Denn damit würde von der Unentgeltlichkeit als einem tragenden Grundsatz des Wohnungsrechts abgewichen.

14 2. Die gegenteilige Auffassung lässt sich auch aus den Gründen des von den Antragstellern vorgelegten Beschlusses des LG Saarbrücken vom 15.09.2003, 5 T 408/03 (...) nicht begründen.

15 In Abweichung von der hier in Streit stehenden notariellen Vereinbarung über das Wohnungsrecht ging es im dort zu entscheidenden Fall nicht um die Übernahme öffentlicher oder privater Lasten im Sinne des § 1047 BGB bzw. der Versicherungskosten im Sinne des § 1045 BGB, sondern vielmehr um die Übernahme von Verbrauchs- bzw. Betriebskosten durch den Wohnungsberechtigten. Ebenso stellt sich die Situation in dem durch das OLG Nürnberg entschiedenen Fall (Beschluss vom 06.10.2020, 15 W 2130/20, NZM 2021, 327) dar, auf welchen die Beschwerde Bezug nimmt. Auch dort waren nach der notariellen Verein-

barung die Verbrauchskosten streitgegenständlich, die zudem nicht von dem Wohnungsberechtigten, sondern vielmehr von dem zukünftigen Eigentümer des Grundstücks zu tragen waren.

16 Bei den Verbrauchskosten handelt es sich indes nicht um auf der Sache ruhende Lasten im Sinne des § 1047 BGB; vielmehr hat der Wohnungsberechtigte – ebenso wie der Nießbraucher – die verbrauchsabhängigen Kosten als Aufwendungen in eigener Sache zu tragen (OLG München, Hinweisbeschluss vom 23.08.2022, 8 U 1186/22, BeckRS 2022, 35529; MünchKomm-BGB/Pohlmann, 8. Aufl. 2020, § 1047 Rdnr. 5; Staudinger/Heinze, § 1047, Rdnr. 3, 9). Einer entsprechenden Regelung mit dinglicher Wirkung steht daher der gesetzliche Grundgedanke des Wohnungsrechts nicht entgegen.

(...)

5. Nachweis der Erbenstellung durch mehrere die Erbfolge beeinflussende Urkunden

OLG Celle, Beschluss vom 10.05.2023, 18 W 17/23

GBO §§ 19, 29, 35

LEITSATZ:

Zum Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs im Sinne von § 22 GBO kann ein notarieller Verzichtvertrag zusammen mit einem Erbvertrag ausreichen, ohne dass es der Vorlage eines Erbscheins bedarf. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Notar verlangt für die Beteiligte ihre Eintragung als Alleineigentümerin, nachdem die weiterhin eingetragene Eigentümerin, ihre Mutter, am 27.11.2022 verstorben ist. Sie verweist dazu neben dem Todesnachweis auf den notariellen, eröffneten Erbvertrag vom 13.10.1983 der Verstorbenen und ihres zuvor verstorbenen Ehemanns, mit dem diese ihre beiden Kinder, die Beteiligte und deren Bruder D H als Schlusserben zu gleichen Teilen eingesetzt haben, sowie auf den notariellen Erb-, Zuwendungs- und Pflichtteilsverzichtvertrag zwischen D H und seiner Mutter, der Erblasserin, vom 27.06.2014, mit dem dieser auf seinen gesetzlichen und gewillkürten Erbteil sowie Pflichtteil verzichtet hat.

2 Der Notar sieht mit Vorlage des Todesnachweises und der notariellen Urkunden den Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 Abs. 1 GBO geführt. Die Rechtspflegerin hat mit Zwischenverfügung vom 17.01.2023 die Vorlage eines die Beteiligte als Alleinerbin ausweisenden Erbscheins verlangt. § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO komme nicht in Betracht, weil die Alleinerbschaft nicht allein auf der letztwilligen Verfügung beruhe, sondern auch auf dem notariellen Verzichtvertrag.

3 Dagegen wendet sich der Notar für die Beteiligte mit Beschwerde vom 01.02.2023. Es seien auch außerhalb

der Urkunde liegende Umstände zu berücksichtigen, soweit diese durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden. Im Erbscheinsverfahren würde auf dieser Grundlage ebenso entschieden werden. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 01.03.2023 nicht abgeholfen und ergänzt, dass die Berücksichtigung von weiteren öffentlichen Urkunden nur in Betracht komme, wenn eine Nachweislücke zu füllen sei oder dies der Auslegung des Testaments diene.

4 II. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

5 1. Die Beschwerde ist nach § 71 Abs. 1 GBO i. V. m. § 11 Abs. 1 RPfIG statthaft und gemäß § 73 Abs. 1, 2 GBO zulässig.

6 2. Die Beschwerde ist auch begründet. Die Eintragung der Beteiligten als Eigentümerin kann nicht von der Vorlage eines Erbscheins abhängig gemacht werden, sondern beruht auf der durch den notariellen Erbvertrag und den notariellen Verzichtvertrag nachgewiesenen Unrichtigkeit.

7 Gemäß § 19 GBO erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Einer Bewilligung gemäß § 19 GBO bedarf es nur dann nicht, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen ist, § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO. Dabei ist die Unrichtigkeit bzw. die Richtigkeit der begehrten neuen Eintragung in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Zum Erbfolgenachweis ist dabei typisiert gemäß § 35 GBO ein Erbschein erforderlich, dieser jedoch entbehrlich, wenn sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs aus einer Verfügung von Todes wegen in formgültiger öffentlicher Urkunde sowie der Niederschrift über ihre Eröffnung ergibt.

8 Dabei ist dem Grundbuchamt zwar darin zu folgen, dass hier die Alleinerbschaft der Beteiligten als Tochter der Verstorbenen gerade nicht allein aus dem notariellen Erbvertrag der Eheleute aus dem Jahr 1983 folgt, mit dem diese ihre beiden Kinder als Schlusserben bestimmt haben, sondern diese nur zusammen mit dem notariellen Erb-, Zuwendungs- und Pflichtteilsverzichtvertrag zwischen Mutter und Sohn von 2014 nachgewiesen wäre. Dabei ist der Verzichtvertrag, wenn auch notwendig notariell erklärt, unmittelbar keine Verfügung von Todes wegen in formgültiger öffentlicher Urkunde.

9 Gleichwohl führt dies zum ausreichenden Nachweis. Dabei bedarf es keiner analogen Anwendung des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO, indem erfolgerelevante Urkunden, zu denen gemäß 78d Abs. 1 BNotO nicht nur Testamente und Erbverträge, sondern alle Urkunden mit Erklärungen, welche die Erbfolge beeinflussen können, insbesondere u. a. Erb- und Zuwendungsverzichtsverträge, gehören, im Einzelfall einer Verfügung von Todes gleichgesetzt werden. Denn im Ergebnis folgt hier der Unrichtig- bzw. Richtigkeitsnachweis unter Beachtung des Nachweistypenzwangs des § 35 GBO zusätzlich auch aus § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO. Wie bei der Erbteilsübertragung oder Abschichtung, bei der es nach obergerichtlicher Rechtsprechung (vgl. OLG München, Beschluss vom 09.04.2018, 34 Wx 13/18, FGPrax 2018, 196, beck-online m. w. N.), der sich auch der Senat angeschlossen hat, keiner Voreintragung der in der Form des § 35

GBO nachgewiesenen Erben gemäß § 40 Abs. 1 GBO bedarf, gilt dies in ähnlicher Weise auch für den durch Verzicht abweichend vom Erbvertrag allein bei der Tochter entstehenden Erbteil. Zwar ist in den vorstehenden Fällen die gemäß § 35 GBO nachgewiesene Gesamtrechtsnachfolge bereits kraft Gesetzes gemäß § 1922 BGB eingetreten, während sich erst danach durch eine in der Form des § 29 GBO nachgewiesene Abschichtung oder Übertragung der Bestand der bereits entstandenen Erbengemeinschaft verändert. Aber auch der davor zu Lebzeiten des Erblassers getroffene Erb- bzw. Zuwendungsverzichtvertrag zwischen dem späteren Erblasser und dem Begünstigten wirkt zwar unmittelbar, entfaltet seine Wirkung aber notwendig erst mit dem Nachlassfall. In einer „juristischen Sekunde“ wird die Wirkung des § 1922 BGB, d. h. die gesetzliche oder gewillkürte Gesamtrechtsnachfolge der an sich berechtigten Erben, auf die nicht durch den Verzichtvertrag betroffenen Erben reduziert. Denn Gegenstand des Verzichts nach § 2346 BGB ist das gesetzliche Erb- bzw. Pflichtteilsrecht, das heißt die bloße Chance, mit dem Tod des (vom Verzichtenden zu überlebenden) Erblassers zu erben bzw. den schuldrechtlichen Pflichtteilsanspruch zu erwerben, nicht dagegen ein Anwartschaftsrecht oder die künftige Erbstellung bzw. der künftige Pflichtteilsanspruch. Er ist, da er auf eine unmittelbar mit dem Erbfall eintretende Änderung der erbrechtlichen Verhältnisse gerichtet ist, ein erbrechtlicher Verfügungsvertrag. Im Gegensatz zum Erbvertrag hat er jedoch einen rein negativen Inhalt und die einzige vom Gesetz zugelassene Verfügung des Erbanwärters über seine Rechtsposition vor dem Erbfall zum Gegenstand (MünchKomm-BGB/Wegerhoff, 9. Aufl. 2022, § 2346 Rdnr. 2; v. Proff, NJW 2016, 539, 540, beck-online m. w. N.). Dasselbe gilt für den Zuwendungsverzicht gemäß § 2352 BGB, wobei vorliegend der Sohn gegenüber seiner Mutter sowohl einen Zuwendungsverzicht als auch Erbverzicht sowie Pflichtteilsverzicht erklärt hat. Der Zuwendungsverzicht bewirkt nicht, dass die letztwillige Verfügung als solche aufgehoben wird. Entsprechend der Regelung in § 2346 Abs. 1 Satz 2 verhindert der Verzicht nur den Anfall der Zuwendung (Erbeinsetzung, Vermächtnis) an den Verzichtenden, wie wenn er den Erbfall nicht erlebt hätte (MünchKomm-BGB/Wegerhoff, § 2352 Rdnr. 12).

10 Unter dieser Prämisse des an sich bestehenden gesetzlichen bzw. gewillkürten Erbrechtes, jedoch – zugleich mit dem Todesfall des Erblassers – unter Ausschluss der Verzichtserklärenden folgt hier der Unrichtigkeitsnachweis aus § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO anhand des notariellen Erbvertrages und aus § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO anhand des notariellen Verzichtvertrages. Dies ist jedoch nicht zu generalisieren. Denn es sind durchaus Verzichtverträge denkbar, bei denen die Erbstellung bzw. der Umfang des Verzichtes nicht im Wege der Auslegung zu ermitteln ist, sondern außerhalb des Grundbuchverfahrens zu klären und ein Erbschein, anders als hier, erforderlich ist. Denkbar ist auch, dass sich der Verzicht nicht auf die Abkömmlinge des Verzichtenden erstreckt, mithin deren Erbstellung gerade nicht in der Form des § 29 GBO bzw. anhand des Testamentes gesichert ist, sondern eines Erbscheins bedarf. Dies ist jedoch vorliegend nicht der Fall. Denn gemäß § 2349 BGB sowie

i. V. m § 2352 Satz 3 BGB erstreckt sich die Wirkung des Verzichts auf die Abkömmlinge des Verzichtenden, wenn ein Abkömmling oder ein Seitenverwandter des Erblassers auf das gesetzliche Erbrecht oder die testamentarische Erbeinsetzung verzichtet, sofern nicht ein anderes bestimmt wird. Dabei wird in der Verzichtserklärung aus dem Jahre 2014 die Erstreckung auf die Abkömmlinge des verzichtenden Sohnes sogar ausdrücklich bestimmt. Zusammengefasst kann mit der für das Grundbuchverfahren notwendigen zweifelsfreien Sicherheit einer Grundbuchrichtigkeit eine Alleinerbenstellung der testamentarisch bedachten Tochter, der Beschwerdeführerin, angenommen werden.

(...)

6. Grundbucheintragung einer Vormerkung mit einem Vermerk betreffend die bedingte Abtretung der durch die Vormerkung gesicherten Forderung

OLG Bremen, Beschluss vom 05.04.2023, 3 W 5/23

BGB § 161 Abs. 3
GBO §§ 13, 19, 44

LEITSATZ:

Die Eintragung einer Vormerkung zur Absicherung eines Rückkaufanspruchs des Veräußerers mit dem Vermerk der, durch das Überleben und den Fortbestand der Ehe bedingten, Vorausabtretung des Rückkaufanspruchs an den Ehegatten des Veräußerers ist zulässig.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten wenden sich gegen die genannte Zwischenverfügung des Grundbuchamts, mit der sie darauf hingewiesen worden sind, dass eine bedingte Abtretung einer Vormerkung wegen deren Akzessorietät nicht möglich sei, sodass die Bedingung von der Bewilligung auszunehmen sei.

2 Mit notariellem Vertrag vom 30.12.2022 (UR-Nr. [...], des Notars [...]) trafen die Beteiligten eine Vereinbarung, nach der sich die Beteiligte zu 1 zur Übertragung eines ½-Anteils des im Grundbuch (...) eingetragenen Grundstücks (X-Str. [...] Y-Straße) auf die Beteiligten zu 2 a) und b) verpflichtete. Zugleich vereinbarten diese drei Beteiligten einen Rückübertragungsanspruch der Beteiligten zu 1 unter bestimmten Bedingungen, der durch eine Vormerkung gesichert werden sollte. Die Beteiligte zu 1 wiederum trat diesen Rückübertragungsanspruch unter bestimmten Bedingungen an den Beteiligten zu 3 ab.

3 Neben der Eintragung des Eigentumswechsels und verschiedener Nießbrauchsrechte bewilligten die Beteiligten auch (nachrangig) zulasten jedes übertragenen ¼-Mitei-

gentumsanteils die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung des bedingten Rückübertragungsanspruchs für die Beteiligten zu 1 mit dem Vermerk der bedingten Abtretung an den Beteiligten zu 3 (zeitlich befristet auf die Lebenszeit des Längstlebenden der beiden Berechtigten).

4 Die Beteiligten – vertreten durch den Notar – beantragten die Eintragung sämtlicher Rechte.

5 Das Grundbuchamt erließ daraufhin die zuvor beschriebene Zwischenverfügung.

6 II. Die Beschwerde gegen die Zwischenverfügung ist statthaft gemäß § 71 Abs. 1 GBO und auch im Übrigen zulässig. Der Senat geht davon aus, dass der Notar die Beschwerde in Namen aller Antragsteller und Antragstellerinnen, d. h. im Namen aller Beteiligten der Urkunde eingelegt hat, da sie alle ein Interesse an der begehrten Eintragung haben.

7 Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

8 Es bestehen bereits Bedenken gegen die Zulässigkeit der Zwischenverfügung. Zwar kommt eine solche grundsätzlich in Betracht, wenn das Grundbuchamt bei mehreren verbundenen Einträgen (§ 16 Abs. 2 GBO) die Rücknahme eines der Anträge anregt (dazu *Demharter*, GBO, 32. Aufl. § 18 Rdnr. 27 m. w. N.). Ob überhaupt derart verbundene Anträge vorliegen, ist nicht eindeutig. Die Beschwerdeführer monieren jedoch die bisher nicht erfolgte – isolierte – Eintragung der übrigen Anträge nicht. Allerdings hat das Grundbuchamt nicht die Rücknahme eines einzelnen (evtl. verbundenen) Antrags in der Zwischenverfügung angeregt, sondern die Änderung der Bewilligung und damit des Eintragungsantrags hinsichtlich dieses Teils. Eine solche Zwischenverfügung dürfte mangels mit Rückwirkung behebbaren Eintragungshindernisses unzulässig sein.

9 Diese Frage kann jedoch dahinstehen, weil die Zwischenverfügung auch in der Sache unrichtig ist.

10 Das Grundbuchamt hat die Eintragung der Vormerkung mit dem Vermerk hinsichtlich der bedingten Abtretung abgelehnt, weil eine bedingte Abtretung der Vormerkung nicht möglich sei. In der Sache geht es jedoch nicht um eine bedingte Abtretung der Vormerkung, sondern um den Vermerk, dass die der Vormerkung zugrunde liegende Forderung unter einer bzw. mehreren Bedingung(en) abgetreten ist. Eine derartige Eintragung ist – entgegen der bei *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 1516 genannten Auffassung – nach herrschender Meinung zulässig (vgl. OLG Stuttgart Beschluss vom 28.10.2019, 8 W 272/19, FGPrax 2020, 118/119, beck-online m. w. N.). Der Senat schließt sich dieser herrschenden Meinung an, wobei dahingestellt bleiben kann, ob die Eintragung sogar zwingend geboten ist (so in einer etwas anderen Konstellation OLG München, Beschluss vom 28.06.2017, 34 Wx 421/16, FGPrax 2017, 248/249, beck-online; vgl. auch *Demharter*, GBO, Anhang zu § 44 Rdnr. 108). Hintergrund für die Eintragung ist die Absicherung des Zessionars für den Schwebestand gemäß § 161 Abs. 3 BGB, d. h. für den Fall nichtberechtigter Verfügungen. Aufgrund der Eintragung des

Vermerks einer bedingten Abtretung kann der gute Glaube an die Berechtigung zur Veräußerung zerstört werden.

11 Mit der Eintragung der Vormerkung mit diesem Vermerk wird das Grundbuch auch nicht unrichtig. Denn es wird nicht bereits jetzt der Zessionar als Inhaber des Rückübertragungsanspruchs bzw. der diesen sichernden Vormerkung eingetragen. Es handelt sich um ein und dasselbe Recht (Sukzessivberechtigung), das zunächst der Beteiligten zu 1 zusteht und (erst) mit Eintritt der Bedingung auf den Beteiligten zu 3 übergeht.

(...)

7. Zur Eintragung des Berechtigungsverhältnisses im Grundbuch

OLG Brandenburg, Beschluss vom 05.01.2023, 5 W 40/22

BGB §§ 428 432

GBO § 47

LEITSÄTZE:

1. Die Eintragung eines Rechts für mehrere Berechtigte muss Inhalt und Art des Gemeinschaftsverhältnisses genau beschreiben. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Dabei sollen entweder die Anteile der Berechtigten nach Bruchteilen oder das die Berechtigten verbindende Rechtsverhältnis angegeben werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit notariellem Vertrag vom 16.08.2021 übertrugen die Antragsteller zu 1 und 2 (künftig der Veräußerer) ihre hälftigen Miteigentumsanteile an dem im Grundbuch von W(...) Blatt (...) eingetragenen, mit einem Einfamilienhaus und Nebengebäuden bebauten Grundbesitz an ihren Enkel, den Antragsteller zu 4 und erklärten die Auflassung. Unter Ziffer VII. des Vertrages behielt sich der Veräußerer ein Wohnrecht auf Lebensdauer des Längstlebenden als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB vor, das dahin gehend modifiziert wurde, dass kein Berechtigter allein zulasten des anderen über die Rechte verfügen kann, nach dem Tod eines Berechtigten die Rechte dem anderen ungeschmälert zustehen und die Leistung an einen Berechtigten allein keine Erfüllungswirkung gegenüber dem anderen Berechtigten hat. Dem Veräußerer wurde an dem Grundbesitz eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Wohnrecht) mit dem Inhalt bestellt, dass er berechtigt ist, diese Räume unter Ausschluss des Eigentümers auf seine Lebenszeit als Wohnung zu benutzen und alle dem gemeinschaftlichen Gebrauch dienenden Einrichtungen und Anlagen einschließlich des Gartens mitzubutzen. Die Beteiligten bewilligten und beantragten die Eintragung des Wohnrechts für den Veräußerer als Berechtigten nach § 428 BGB in vorstehender Modifizierung in das Grundbuch. In Ziffer VIII. des Vertrages behielt sich der Veräußerer den lebzeiti-

gen Widerruf der Überlassung unter bestimmten Voraussetzungen vor. Zur Sicherung des Rückübertragungsanspruches bewilligten und beantragten die Beteiligten die Eintragung einer entsprechenden Vormerkung für den Veräußerer als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB in das Grundbuch, bedingt abgetreten an den Antragsteller zu 3.

2 Den vom Notar am 22.09.2021 eingereichten Vollzugsantrag hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 16.12.2021 beanstandet. Es vertrat darin und mit weiterer Zwischenverfügung vom 08.04.2022 die Auffassung, dass die beantragte Eintragung der Modifizierung hinsichtlich des Wohnungsrechts nicht möglich sei, und bat insoweit um Antragsrücknahme. Eine analoge Anwendung des § 428 BGB sei nicht möglich.

3 Hiergegen wenden sich die Antragsteller mit ihrer am 13.04.2022 durch den Notar eingelegten Beschwerde. Sie meinen, die Regelung des Gemeinschaftsverhältnisses unterliege nicht dem sachenrechtlichen Typenzwang. Vielmehr genüge zur Aufrechterhaltung des jeweiligen Gestaltungstyps ein einziges Merkmal, das diesen Gestaltungstyp von anderen Berechtigungsverhältnissen unterscheidet. Vorliegend seien mindestens zwei Typenmerkmale des § 428 BGB vorhanden, weil jeder der Berechtigten die volle Leistung an sich fordern könne und nach dem Tod eines Ehegatten das volle Recht dem überlebenden Ehegatten ungeschmälert zustehe. Die Auswahlfreiheit des Schuldners könne hingegen wirksam abbedungen werden. Sie diene lediglich dem Schutz des Schuldners vor Nachteilen, die sich aus der Belastung mit mehreren selbstständigen Forderungen der beteiligten Gesamtgläubiger ergäben. Es stehe dem Schuldner frei, auf diesen Schutz zu verzichten. Auch § 47 GBO werde durch diese Modifizierung des Berechtigungsverhältnisses nicht berührt, da nicht sämtliche Facetten des konkret vereinbarten Berechtigungsverhältnisses im Grundbuch verlautbart werden könnten und müssten. Insoweit reiche ein Bezug auf die Eintragungsmitteilung.

4 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 19.04.2022 nicht abgeholfen und dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

5 II. 1. Die zulässige (§ 71 Abs. 1, § 73 GBO) Beschwerde der Antragsteller führt bereits deshalb zur Aufhebung der Zwischenverfügungen vom 16.12.2021 und 08.04.2022, weil die Verfügungen mit diesem Inhalt nicht den Anforderungen des § 18 Abs. 1 GBO genügen.

6 § 18 GBO regelt die Behandlung von Eintragungsanträgen, deren Vollzug ein Hindernis entgegensteht. Vorliegend bezeichnen die Zwischenverfügungen kein Mittel, ein Eintragungshindernis zu beseitigen, vielmehr handelt es sich in der Sache um einen rechtlichen Hinweis, verbunden mit der Bitte um Antragsrücknahme. Die Antragsrücknahme stellt aber gerade kein Mittel zur Behebung des Hindernisses dar.

7 2. Für das weitere Verfahren weist der Senat – freilich ohne Bindungswirkung – auf Folgendes hin:

8 Soll ein Recht für mehrere gemeinschaftlich eingetragen werden, soll die Eintragung in der Weise erfolgen, dass entweder die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen angegeben werden oder das für die Gemeinschaft maßgebende Rechtsverhältnis bezeichnet wird (§ 47 Abs. 1 Satz 1 GBO). Da die Verfügungsbefugnis der einzelnen Beteiligten bei den unterschiedlichen Arten der Gemeinschaft verschieden ist, verlangt der das Grundbuchrecht beherrschende Bestimmtheitsgrundsatz, dass sich Art und Inhalt des Gemeinschaftsverhältnisses aus der Eintragung ergeben (BGH, Beschluss vom 11.09.1997, V ZB 11/97). Wohnungsrechte nach § 1093 BGB können für mehrere Personen als Gesamtberechtigte entsprechend § 428 BGB bestellt werden (BGHZ 46, 253). Hierbei liegt die vom Grundstückseigentümer „geschuldete Leistung“ im Wesentlichen nicht in einem positiven Tun, sondern in einem bloßen Dulden der Nutzung durch den oder die Berechtigten. Im Fall einer Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB geht daher das Wohnungsrecht jedes einzelnen Gesamtberechtigten im „Außenverhältnis“ nicht auf Nutzung durch ihn und die übrigen Gesamtberechtigten gemeinsam. Jeder Wohnungsberechtigte kann im Wege des Störungsbeseitigungsanspruchs vom Eigentümer und von jedem Dritten die Besitzeinräumung an sich allein verlangen, und der Eigentümer andererseits kommt bereits durch Herausgabe an einen der Wohnungsberechtigten allein und durch Duldung von dessen Wohnen seiner wohnungsrechtlichen Last nach (BGH, a. a. O.).

9 Die Gesamtgläubigerschaft kann – wovon im hier vorliegenden Fall auszugehen sein dürfte – modifiziert werden, da der sachenrechtliche Typenzwang nur für die eintragungsfähigen Immobilienrechte gilt, dagegen nicht für die daran bestehenden Gemeinschaftsverhältnisse. Deren Typen sind zwangsläufig dem Schuldrecht entlehnt. Den Anforderungen des § 47 GBO ist grundsätzlich durch die Angabe des Grundmodells genüge getan, also wenn das Gemeinschaftsverhältnis mehrerer Teilhaber durch einen gesetzlichen Typus der Berechtigtenmehrheit gekennzeichnet wird und die Vereinbarungen der Beteiligten mindestens ein Merkmal dieses Typus erfüllen, das ihn von anderen gesetzlichen Modellen der Berechtigtenmehrheit unterscheidet (vgl. hierzu und zum Folgenden: *Amann*, DNotZ 2008, 324). Sowohl bei Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB als auch bei Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB besteht jeweils ein Anspruch, den zu erfüllen jeder Gläubiger ohne Mitwirkung der übrigen Gläubiger verlangen kann. Der Anspruch richtet sich bei beiden auf eine (zumindest rechtlich) unteilbare Leistung. Zudem braucht der Schuldner die Leistung nur einmal zu bewirken. Sie unterscheiden sich jedoch hinsichtlich der Frage, an wen der Gläubiger leisten muss. Während bei der Gesamtgläubigerschaft nach § 428 BGB jeder Gläubiger Leistung an sich alleine verlangen bzw. jeder Schuldner nach seinem Belieben befreiend an einen oder mehrere Gläubiger leisten kann, kann ein Mitgläubiger nach § 432 BGB Leistung nicht an sich allein, sondern nur an sämtliche Gläubiger gemeinschaftlich verlangen.

10 Im vorliegenden Fall dürften die Urkundsbeteiligten in Ziffer VII Nr. 1 des Vertrages eine Kombination der Rechts-

folgen der §§ 428 und 432 BGB vereinbart haben. Das Berechtigungsverhältnis nach § 428 BGB dürfte unter anderem dahin gehend modifiziert worden sein, dass die Leistung an einen Berechtigten allein keine Erfüllung gegenüber dem anderen Berechtigten bewirkt. Wäre dies so auszulegen, dass der Schuldner wirksam immer nur an beide Gläubiger leisten könnte, läge Mitgläubigerschaft nach § 432 BGB vor (vgl. auch BGHZ 46, 253; *Frank* in Anm. zu OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.11.2011, 20 W 439/10, MittBayNot 2012, 386, 389; *Amann*, a. a. O.). Allerdings dürfte auch dies nicht gewollt sein und damit § 432 BGB als Angabe der gemeinsamen Berechtigung nicht uneingeschränkt passen. Es dürfte nicht Inhalt des vereinbarten Rechts sein, dass stets nur alle Berechtigten gemeinsam befriedigt werden. Bei einem Wohnungsrecht geht es gerade nicht darum, dass der Schuldner an einen Gläubiger „leistet“, sondern um die Durchsetzung eines Duldungsanspruches, den aber jeder Gläubiger auch für sich allein durchsetzen kann.

11 Den Anforderungen des § 47 GBO dürfte damit sowohl durch Angabe des Grundmodells als auch durch Angabe einer Kombination von § 428 und § 432 BGB Genüge getan sein, wobei sich der konkrete Inhalt des schuldrechtlich Vereinbarten ohnehin nur aus der Bewilligung ergibt.

(...)

8. Zur Abgrenzung zwischen der Ersterteilung und der Neuerteilung eines Grundschuldbriefes

OLG Hamm, Beschluss vom 03.01.2023, 15 W 395/21

GBO §§ 60, 67

LEITSATZ:

Zu den Voraussetzungen für die Erteilung eines neuen Grundpfandrechtsbriefes in dem Fall, dass der Brief vom Grundbuchamt abgesandt worden ist, aber ein Zugang beim Gläubiger nicht feststellbar ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Als Eigentümer des eingangs genannten Grundbesitzes sind zu je ½-Anteil der Beteiligte zu 1 und die zwischenzeitlich verstorbene Frau A im Grundbuch eingetragen.

2 In der notariellen Urkunde vom 11.12.2008 (UR-Nr. [...] der Notarin X mit Amtssitz in Y) bewilligten und beantragten der Beteiligte zu 1 und die verstorbene Frau A die Eintragung einer Gesamtgrundschuld i. H. v. 92.100 € nebst 18 % Jahreszinsen zugunsten der Beteiligten zu 3, die damals noch unter B AG firmierte, an den im Bestandsverzeichnis unter lfd. Nr. 3 und Nr. 4 verzeichneten Grundstücken. Sie beantragten gegenüber dem Grundbuchamt, der Beteiligten zu 3 den Grundschuldbrief direkt auszuhändigen.

3 In Abt. III des o. g. Grundbuchs wurde am 16.02.2009 unter lfd. Nr. 4 zugunsten der B AG in C eine dem Inhalt der

Urkunde entsprechende Gesamtgrundschuld zugunsten der Beteiligten zu 3 eingetragen.

4 Am selben Tag verfügte die Rechtspflegerin, dass der Gesamtgrundschuldbrief zu dem Recht Abt. III lfd. Nr. 4 herzustellen und an die Gläubigerin gegen Empfangsbekanntnis zu übersenden sei. Die Verfügung trägt einen Erledigungsvermerk vom 17.02.2009. Zudem befindet sich in der Akte ein Ausdruck des am 17.02.2009 erteilten Grundschuldbriefes, auf dem die laufende Nummer des amtlich ausgegebenen Vordrucks handschriftlich vermerkt ist. Diese lautet: (...). Ein Empfangsbekanntnis ist in der Akte nicht enthalten. Bereits mit einem an Notar D gerichteten Schreiben vom 06.05.2010 teilte die Beteiligte zu 3 mit, dass sie den Grundschuldbrief nicht erhalten habe.

5 Nachdem die Beteiligte zu 3 zunächst selbst die Erteilung eines weiteren Briefes begehrt hatte, forderte sie dann anwaltlich vertreten mit Schreiben vom 30.07.2020 ausdrücklich zur Übersendung des ursprünglich hergestellten Grundschuldbriefes auf, der nicht zugegangen sei. Das Grundbuchamt wies mit Schreiben vom 13.08.2020 darauf hin, dass ausweislich der Akte ein Grundschuldbrief erstellt und an die Beteiligte zu 3 versandt worden sei. Es sei davon auszugehen, dass dieser auf dem Postweg verloren gegangen sei. Schon aus diesem Grund sei die Übersendung des ursprünglichen Briefes nicht möglich. Ein neuer Brief könne nur auf Antrag des Berechtigten erteilt werden, wenn ein entsprechender Ausschließungsbeschluss vorgelegt werde (§ 67 GBO, § 1162 BGB). Ein von der Beteiligten zu 3 eingeleitetes Aufgebotsverfahren wurde mangels Einzahlung des Kostenvorschusses nicht durchgeführt.

6 Unter Bezugnahme auf das Schreiben des Grundbuchamtes vom 13.08.2020 beantragte die Beteiligte zu 3 am 07.09.2021 eine förmliche Entscheidung über die erneute Übersendung eines Grundschuldbriefes.

7 Mit Beschluss vom 06.10.2021 hat das AG den Antrag der Beteiligten zu 3 vom 07.09.2021 auf Erteilung eines neuen Briefes für die in Abt. III lfd. Nr. 4 eingetragene Grundschuld kostenpflichtig zurückgewiesen. Es hat ausgeführt, dass die Voraussetzungen für die Erteilung eines neuen Briefes nach § 67 GBO nicht vorliegen, da weder der Grundpfandrechtsbrief noch ein rechtskräftiger Ausschließungsbeschluss vorgelegt worden seien.

8 Mit Schreiben vom 20.10.2021 hat die Beteiligte zu 3 gegen den Beschluss Beschwerde eingelegt und beantragt, ihr einen Grundschuldbrief zu erteilen, und zwar entweder den ursprünglich erstellten oder einen neuen Brief. Ihr sei das Recht eingeräumt worden, sich den Grundschuldbrief unmittelbar vom Grundbuchamt aushändigen zu lassen. Der erste vom Grundbuchamt erstellte Brief sei ihr jedoch niemals ausgehändigt worden. Die vorliegende Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 BGB sowie die Erklärung nach § 60 Abs. 2 GBO erfülle die Voraussetzungen für die Aushändigung des Grundpfandrechtsbriefes an sie. Eine ordnungsgemäße Aushändigung sei nicht erfolgt. Der Vermerk der Geschäftsstelle, dass der Brief gegen Empfangsbekanntnis abgesandt worden sei, erbringe den notwendigen Beweis nicht. Erforderlich wäre gewesen nach § 26 GBGA NRW ein

Zustellungsnachweis (Übergabe Einschreiben gegen Rückschein oder förmliche Zustellung), der jedoch nicht vorliegt. Dementsprechend stehe ihr nach wie vor ein Anspruch auf Aushändigung des Briefes zu.

9 Mit Beschluss vom 25.10.2021 hat das Grundbuchamt der Beschwerde vom 20.10.2021 nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

(...)

11 II. Die zulässige Beschwerde ist in der Sache nicht begründet.

12 1. Die Beschwerde ist zulässig.

13 Die Beschwerde gegen den Beschluss des Grundbuchamtes vom 06.10.2021 ist nach § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Die Beteiligte zu 3 ist auch beschwerdeberechtigt, weil sie in ihrer Rechtsstellung durch die ablehnende Entscheidung des Grundbuchamtes beeinträchtigt wäre, wenn ihr ein öffentlichrechtlicher Anspruch auf Aushändigung des Briefes nach § 60 Abs. 2 GBO oder auf Erteilung eines neuen Briefes nach § 67 GBO zustünde. Sie kann ihren etwaigen öffentlichrechtlichen Anspruch im Beschwerdeverfahren verfolgen (*Demharter*, GBO, 32. Aufl. 2021, § 60 Rdnr. 14). Die Beschwerde ist auch formgerecht bei dem zuständigen Gericht eingelegt worden (§ 73 GBO).

14 2. Die Beschwerde ist jedoch unbegründet, weil der Beteiligten zu 3 weder ein öffentlichrechtlicher Anspruch auf Herausgabe des ursprünglich erstellten Briefes gemäß § 60 Abs. 2 BGB noch ein Anspruch auf Erteilung eines neuen Briefes nach 67 GBO zusteht.

15 a) Der Beteiligten zu 3 steht kein Anspruch nach § 60 Abs. 2 GBO auf Herausgabe des ursprünglich erstellten Briefes mehr zu, weil die Herausgabe des ursprünglich erstellten Grundschuldbriefes mit der Nr. 17626601 unmöglich geworden ist.

16 Allerdings ist die Beteiligte zu 3 ursprünglich Gläubigerin des öffentlichrechtlichen Herausgabeanspruchs (§ 60 GBO) gewesen. Sie hat den öffentlichrechtlichen Herausgabeanspruch dadurch erworben, dass der Beteiligte zu 1 und die zwischenzeitlich verstorbene Frau A in der Bestel lungsurkunde vom 11.12.2008 (UR-Nr. [...] der Notarin X mit Amtssitz in Y) bestimmt haben, dass der Grundschuldbrief abweichend von § 60 Abs. 1 GBO unmittelbar an die Grundschuldgäubigerin ausgehändigt werden soll. Hierdurch ist der öffentlichrechtliche Herausgabeanspruch auf die Beteiligte zu 3 übertragen worden (vgl. BeckOK-GBO/*Kral*, Stand: 30.09.2022, § 60 Rdnr. 11).

17 Dieser der Beteiligten zu 3 zustehende öffentlichrechtliche Herausgabeanspruch ist mangels eines nachweisbaren Zugangs des Grundschuldbriefes bei ihr auch nicht durch Aushändigung erloschen.

18 Die in § 60 Abs. 1 GBO vorgesehene Aushändigung des Briefes kann durch dessen Übergabe an der Amtsstelle oder gemäß § 1 Abs. 4 GBO i. V. m. § 49 a GBV durch Übersendung per Post erfolgen (BeckOK-GBO/*Kral*, § 60 Rdnr. 22). Die Aushändigung durch Übersendung per Post ist erst dann erfolgt, wenn der Brief tatsächlich in den Besitz

des Empfängers gelangt. Der Begriff der Aushändigung ist insoweit gleichbedeutend mit Übergabe im Sinne von § 1117 Abs. 1 BGB. Denn bei der Übergabe des Grundschuldbriefes durch das Grundbuchamt an den Gläubiger handelt es sich um eine besondere Form des Geheißerwerbs (*Staudinger/Wolfsteiner*, Neub. 2019, § 1117 Rdnr. 10). Die Aushändigung setzt daher insbesondere einen vollständigen Besitzverlust aufseiten des Grundbuchamtes und einen Besitzerwerb aufseiten des Gläubigers voraus (vgl. zur Übergabe nach § 1117 Abs. 1 BGB: BeckOGK-BGB/*Kern*, Stand: 01.11.2022, § 1117 Rdnr. 11). Ein Nachweis des Besitzerwerbs seitens der Beteiligten zu 3, der gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1 GBGA NRW zu den Grundakten zu nehmen ist, fehlt vorliegend jedoch. Eine Besitzerlangung seitens der Beteiligten zu 3 an dem Grundschuldbrief und damit die Erfüllung ihres Aushändigungsanspruchs ist infolgedessen nicht feststellbar.

19 Der Anspruch der Beteiligten zu 3 auf Aushändigung des ursprünglich erstellten Briefes mit der Nr. XXXXX 601 ist jedoch unmöglich geworden.

20 Der Anspruch der Beteiligten zu 3 auf Aushändigung des Grundschuldbriefes hat sich spätestens mit der Aufgabe zur Post auf den vom Grundbuchamt erstellten Brief mit der Nr. XXXXX 601 konkretisiert, weil hierdurch erstmalig ein Grundschuldbrief erteilt wurde. Die Erteilung eines neuen Briefes ist nur unter den Voraussetzungen des § 67 GBO möglich.

21 Das insoweit maßgebliche Abgrenzungskriterium für die Anwendung der beiden Normen ist die Frage der Brieferteilung, weil § 60 GBO nur den Anspruch auf Herausgabe des erstmalig erteilten Briefes betrifft (vgl. *Meikel/Wagner*, GBO, 11. Aufl. 2015, § 68 Rdnr. 23), während die Erteilung eines neuen Briefes speziell in § 67 GBO geregelt und von besonderen Voraussetzungen abhängig ist.

22 Was unter „Erteilung“ eines Briefes konkret zu verstehen ist, ist gesetzlich nicht definiert. Nach Auffassung des Senats ist unter Brieferteilung die Herstellung und das willentliche Inverkehrbringen des Briefes durch das Grundbuchamt zu verstehen (a. A. BeckOGK-BGB/*Kern*, § 1116 Rdnr. 19, der darunter ohne nähere Begründung die Herstellung und ordnungsgemäße Aushändigung versteht). Letzteres erfolgt entweder durch die persönliche Übergabe des Briefes oder dessen Aufgabe zur Post.

23 Bereits aus dem Wortlaut des § 60 Abs. 1 Alt. 2 GBO, wonach der Brief im Fall der nachträglichen Erteilung dem Gläubiger auszuhändigen ist, ergibt sich, dass zwischen Erteilung und Aushändigung des Briefes zu differenzieren ist. Aus dem Sinn und Zweck der Regelung des § 67 GBO und einer systematischen Auslegung der Regelungen in § 60 GBO und § 67 GBO folgt, dass der Anwendungsbereich des § 67 GBO ab dem Zeitpunkt eröffnet ist, ab dem der Brief durch das Grundbuchamt in den Verkehr gebracht wurde und somit die Verfügungsmacht des Grundbuchamtes endet. Im Fall des Abhandenkommens des Briefes nach diesem Zeitpunkt sieht § 67 GBO gerade die Möglichkeit vor, bei Vorlage eines Ausschließungsbeschlusses einen neuen Brief zu erhalten. Würde der An-

spruch aus § 60 Abs. 2 GBO auch nach Aufgabe des Briefes zur Post und fehlender Nachweisbarkeit des Zugangs beim Gläubiger fortbestehen, bestünde die Gefahr, dass zwei Briefe in den Besitz des eingetragenen Grundschuldgläubigers gelangen. Dies würde ihm eine doppelte Abtretung der Grundschuld nach den §§ 413, 398, 1192, 1154 Abs. 1 BGB ermöglichen, wobei die zweite Abtretung nur unter den weiteren Voraussetzungen des § 892 BGB wirksam wäre (vgl. Staudinger/Wolfsteiner, § 1116 Rdnr. 28). Die Regelung des § 67 GBO soll aber durch die Notwendigkeit der Vorlage des bisherigen Briefes oder dessen Kraftloserklärung nach § 1162 BGB im Wege des Aufgebotsverfahrens gerade diese Gefahr, die bei Vorhandensein mehrerer gültiger Briefe im Rechtsverkehr bestünde, verhindern. Um dieser Gefahr wirksam begegnen zu können, muss der Anwendungsbereich des § 67 GBO aber bereits ab dem Zeitpunkt des Inverkehrbringens des erstmalig erstellten Grundschuldbriefes eröffnet sein und ein öffentlichrechtlicher Herausgabeanspruch aus § 60 GBO ausscheiden. Jedenfalls ab dem Zeitpunkt der Aufgabe zur Post ist demnach der Herausgabeanspruch auf den erstellten Brief konkretisiert.

24 Der Umstand, dass das Grundbuchamt vorliegend eine Übersendung des Briefes mittels Einschreiben verfügt hat, obwohl hier gemäß § 49a Satz 2 GBV i. V. m. § 26 Abs. 1 Satz 3 GBGA NRW die Übersendung des Briefes – weil gerade keine Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 BGB vorlag (vgl. § 26 Abs. 2 GBGA NRW) – nur gegen Übergabeeinschreiben oder Zustellung hätte erfolgen dürfen, vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern. Denn Fehler bei der Form der Übersendung haben keinen Einfluss auf die Gültigkeit des erstellten Briefes (vgl. für den *Demharter*, GBO, § 60 Rdnr. 16; Bauer/Schaub/Schneider, GBO, 4. Aufl. 2018, § 60 Rdnr. 13).

25 Die Herausgabe des mit der Nr. XXXXX 601 erstellten Grundschuldbriefes ist dem Grundbuchamt unmöglich. Denn der Brief befindet sich nach Aufgabe zur Post, die sich unzweifelhaft aus den Akten ergibt, nicht mehr in den Händen des Grundbuchamtes und ist auch nicht dorthin zurückgelangt.

26 Lediglich ergänzend wird darauf hingewiesen, dass es dem Grundbuchamt auch rein faktisch nicht möglich ist, einen weiteren gleichlautenden Grundschuldbrief mit der identischen Nummer zu erstellen. Denn neben dem in §§ 56 ff. GBO vorgesehenen Inhalt des Grundschuldbriefes bestimmen § 52 Abs. 2 GBV und § 21 Abs. 1 GBGA NRW, dass für die Ausfertigung von Grundpfandrechtsbriefen die amtlich ausgegebenen, mit laufenden Nummern versehenen Vordrucke zu verwenden sind. Die Ausfertigungsvordrucke enthalten jeweils eine Gruppenbezeichnung von 01 bis 03, wobei der Grundschuldbrief ausweislich der Anlage 3 zur GBGA NRW der Gruppe 02 (Vordruck B) zuzuordnen ist, und eine Nummernbezeichnung. Innerhalb jeder Gruppe erhalten die Vordrucke für das gesamte Bundesgebiet fortlaufende Nummern. Da ausweislich des nach § 21 Abs. 3 GBGA zur Akte zu nehmenden Ausdrucks des Grundschuldbriefes und des entsprechenden Vermerks über die vergebene fortlaufende Nummer bereits ein Grund-

schuldbrief mit der Nr. XXXXX 601 generiert wurde und die Nummern bundeseinheitlich fortlaufend sind, ist die Erstellung eines weiteren Grundschuldbriefes mit dieser Nummer nicht möglich.

27 b) Der Beteiligten zu 3 steht auch kein Anspruch auf Herausgabe eines neuen Briefes nach § 67 GBO zu.

28 Insoweit fehlt es unzweifelhaft bereits an der Vorlage des bisherigen Briefes oder eines entsprechenden Ausschließungsbeschlusses.

29 Darüber hinaus ist die Beteiligte zu 3 aber auch nicht antragsberechtigt, da sie mangels Erlangung des Briefbesitzes nicht Gläubigerin der Grundschuld geworden ist (§ 1192 Abs. 1, § 1117 Abs. 1 BGB). Insoweit wird auf die Ausführungen in der Verfügung des Senats vom 04.08.2022 Bezug genommen.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Michael Volmer**, Aschaffenburg

I. Was passiert, wenn der Grundschuldbrief schon auf dem ersten Postweg vom Grundbuchamt zur originären (Fremd-)Gläubigerin abhandenkommt? Die Gläubigerin hatte, salopp gesagt, vorgetragen, das Grundbuchamt möge sich bitte nicht so anstellen, es habe ja noch genügend neue Grundschuldbriefe im Tresor liegen (was als solches stimmen dürfte).

Demgegenüber weist das OLG Hamm zu Recht darauf hin, es müsse zuvor der nie angekommene, gleichwohl aber erteilte Grundschuldbrief förmlich gemäß § 1162 BGB aufgeboden werden. Der Senat verweist hierzu auf § 67 GBO sowie auf die technische Unmöglichkeit, „denselben“ Brief, also ein neues Papier mit derselben Nummer des Grundschuldbriefes, erneut zu erteilen. Hinter alledem steht aber natürlich die teleologische Überlegung, dass vor der Erteilung eines neuen Rechtsscheinträgers „Grundschuldbrief“ der alte Rechtsscheinträger in seinen Wirkungen beseitigt werden muss, und dies eben im Aufgebotsverfahren.² Denn wenn in unserer Rechtsordnung eines noch schlimmer ist als das Nichtvorhandensein eines Rechtsscheinträgers (hier ist allenfalls der bisherige Rechtszustand eingefroren), dann die Duplizierung der Rechtsscheinträger. Was soll beispielsweise Vorlage des Briefes bei Kündigung oder Geltendmachung (§§ 1141, 1160 BGB), Übergabe des Briefes zur Abtretung (§ 1154 BGB) oder Vorlage zur Aufhebung (§ 1183 BGB) sein, wenn es zwei Briefe gibt und zwischen ihnen keine Rangordnung besteht? Das lässt sich innerhalb der Rechtsordnung nicht klären und nicht erklären.

- ¹ Zur Herstellung und Beschaffung der Vordrucke instruktiv Meikel/Schneider, GBV, 11. Aufl. 2019, § 52 Rdnr. 2 ff.
- ² Der rechtskräftige Ausschließungsbeschluss beseitigt endgültig die Rechtswirkungen des Briefes, selbst wenn dieser physisch noch existent sein sollte und wieder auftaucht, BeckOGK-BGB/Volmer, Stand: 01.05.2023, § 1162 Rdnr. 54, 60.

II. Richtig gehen die Mehrkosten zur Bereinigung der Situation zulasten des Grundschuldgläubigers.³ Der zivilrechtliche Herausgabeanspruch ist trotz der immensen Bedeutung des Grundschuldbriefes Holschuld (§ 269 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Grundbuchamt als Versender trifft deswegen nicht das Versendungsrisiko.

III. Unverständlich ist der Beschluss lediglich wegen der verneinten Aktivlegitimation des Gläubigers als Beschwerdeführer.⁴ Das OLG Hamm wertet die Anweisung, den Brief an die Gläubigerin auszuhändigen, nicht als Aushändigungsabrede nach § 1117 Abs. 2 BGB, sondern lediglich als besonderen Geheißerwerb am Eigentum an der Urkunde.⁵ Der Geheißerwerb ist natürlich dann an der Nichtaushändigung gescheitert. Die Gründe hierfür versteckt das OLG Hamm in einer innerprozessualen Verfügung an den Beschwerdeführer mit Darlegung der Rechtsauffassung.⁶ Der genaue Wortlaut der Abrede ist nicht mitgeteilt, sodass die Argumentation nicht reflektiert werden kann (unzutreffende Rechtsauffassung des OLG, fehlerhafte Formulierung durch den Notar, ungeeignete Formulierungsvorgabe des Grundschuldgläubigers).

Sicher ist: Die banktypische Grundschuld ordnet nicht bloß abweichenden Postversand an und will keinen Geheißerwerb, mag dieser auch rechtlich möglich sein. Die Aushändigungsabrede will eine Vereinbarung nach § 1117 Abs. 2 BGB. Bei dieser wird aber nicht der eine Realakt durch den anderen, sondern der Realakt der Übergabe durch die Aushändigungsabrede unmittelbar ersetzt, sodass es auf den Realakt der Aushändigung gar nicht mehr ankommt. Die Gläubigerin wird Inhaberin der Grundschuld selbst dann, wenn der Brief noch gar nicht erteilt ist oder, wie hier, auf dem Postweg verloren gegangen ist. In diesem Sinne hatte auch die Beschwerdeführerin selbst – wenngleich widersprüchlich – argumentiert;⁷ in diesem Sinn hatte auch das Grundbuchamt die Formulierung eingestuft. Es hatte nämlich einen Versandweg gewählt, der nach der Geschäftsanweisung nur bei getroffener Aushändigungsabrede zulässig ist, nicht im Fall des Geheißerwerbs.⁸ Unter anderem hat damit die Aushändigungsabrede für den Eigentümer den Charme, dass etwaige Verlustrisiken, die aus Vorgaben der Bank resultieren, auch von der Bank als Berechtigter aufgearbeitet werden müssen (mit Durchführung des Aufgebotsverfahrens), nicht von ihm, dem Eigentümer.

3 Erwähnt in Rdnr. 5. für das beantragte, aber abgebrochene Aufgebotsverfahren.

4 Rdnr. 29 der besprochenen Entscheidung.

5 Rdnr. 18 der besprochenen Entscheidung. Das ist dogmatisch denkbar (BeckOGK-BGB/Kern, § 1117 Rdnr. 44), aber gegen jede empirische Erfahrung: Ich habe in zwanzig Jahren Berufstätigkeit noch kein einziges Briefgrundpfandrecht im Sinne der Auslegung des OLG Hamm beurkundet.

6 Rdnr. 10 der besprochenen Entscheidung.

7 Referiert in Rdnr. 8 der besprochenen Entscheidung, aber widersprüchlich mit dem Hinweis auf § 26 BGBa NRW.

8 Referiert in Rdnr. 24 der besprochenen Entscheidung.

Bürgerliches Recht

FAMILIENRECHT

9. Rechtmäßigkeit der Behandlung in einer akuten Notfallsituation trotz auslegungsbedürftiger Patientenverfügung

KG, Urteil vom 20.02.2023, 20 U 105/22

BGB §§ 242, 628 Abs. 1 Satz 2, § 630a Abs. 1, § 1901a Abs. 1, § 1904 Abs. 2

ZPO § 513 Abs. 1, §§ 529, 546

LEITSATZ:

Unabhängig davon, ob der in der Patientenverfügung der Erblasserin geäußerte Wille der hier stattgefundenen Behandlung entgegenstand, kann die gebotene intensivmedizinische Versorgung eines schwerstkranken Patienten bereits begrifflich nicht als grobe Pflichtverletzung gewertet werden. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Klägerin, Trägerin des (...) Krankenhauses, nimmt die Beklagte als Alleinerbin der verstorbenen Patientin R (nachfolgend: Erblasserin) auf Zahlung von Behandlungskosten i. H. v. 26.990,05 € in Anspruch.

2 Wegen der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes erster Instanz sowie der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (...) Bezug genommen.

3 Das LG hat der Klage vollumfänglich stattgegeben. Der Klägerin stehe gegen die Beklagte als Alleinerbin der Erblasserin ein Anspruch auf Zahlung von Behandlungskosten i. H. v. 26.990,05 € zu. Mit der Erblasserin sei zumindest konkludent ein Behandlungsvertrag geschlossen worden. Jedenfalls habe es sich um eine berechnete Geschäftsführung ohne Auftrag gehandelt. Der Anspruch sei nicht wegen einer vollumfänglich rechtswidrigen Behandlung entfallen. Auch ein aufrechenbarer Schmerzensgeldanspruch stehe der Beklagten nicht zu. Die Erblasserin habe nicht selbst gegenüber den Ärzten und sonstigen Mitarbeitern der Klägerin eine Einwilligung in Reanimationsmaßnahmen versagt. Auch die Patientenverfügung der Erblasserin sei von den Ärzten der Klägerin nicht in relevanter Weise missachtet worden. Diese sei schon vom Wortlaut her nicht einschlägig gewesen, da sich die Erblasserin im Zeitpunkt der jeweils durchgeführten Reanimationen nicht in einem Koma befunden habe. Ferner haben die Ärzte der Klägerin in dem jeweiligen Zeitpunkt der Reanimation nicht davon ausgehen müssen, dass die Erblasserin in einem Zustand gewesen wäre, in dem keine Aussicht auf Wiedererlangung des Bewusstseins bestand. Der wiederholte Hinweis der Beklagten als Vorsorgebevollmächtigter der Erblasserin, dass die Behandlung nach ihrer Auffassung nicht dem Willen der Erblasserin entspreche, führe nicht zu einer Rechtswidrigkeit der Behandlung. Es habe weder ein Einvernehmen

zwischen der Beklagten und dem behandelnden Arzt über den Abbruch der Behandlung vorgelegen noch sei das fehlende Einvernehmen durch eine Genehmigung des Betreuungsgerichts ersetzt worden. Außerdem fehle es an einem Schaden der Erblasserin. Das Weiterleben sei rechtlich nicht als Schaden anzusehen. Die Forderung sei auch fällig, da eine Rechnung bei Krankenhausleistungen nicht Fälligkeitsvoraussetzung sei, die Rechnung aber dennoch den Anforderungen des § 8 Abs. 9 KHEntG entspreche. Ein Zurückbehaltungsrecht wegen der verlangten Einsichtnahme in die Patientenakte bestehe nicht, jedenfalls sei diese Einsicht mittlerweile gewährt worden. Die Forderung sei ferner auch nicht verjährt. Wegen der weiteren Einzelheiten der Entscheidung des LG wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils (...) Bezug genommen.

4 Gegen das ihr am 25.07.2022 zugestellte Urteil hat die Beklagte mit am selben Tag bei dem Gericht eingegangenen Schriftsatz vom 04.08.2022 Berufung eingelegt, die sie mit Schriftsatz vom 12.09.2022, am selben Tag bei dem Gericht eingegangen, begründet hat.

5 Mit der Berufung begehrt die Beklagte die Abänderung des Urteils und Abweisung der Klage.

6 Sie ist der Ansicht, die Reanimationsmaßnahmen hätten nicht durchgeführt und daher auch nicht abgerechnet werden dürfen. Die Patientenverfügung der Erblasserin sei missachtet worden. Nach der Patientenverfügung hätten eine künstliche Beatmung der Erblasserin während des künstlichen Komas sowie die drei Reanimationen nicht erfolgen dürfen. Der allgemeine Gesundheitszustand der Erblasserin sei sehr schlecht gewesen. Sie hätte nicht intensivmedizinisch behandelt werden dürfen.

7 Außerdem sei der Anspruch verjährt. Die zwischenzeitlichen Verhandlungen der Parteien änderten daran nichts, da diese zwischen dem 16.07.2018 und dem 15.10.2018 eingeschlafen seien.

8 Die erstinstanzlich zunächst erklärte Aufrechnung mit Schmerzensgeld- und Schadensersatzansprüchen gegen die Klageforderung hat die Beklagte in zweiter Instanz ausdrücklich nicht aufrechterhalten.

9 Die Beklagte beantragt,

das Urteil des LG Berlin vom 11.07.2022 zum Aktenzeichen 17 O 180/21 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

10 Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

11 Die Klägerin verteidigt das angefochtene Urteil. Die Patientenverfügung der Erblasserin habe auf den Fall eines länger anhaltenden, aussichtslos finalen komatösen Zustand abgezielt. Diese Voraussetzung sei zu keinem Zeitpunkt gegeben gewesen.

12 II. A. Die zulässige, insbesondere form- und fristgerecht eingelegte und begründete, Berufung hat in der Sache keinen Erfolg.

13 Gemäß § 513 Abs. 1 ZPO kann die Berufung nur darauf gestützt werden, dass das angegriffene Urteil auf einer

Rechtsverletzung (§ 546 ZPO) beruht oder nach § 529 ZPO zugrunde zu legende Tatsachen eine andere Entscheidung rechtfertigen. Beides ist hier nicht der Fall. Das LG hat der Klage zu Recht stattgegeben. Die hiergegen gerichteten Berufungsangriffe der Beklagten greifen nicht durch.

14 I. Zu Recht hat das LG einen Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte i. H. v. 26.990,05 € aus § 630a Abs. 1 BGB in Verbindung mit dem ärztlichen Behandlungsvertrag angenommen. Ein Behandlungsvertrag ist zwischen der Klägerin und der Erblasserin wirksam zustande gekommen; die Beklagte ist als deren Alleinerbin gemäß § 1922 Abs. 1, § 1967 Abs. 1 BGB diesbezüglich passivlegitimiert.

15 Die erstinstanzlichen Einwendungen gegen die Höhe und rechnerische Richtigkeit der Rechnung und die Fälligkeit des Anspruchs verfolgt die Beklagte in zweiter Instanz nicht weiter.

16 II. Der streitgegenständliche Anspruch ist auch nicht wieder entfallen.

17 1. Der ärztliche Honoraranspruch ist zunächst nicht wegen einer etwaigen Schlechtleistung seitens der Klägerin in Wegfall geraten.

18 Der ärztliche Behandlungsvertrag ist ein Dienstvertrag, da der Arzt eine den allgemeinen Grundsätzen der Medizin entsprechende Behandlung, nicht aber deren Erfolg schuldet (BGH, Urteil vom 29.03.2011, VI ZR 133/19, juris Rdnr. 7). Der Vergütungsanspruch des Arztes gegen den Patienten kann daher grundsätzlich nicht wegen einer etwaigen Schlechtleistung gekürzt werden oder sogar vollständig entfallen (Grüneberg/*Weidenkaff*, 82. Aufl. 2023, § 630a Rdnr. 41).

19 2. Der Anspruch auf Vergütung der Behandlungsleistung ist hier auch nicht deshalb entfallen, weil der Klägerin im Zusammenhang mit der Behandlung der Erblasserin eine besonders grobe Pflichtverletzung vorzuwerfen ist.

20 Teilweise wird angenommen, dass sich bei besonders groben, in der Regel vorsätzlichen und strafbaren, Pflichtverletzungen des Behandlers die Geltendmachung des Honoraranspruchs als unzulässige Rechtsausübung im Sinne von § 242 BGB darstellt (OLG Nürnberg, Urteil vom 08.02.2008, 5 U 1795/05, juris Rdnr. 20). Ein solcher Fall liegt hier jedoch nicht vor.

21 Unabhängig davon, ob der in der Patientenverfügung der Erblasserin geäußerte Wille der hier stattgefundenen Behandlung entgegenstand (dazu sogleich), kann die gebotene intensivmedizinische Versorgung eines schwerstkranken Patienten bereits begrifflich nicht als grobe Pflichtverletzung gewertet werden.

22 3. Auch ein Entfallen des Vergütungsanspruchs wegen Unbrauchbarkeit der seitens der Klägerin erbrachten ärztlichen Leistung kommt nicht in Betracht.

23 Ein Behandlungsfehler kann auch dann einem Vergütungsanspruch des Behandlers in entsprechender Anwendung von § 628 Abs. 1 Satz 2 BGB bzw. § 280 Abs. 1 BGB oder § 242 BGB entgegengehalten werden, wenn aufgrund dessen die Behandlungsleistung für den Patienten völlig



unbrauchbar ist (*Martis/Winkhart*, *Arzthaftungsrecht*, 6. Aufl. 2021, Rdnr. R9 m. w. N., Senat, Urteil vom 01.07.2010, 20 W 23/10, juris Rdnr. 4). Auch davon ist hier nicht auszugehen.

24 Die streitgegenständliche Behandlung hatte eine Verlängerung des Lebens der Erblasserin zur Folge und war daher nicht unbrauchbar in diesem Sinne. Die Bewertung des Lebens, auch eines leidensbehafteten Lebens, als unbrauchbar, verbietet sich, da sich das Leben als höchststrangiges Rechtsgut einer Beurteilung durch Dritte entzieht (BGH, Urteil vom 02.04.2019, VI ZR 13/18, juris Rdnr. 14).

(...)

47 III. Die erstinstanzlich zunächst erklärte Aufrechnung mit Schadensersatz- und Schmerzensgeldansprüchen aus der Behandlung der Erblasserin hat die Beklagte in zweiter Instanz nicht weiter verfolgt, sodass hierüber keine Entscheidung veranlasst war.

48 IV. Der Anspruch der Klägerin ist auch durchsetzbar. Insbesondere steht ihm nicht die von der Beklagten erhobene Einrede der Verjährung gemäß § 214 Abs. 1 BGB entgegen.

49 Die Forderung ist nicht verjährt.

50 1. Zutreffend geht das LG davon aus, dass die Verjährung der durch die Behandlung im Jahr 2015 entstandenen Ansprüche auf Vergütung der Leistungen der Klägerin mit dem Ablauf des Jahres 2015 begann. Die dreijährige Regelverjährungsfrist gemäß §§ 195, 199 Abs. 1 BGB wäre damit mit Ablauf des 31.12.2018 abgelaufen.

51 2. Die Verjährung wurde jedoch gemäß § 203 BGB dadurch gehemmt, dass zwischen den Parteien unstreitig am 04.05.2018 Verhandlungen aufgenommen wurden. An diesem Tag erklärte die Beklagte telefonisch gegenüber einer Mitarbeiterin des von der Klägerin beauftragten Inkassobüros ihre Leistungsbereitschaft, sobald ihr eine detaillierte Aufstellung und Erläuterung der Rechnung übermittelt werde. Zutreffend nimmt die Beklagte an, dass zu diesem Zeitpunkt noch eine Restverjährungsfrist von 7 Monaten und 27 Tagen bestand.

52 3. Entgegen der Ansicht der Beklagten ist jedoch nicht davon auszugehen, dass die Verhandlungen am 16.07.2018 mit der Folge eingeschlafen sind, dass die restliche Verjährungsfrist ab diesem Tag weiterlief.

53 a) Dem Abbruch der Verhandlungen steht das Einschlafen der Verhandlungen gleich, bei dem die Verjährungshemmung zu dem Zeitpunkt endet, zu dem unter Berücksichtigung aller Umstände nach Treu und Glauben mit dem nächsten Verhandlungsschritt zu rechnen gewesen wäre (BGH, Urteil vom 08.11.2016, VI ZR 594/15, juris Rdnr. 16). Als angemessene Reaktionsfrist auf eine Äußerung des Verhandlungspartners ist dabei regelmäßig ein Zeitraum von mindestens zwei Wochen anzusehen (BGH, Urteil vom 05.06.2014, VII ZR 285/12, juris Rdnr. 16).

54 b) Unter Berücksichtigung aller Umstände war in dem hier zu beurteilenden Fall von einem Zeitraum von ca. einem Monat als angemessener Reaktionsfrist auszugehen. Dabei ist insbesondere berücksichtigt, welche Zeiträume zuvor zwischen den einzelnen Verhandlungsschrit-

ten der Verhandlungsparteien lagen. Auf das Telefonat vom 04.05.2018 hin erhielt die Beklagte die Rechnung mit Kostenaufstellungen unter dem 04.06.2018, also einen Monat später. Mehr als einen weiteren Monat später, am 11.07.2018, fragte das Inkassobüro nochmals bei der Beklagten die Begleichung der Rechnung an (...). Daraufhin antwortete diese zunächst unter dem 16.07.2018 (...), die Rechnung sei noch sehr ungenau und es fehle eine tägliche Leistungsauflistung. Sie habe sich diesbezüglich mit dem Krankenhaus in Verbindung gesetzt und um eine detaillierte Rechnung gebeten, bislang allerdings keine Rückmeldung erhalten. Sie werde das Krankenhaus nochmals anschreiben. Das für die Klägerin tätige Inkassobüro durfte daraufhin nach Treu und Glauben davon ausgehen, dass nunmehr die Beklagte nach Erhalt einer Rückäußerung der Klägerin zu der Rechnung und den Unterlagen von sich aus den nächsten Schritt unternimmt. Innerhalb eines Monats nach der Anfrage forderte die Beklagte bei der Klägerin unter dem 07.08.2018 (...) eine detaillierte Rechnung und die Krankenakte an. Mit Schreiben vom 20.08.2018 (...) teilte die Beklagte dem Inkassobüro mit, dass sie seitens der Klägerin um Geduld gebeten wurde, da die entsprechenden Unterlagen nicht auffindbar seien. Weniger als einen Monat später, mit Schreiben vom 14.09.2018 (...), teilte das Inkassobüro der Beklagten mit, dass sie nunmehr Einsicht in die Krankenakte nehmen könne. Anschließend werde eine Rückmeldung zum Ausgleich der Forderung erwartet. Einen weiteren Monat später, mit Schreiben vom 15.10.2018 (...), formulierte die Beklagte konkrete Fragen zu der ihr übersandten Rechnung und forderte nochmals die Krankenakte an. Die Klägerin hat hierauf mit E-Mail vom 20.11.2018 (...) reagiert.

55 Bei dieser Sachlage ist von einer ununterbrochenen Fortsetzung der Verhandlungen jedenfalls bis zu dem Zeitpunkt auszugehen, zu dem eine Reaktion auf die E-Mail vom 20.11.2018 erwartet werden konnte, also ca. Mitte Dezember 2018.

56 c) Bevor nunmehr die Verhandlungen abgebrochen oder eingeschlafen waren, wurde die Verjährung durch die Zustellung des Mahnbescheides am 08.12.2018 gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 3 BGB erneut gehemmt. Diesbezüglich stellte dann die weitere Kostenanforderung am 19.12.2018 die letzte Verfahrenshandlung im Sinne von § 204 Abs. 2 Satz 3 BGB dar, sodass die restliche Verjährungsfrist von 7 Monaten und 27 Tagen gemäß § 204 Abs. 2 Satz 1 BGB ab dem 19.06.2019 weiterlief und am 15.02.2020 abgelaufen wäre. Durch die bereits im Januar 2020 erfolgte Einzahlung des weiteren Kostenvorschusses trat eine erneute Hemmung gemäß § 204 Abs. 2 Satz 4 BGB ein, die bis heute andauert.

(...)

10. Keine Mitmutterschaft der Ehefrau der Mutter

KG, Beschluss vom 26.07.2022, 3 UF 30/21

BGB § 1592 Nr. 1, § 1600d Abs. 4

LEITSÄTZE:

1. **Der Ehepartner einer gleichgeschlechtlich verheirateten Mutter, die ein durch Samenspende gezeugtes Kind geboren hat, ist kein Elternteil des Kindes. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Diese unterschiedliche Behandlung von verschieden- und gleichgeschlechtlichen Ehepaaren führt zu keinen Grundrechtsverstößen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Das Verfahren betrifft die Feststellung der Elternschaft zwischen der am 31.03.2020 geborenen Beteiligten zu 1 (im Folgenden: Kind) und der Beteiligten zu 3.

2 Die Beteiligte zu 3 ist seit dem 08.01.2020 mit der Beteiligten zu 2, der Mutter des Kindes, verheiratet. Das Kind wurde mittels einer Samenspende des seit 20 Jahren mit der Beteiligten zu 3 (im Folgenden: Ehefrau) befreundeten W – den der Senat gemäß § 7 Abs. 4 FamFG benachrichtigt und belehrt hat – gezeugt. Ein auf Antrag der Ehefrau eingeleitetes Adoptionsverfahren ist zum Geschäftszeichen 166 B F 7963/20 bei dem AG Kreuzberg (Familiengericht) anhängig.

3 Den Antrag der Antragstellerinnen festzustellen, dass zwischen dem Kind und der Beteiligten zu 3 ein Eltern-Kind-Verhältnis besteht, hat das AG Kreuzberg (Familiengericht) mit Beschluss vom 15.03.2021 – zugestellt am 18.03.2021 – zurückgewiesen. Mit ihren am 16.04.2021 bei dem AG eingegangenen Beschwerden verfolgen die Antragstellerinnen ihren Antrag weiter. Der Senat nimmt im Übrigen auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Beschluss und wegen des Beschwerdevorbringens auf die Schriftsätze vom 19.04.2021 und vom 20.08.2021 Bezug.

4 Der Senat hat einen Anhörungs- und Erörterungstermin durchgeführt.

5 II. Die gemäß § 58 FamFG statthaften und auch im Übrigen zulässigen Beschwerden sind unbegründet.

6 Zu Recht hat es das AG abgelehnt, das Bestehen einer Eltern-Kind-Beziehung zwischen Ehefrau und Kind festzustellen. Die Ehefrau der ein Kind gebärenden Frau wird weder in direkter noch in entsprechender Anwendung des § 1592 Nr. 1 BGB Mit-Elternteil des Kindes (BGH, Beschluss vom 10.10.2018, XII ZB 231/18, NJW 2019, 153; Senat, Beschluss vom 09.02.2018, 3 UF 146/17, FamRZ 2018, 1925; OLG Celle, Beschluss vom 24.03.2021, 21 UF 146/20, NJOZ 2021, 1123; OLG Stuttgart, Beschluss vom 07.04.2022, 11 UF 39/22, NJW 2022, 2050; BeckOGK-BGB/Reuß, Stand: 01.05.2022, § 1591 Rdnr. 50; a. A. [analoge Anwendung möglich] *Chebout/Xylander*, NJW 2021, 2472; *Kiehnle*, JR 2022 Anlage BF 2). Die darin liegende unterschiedliche Behandlung von verschieden- und gleichgeschlechtlichen

Ehepaaren trifft nicht auf verfassungs- oder konventionsrechtliche Bedenken; insbesondere ist weder das Familiengrundrecht des Art. 6 Abs. 1 GG noch das Elterngrundrecht aus Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG verletzt (BGH, a. a. O.; Senat, a. a. O.; OLG Stuttgart, a. a. O.).

7 Die Überzeugung des Senats, dass die Bestimmung des § 1592 Nr. 1 BGB sowohl das Kind als auch die Ehefrau der Mutter in ihrem Grundrecht aus Art. 3 Abs. 1 GG auf Gleichbehandlung verletzt und verfassungswidrig ist (Senat, Beschluss vom 24.03.2021, 3 UF 1122/20, FamRZ 2021, 854), betrifft nur das durch eine ärztlich unterstützte künstliche Befruchtung im Sinne des § 1600d Abs. 4 BGB gezeugte und in der gleichgeschlechtlichen Ehe der Mutter geborene Kind. Nur in dieser Konstellation können nach Überzeugung des Senats die biologischen Unterschiede zwischen Mann und Frau die der Bestimmung des § 1592 Nr. 1 BGB zugrunde liegende gesetzgeberische Typisierung nicht mehr rechtfertigen. Denn nur im Rahmen einer solchen „qualifizierten“ Samenspende hat der Gesetzgeber mit der Einführung des § 1600d Abs. 4 BGB von dem Prinzip der „Statuswahrheit“, dass also „die Vaterschaft kraft Ehe sich aus dem Gedanken rechtfertigt, dass regelmäßig eine biologisch richtige Zuordnung begründet wird“, zugunsten der sozialen Elternschaft bzw. dem Schutz der sozial-familiären Beziehung abgesehen, nicht jedoch für andere Fälle der – wie hier: sog. privaten – Samenspende.

8 Das Verfahren ist nicht im Hinblick auf die beim BVerfG anhängigen Richtervorlagen (Senat, a. a. O.; OLG Celle, a. a. O.; AG München, Beschluss vom 11.11.2021, 542 F 6701/21, FamRZ 2022, 122) gemäß § 21 Abs. 1 Satz 1 FamFG auszusetzen, weil das BVerfG nicht aufgrund dieser Vorlagen mit einem „Parallellfall“ im Sinne eines dem vorliegenden Fall vergleichbaren Verfahren befasst ist (vgl. BVerfG, Beschluss vom 08.10.2003, 2 BvR 1309/03, NJW 2004, 501). Denn die diesen Vorlagebeschlüssen zugrunde liegenden Sachverhalte unterscheiden sich von dem vorliegenden dadurch, dass das Kind entweder infolge einer ärztlich unterstützten künstlichen Befruchtung im Sinne des § 1600d Abs. 4 BGB oder aufgrund einer anonymen Embryonenspende geboren wurde und anders als im vorliegenden Verfahren die Besetzung der zweiten Elternstelle durch Feststellung der Vaterschaft (beispielsweise auf Antrag des dann volljährig gewordenen Kindes) von vornherein ausscheidet.

(...)

ANMERKUNG:

Von Prof. Dr. **Christoph Moes**, Augsburg

Kinder, die mittels Samenspende in die Ehen zweier Frauen geboren werden, haben als Mutter die gebärende Frau (§ 1591 BGB). Deren Ehepartnerin ist nach geltendem Abstammungsrecht in keiner Konstellation zweiter Elternteil („Mit-Mutter“), sondern muss das Kind erst adoptieren – anders als dies beim Ehemann der gebärenden Frau wäre, der nach § 1592 Nr. 1 BGB kraft Ehe als Vater gilt.

Dass die Mit-Mutter in allen denkbaren Fallkonstellationen auf das Adoptionsverfahren angewiesen ist, wird je-

denfalls in dieser Undifferenziertheit überwiegend als reformbedürftig empfunden. Konkrete Reformvorschläge dazu gibt es bereits.¹ Dennoch lässt der im Koalitionsvertrag der Ampelregierung verabredete Gesetzentwurf² erstaunlich lange auf sich warten.

Im Januar 2024 hat das BMJ immerhin ein Eckpunktepapier vorgelegt.³ Solange die Reform aber noch nicht im Bundesgesetzblatt steht, liegt es nahe, das Anliegen auf dem Rechtsweg zu verfolgen. Am unkompliziertesten wäre da der Gang über das einfache Recht. Aber der BGH hat im Jahr 2018 eine analoge Anwendung von § 1592 Nr. 1 BGB auf die Mit-Mutter abgelehnt.⁴ Der Weg über das BGB ist damit verbarrikiert. Dies gilt aber nicht für den Weg über das Grundgesetz, wobei der Instanzenweg hier ein wenig beschwerlicher ist. Inzwischen gibt es eine Reihe von Richtervorlagen nach Art. 100 Abs. 1 GG, die mit im Einzelnen differenzierten Begründungen die Verfassungswidrigkeit der geltenden Rechtslage behaupten.⁵ Den Hintergrund aller Fallkonstellationen bildet die durch das Adoptionsverfahren verursachte Phase der Rechtsunsicherheit: Obwohl unter Umständen bereits bei Zeugung des Kindes die Mit-Mutter zur Übernahme der Elternschaft bereit ist, kann diese Übernahme nicht pränatal und schon gar nicht präkonzeptionell rechtssicher gestaltet werden. Die im Adoptionsverfahren je nach Fallkonstellation erforderliche Einwilligung des biologischen Vaters kann zwar bereits pränatal und wohl sogar präkonzeptionell erteilt werden (§ 1747 Abs. 3 Nr. 1 BGB), die Einwilligung der gebärenden Frau aber erst acht Wochen nach Geburt des Kindes (§ 1747 Abs. 2 BGB). Die Mit-Mutter wird also erst mehrere Monate nach der Geburt rechtlicher Elternteil.

Strukturiert man das Wirrwarr der hier einschlägigen Fallkonstellationen, kann man folgende Fallgruppen unterscheiden:

Die erste Gruppe umfasst die Fälle, in denen der biologische Vater die rechtliche Elternschaft wegen § 1600d Abs. 4 BGB gar nicht erzwingen könnte, also die anonyme Samenspende über eine Entnahmeeinrichtung im Sinne des Samenspenderregistergesetzes (SaRegG). Hier steht die adoptionsrechtlich verursachte Schwebephase der Elternzuordnung unter erheblichem verfassungsrechtlichem Rechtfertigungsdruck. Weshalb sollte man

dem Kind einen zweiten Elternteil abstammungsrechtlich verweigern, wenn die Mit-Mutter zur Übernahme der Elternschaft bereit ist und die gebärende Frau einwilligt?

In der zweiten Gruppe befinden sich die Fälle, in denen der biologische Vater die rechtliche Elternschaft durch Vaterschaftsfeststellungsverfahren theoretisch beanspruchen könnte, es aber vom Sachverhalt her zweifelsfrei ist, dass dies nicht geschehen wird, während die Mit-Mutter zur Übernahme bereit ist. Das sind die (eher seltenen) Fälle der privaten anonymen Becherspende, die sich von den von § 1600d Abs. 4 BGB abgedeckten Fällen letztlich nur dadurch unterscheiden, dass die Anonymität nicht in einem geordneten und ärztlich kontrollierten Verfahren gesichert wird. Vergleichbar sind auch Fälle der (ebenfalls eher seltenen) Embryonenspende.

Die dritte Gruppe bilden Konstellationen, in denen der biologische Vater ein realistisches Interesse an der Elternschaft haben kann, aber alle Beteiligten (biologischer Vater, gebärende Frau, Mit-Mutter) sich vor der Zeugung oder jedenfalls vor der Geburt einig werden, dass er dieses Interesse nicht wahrnehmen will und statt seiner die Mit-Mutter die Elternschaft übernehmen soll. Das Fallportfolio reicht hier von der nicht anonymen Becherspende bis hin zum One-Night-Stand der bisexuellen (gebärenden) Frau mit dem biologischen Vater und der davon überraschten Mit-Mutter. Auch hier stellt sich die nach Art. 6 GG relevante Frage, weshalb das einfache Recht die Stabilisierung der Elternschaftszuordnung erst Monate nach der Geburt durch Adoptionsbeschluss zulässt. Allerdings ist die These, wonach die Mit-Mutterschaft von Verfassungs wegen zwingend abstammungs- und nicht adoptionsrechtlich zu gewährleisten ist, in diesen Fällen schon deutlich schwieriger zu untermauern.

Außerhalb der verfassungsrechtlichen Gefahrenzone dürften sich schließlich die Fälle der vierten Gruppe befinden, in denen ein Elternschaftsinteresse des biologischen Vaters bestehen kann, dessen Austarierung mit der Mit-Mutter noch offen ist. Hier mag man rechtspolitisch darüber streiten, wem das Gesetz abstammungsrechtlich den „Erstzugriff“ auf die Elternschaft gewähren sollte, dem biologischen Vater oder der Mit-Mutter. Aber diese Abwägung gehört mit Sicherheit ins Parlament, nicht auf die Karlsruher Richterbank.⁶

Das KG hat in dem hier zu besprechenden Beschluss eine Vorlage an das BVerfG abgelehnt.⁷ Zugrunde lag eine Konstellation aus der dritten Fallgruppe. Der nicht anonyme Samenspender war ein mit der Mit-Mutter langjährig befreundeter Mann. Weder das KG noch die Entscheidung der Vorinstanz⁸ teilen zwar mit, ob er sein mutmaßliches Desinteresse an der Vaterschaft auch

1 Vor allem Abschlussbericht des Arbeitskreises Abstammungsrecht des BMJV, 2017; Diskussionsteilentwurf eines Gesetzes zur Reform des Abstammungsrechts, 2019.
 2 Koalitionsvertrag „Mehr Fortschritt wagen“, 2021, S. 101.
 3 Eckpunkte für eine Reform des Abstammungsrechts vom 16.01.2024.
 4 BGH, Beschluss vom 10.10.2018, XII ZB 231/18, DNotZ 2019, 58.
 5 KG, Beschluss vom 24.03.2021, 3 UF 1122/20, FamRZ 2021, 854; OLG Celle, Beschluss vom 24.03.2021, 21 UF 146/20, FamRZ 2021, 862; AG Brandenburg, Beschluss vom 27.09.2021, 41 F 132/21; AG München, Beschluss vom 11.11.2021, 542 F 6701/21, FamRZ 2022, 122; Beschluss vom 19.04.2023, 528 F 11449/22. Vgl. zu den Vorlagen des KG und des OLG Celle ausführlich Moes, NJW 2021, 3359.

6 A. A. Chebout/Sanders/Valentiner, NJW 2022, 3694 Rdnr. 28.
 7 KG, Beschluss vom 26.07.2022, 3 UF 30/21, BeckRS 2022, 32334; hierzu bereits Anmerkung von Schmidt, NZFam 2023, 279.
 8 AG Berlin-Tempelhof-Kreuzberg, Beschluss vom 15.03.2021, 142 F 9899/20, BeckRS 2021, 58833.

förmlich bekundet hat; der Sachverhalt legt dies aber nahe. Wie das KG ausführte, hat es verfassungsrechtliche Bedenken gegen die geltende Rechtslage nur bei der ersten Fallgruppe (§ 1600d Abs. 4 BGB). Eine Vorlage an das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG lehnte das KG daher ab. Auch eine Aussetzung des Verfahrens nach § 21 Abs. 1 Satz 1 FamFG bis zur Entscheidung des BVerfG in den bereits anhängigen Vorlagefällen des KG und des OLG Celle komme nicht in Frage. Es handele sich hier schlicht nicht um einen Parallelfall.

Dieses Ergebnis fügt sich in die Entscheidungen anderer Gerichte ein. Vorlagen an das BVerfG nach Art. 100 Abs. 1 GG gibt es zur ersten Fallgruppe vom KG selbst und vom AG München,⁹ ferner zur Embryonenspende aus der zweiten Fallgruppe vom OLG Celle.¹⁰ Hingegen lehnte das OLG Stuttgart verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Feststellung der Vaterschaft des Samenspenders in der vierten Fallgruppe ab.¹¹ Die nunmehr vorliegende Entscheidung des KG zur dritten Fallgruppe schließt somit eine Lücke in der obergerichtlichen Rechtsprechung und man darf gespannt sein, wie sich das BVerfG zu dem Gesamtkomplex positionieren wird.

Interessant ist der Themenbereich nicht nur für den Familienrechtler im engeren Sinn, sondern für den politisch denkenden Juristen ganz allgemein. Denn hier wird ein Scheinwerferlicht auf die Transformation der Geschlechter- und Familienverhältnisse geworfen. Das sieht man am besten, wenn man ganz jenseits der verfassungsdogmatischen Verästelungen der Art. 3 und 6 GG betrachtet, von welchen materiellen Gesichtspunkten her man die Fälle entwickeln kann.

Der erste Gesichtspunkt ist die Geschlechterdiskriminierung, bei der die verfassungsrechtliche Argumentation über die Gleichbehandlung von Ehefrauen der gebärenden Frau mit deren potenziellen Ehemännern läuft. Wenn der Ehemann nach § 1592 Nr. 1 BGB schon kraft Ehe Vater ist, weshalb dann nicht auch die mit der gebärenden Frau verheiratete Mit-Mutter? Diesen Gesichtspunkt kann man rechtsmethodisch über eine Analogie einführen, womit man, wie bereits erwähnt, 2018 vor dem BGH gescheitert ist, oder über Art. 3 GG, was das KG 2021 in seiner Richtervorlage zur ersten Fallgruppe versucht. Aber geht es hier wirklich um ein Problem der Geschlechterdiskriminierung, wenn § 1592 Nr. 1 BGB die Elternschaft des Ehemannes auf die vermutete genetische Abstammung stützt, die die Mit-Mutter ja nun gerade nicht für sich reklamieren kann?¹²

9 KG, Beschluss vom 24.03.2021, 3 UF 1122/20, FamRZ 2021, 854; AG München, Beschluss vom 11.11.2021, 542 F 6701/21, FamRZ 2022, 122.

10 OLG Celle, Beschluss vom 24.03.2021, 21 UF 146/20, FamRZ 2021, 862.

11 OLG Stuttgart, Beschluss vom 07.04.2022, 11 UF 39/22, FamRZ 2022, 1292.

12 Dagegen etwa Moes, NJW 2021, 3359. Dafür etwa Chebout/Sanders/Valentiner, NJW 2022, 3694.

Der zweite Gesichtspunkt ist die nach Art. 6 Abs. 1 GG geschützte Stabilisierungsfunktion der Familie.¹³ Die streitet jedenfalls dafür, dass die Klärung einer schon vor der Geburt des Kindes hervortretenden Elternschaftskonkurrenz von mehr als zwei Personen, die ja bei gleichgeschlechtlichen Wunscheltern immer vorliegt, nicht bis auf einen Zeitpunkt lange nach der Geburt hinausgeschoben wird, wenn der biologische Vater nachweisbar die Elternschaft nicht wahrnehmen will und die Mit-Mutter dazu bereit ist. Das betrifft die zweite und die dritte Fallgruppe. Daraus folgt aber nur, dass die finale Elternschaftszuordnung abstammungs- oder adoptionsrechtlich früher rechtsverbindlich geklärt werden können muss und dabei ein privatautonomer Konsens der Beteiligten ausschlaggebend sein sollte, egal ob dieser implizit festgestellt wird (anonyme Becherspende, Embryonenspende) oder explizit (nicht-anonyme Becherspende). Das Eckpunktepapier des BMJ sieht daher für die dritte Fallgruppe die Möglichkeit einer öffentlich zu beurkundenden, präkonzeptionellen Elternschaftsvereinbarung mit abstammungsrechtlicher Wirkung vor. Keineswegs lässt sich aus der Stabilisierungsfunktion des Art. 6 GG aber schlussfolgern, ob in der vierten Fallgruppe dem biologischen Vater oder der Mit-Mutter von Verfassungs wegen der Vorzug einzuräumen ist, wenn ein solcher Konsens nicht besteht und ob die Elternzuordnung in diesem Fall abstammungs- oder adoptionsrechtlich zu klären ist.

Damit kommt man zum dritten Gesichtspunkt. Die ebenfalls nach Art. 6 GG relevanten individuellen Interessen der Beteiligten und ihre Gewichtung im Falle eines Interessenskonfliktes. Diese Gewichtung dürfte für die erste und zweite Fallgruppe eindeutig zugunsten der Mit-Mutter ausfallen. In der vierten Fallgruppe wird sich ein zwingendes verfassungsrechtliches Argument für die Gewichtung unabhängig von der Betrachtung des jeweiligen Einzelfalles (Samenspende? One-Night-Stand?) wohl kaum finden lassen, weshalb hier der Gesetzgeber gefragt ist, dessen Auffangregel (§ 1600d Abs. 1 BGB) derzeit für den biologischen Vater streitet. In der dritten Fallgruppe schließlich findet sich bereits eine Gleichgerichtetheit der Interessen von biologischem Vater, gebärender Frau und Mit-Mutter, die die Gewichtung einvernehmlich zugunsten der Mit-Mutter vorgenommen haben. Der denkbare Einwand aus konservativer Perspektive heraus, es könnte ein gegenläufiges Interesse des Kindes geben, dass ihm der biologische Vater als Elternteil zugewiesen wird anstelle einer weiteren Frau als Mit-Mutter, wird wohl kein Gehör mehr finden.¹⁴ Oder anders formuliert: Man wird die Rechtsprechung des BVerfG insgesamt so verstehen müssen, dass das Argument, ein Kind solle vorzugsweise einen Vater und eine Mutter als Elternteile ha-

13 Vgl. BVerfG, Urteil vom 19.02.2013, 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, BVerfGE 133, 59 Rdnr. 73; Beschluss vom 26.03.2019, 1 BvR 673/17, DNotZ 2019, 764 Rdnr. 70.

14 Vgl. BVerfG, Urteil vom 19.02.2013, 1 BvL 1/11, 1 BvR 3247/09, BVerfGE 133, 59.

ben, verfassungsrechtlich nicht mehr zulässig ist.¹⁵ Was wiederum völlig konsequent ist, wenn das Geschlecht ohnehin nur als externe Fremdzuschreibung begriffen wird¹⁶ und man selbst Ei- und Samenzellen nicht mehr als „weiblich“ oder „männlich“ qualifizieren will, sondern nur noch als weiblich oder männlich „konnotiert“.¹⁷ Man merkt es vielleicht bei der Lektüre dieser Anmerkung: Die Schnittstelle von Verfassungsrecht und Geschlechterkulturkampf ist eigentlich das mit Abstand Interessanteste am gesamten Themenkomplex.

Wann das BVerfG entscheidet und ob ihm die Ampelkoalition mit der beabsichtigten Neuregelung des Abstammungsrechts zuvorkommen wird, weiß niemand, auch wenn das BMJ sich in seinem Eckpunktepapier inzwischen auf die Geschlechterdiskriminierungsperspektive festgelegt hat.¹⁸ Für die betroffenen Mit-Mütter tut sich aber demnächst vielleicht eine Zwischenlösung aus dem juristischen Kuriositätenkabinett auf. Tritt das derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindliche Gesetz über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag (SBGG) in der Fassung des Gesetzesentwurfs der Bundesregierung¹⁹ in Kraft, kann die Mit-Mutter ihren Geschlechtseintrag im Personenstandsregister durch Erklärung gegenüber dem Standesamt vor Geburt des Kindes auf „männlich“ ändern. Maßgeblich für das Abstammungsrecht ist dann § 11 Abs. 1 SBGG, der den Geschlechtseintrag im Personenstandsregister zwar hinsichtlich §§ 1591, 1592 Nr. 3 BGB für unmaßgeblich erklärt, nicht aber hinsichtlich § 1592 Nr. 1 und 2 BGB. Ändert die Mit-Mutter ihren Geschlechtseintrag somit rechtzeitig, so gilt sie offenbar im Sinne von § 1592 Nr. 1 BGB als „Mann, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist“. Der biologische Vater, der ohne diese Erklärung der Mit-Mutter seine Vaterschaft feststellen lassen könnte (§ 1600d BGB), hat dagegen kein Anfechtungsrecht.²⁰ Die Mit-Mutter wiederum wäre Elternteil, aber personenstandsrechtlich „Vater“, obwohl sie sich gar nicht männlich fühlt, sondern nur das Adoptionsverfahren vermeiden wollte. An die Stelle der parlamentarischen Sachentscheidung einer schwierigen familienrechtlichen Problemstellung träte dann eine Art Gesetzgebungsklamauk. Auch der würde vermutlich seinen Weg nach Karlsruhe finden.

15 Zutreffend insoweit jedenfalls die Interpretation der Rechtsprechung durch *Chebout/Sanders/Valentiner*, NJW 2022, 3694 Rdnr. 32.

16 Hierzu demnächst das SGBB, vgl. auch nachfolgend imText.

17 So *Chebout/Sanders/Valentiner*, NJW 2022, 3694 Rdnr. 32.

18 Vgl. das in Fn. 3 bezeichnete Eckpunktepapier des BMJ, das eine Mit-Mutterschaft der mit der gebärenden Mutter verheirateten Frau kraft Gesetzes vorsieht, also im Ergebnis die vom BGH (Fn. 4) abgelehnte analoge Anwendung von § 1592 Nr. 1 BGB.

19 Gesetzesentwurf der Bundesregierung eines Gesetzes über die Selbstbestimmung in Bezug auf den Geschlechtseintrag und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 23.08.2023

20 Sofern nicht wiederum das BVerfG in der anhängigen Verfassungsbeschwerde 1 BvR 2017/21 gegen den Beschluss des OLG Naumburg v. 28.7.2021, 8 UF 8 /21, zu der die mündliche Verhandlung am 26.09.2023 stattgefunden hat, eine Neujustierung von § 1600 Abs. 2, 3 BGB erzwingt.

Bürgerliches Recht

ERBRECHT

11. Zum Nachweis der Scheidung einer früheren Ehe bei Beantragung eines Erbscheins

OLG Dresden, Beschluss vom 24.05.2023, 17 W 265/23

BGB §§ 1306, 1314 Abs. 1, § 1318

FamFG § 352 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Satz 2

LEITSÄTZE:

1. Der Antragsteller hat im Erbscheinsverfahren die wirksame Auflösung einer ersten Ehe des Erblassers grds. durch öffentliche Urkunde nachzuweisen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der bloße Nachweis der zweiten Eheschließung reicht hierfür nicht. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. A (im Folgenden: Erblasserin) verstarb am (...) 2022. Im Zeitpunkt ihres Todes war die Erblasserin in zweiter Ehe mit dem Beteiligten zu 2 verheiratet. In erster Ehe war die Erblasserin mit E verheiratet; die Ehe wurde geschieden. Aus dieser Ehe gingen zwei Kinder, die Beteiligten zu 1 und 3, hervor.

2 Mit notarieller Urkunde des Notars (...) vom 21.09.2022 (UV-Nr. B [...]) beantragten die Beteiligten die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins, der den Beteiligten zu 2 als Erben zu ½ und die Beteiligten zu 1 und 3 als Erben zu je ½ ausweist. Mit Verfügung vom 10.03.2023 wies das AG Dresden – Nachlassgericht – darauf hin, dass gemäß § 352 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Satz 4 FamFG durch öffentliche Urkunde nachgewiesen werden müsse, dass die erste Ehe der Erblasserin geschieden worden sei. Die Beteiligten hielten dies nicht für geboten, da die Erblasserin zum Todeszeitpunkt erneut verheiratet gewesen sei.

3 Daraufhin wies das Nachlassgericht den Erbscheinsantrag mit Beschluss vom 17.04.2023 zurück, da es an dem gesetzlich geforderten Nachweis, dass die erste Ehe geschieden sei, fehle. Auch wenn nach § 1306 BGB bei der Schließung einer zweiten Ehe die Ehefähigkeit nachgewiesen werden müsse, sei nicht ausgeschlossen, dass Eheschließungen trotz Fortbestand einer vorhergehenden Ehe erfolgten. Wäre aber die frühere Ehe nicht geschieden worden, wäre E erbberechtigt. Deshalb gehöre er auch zum Personenkreis des § 352 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, Satz 2 FamFG. Die Beteiligten hätten deshalb die behauptete Scheidung durch öffentliche Urkunde nachzuweisen. Dies sei nicht geschehen.

4 Gegen die am 24.04.2023 zugestellte Entscheidung legten die Beteiligten am 25.04.2023 Beschwerde ein. Der geschiedene Ehegatte der Erblasserin gehöre nicht zum Personenkreis des § 352 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 FamFG, da sie im Zeitpunkt ihres Todes mit einer anderen Person, dem Be-

teiligten zu 2, verheiratet gewesen sei. Ein zweiter Ehegatte sei damit denklogisch ausgeschlossen. Der geforderte Urkundsbeweis könne deshalb nicht verlangt werden.

5 Das Nachlassgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 02.05.2023 nicht abgeholfen und sie dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

6 II. Die zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. Zu Recht hat das Nachlassgericht die Erteilung eines Erbscheins versagt.

7 1. Wer die Erteilung eines Erbscheins beantragt, hat nach § 352 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 FamFG anzugeben, ob und welche Personen vorhanden sind oder vorhanden waren, durch die er von der Erbfolge ausgeschlossen oder sein Erbeil gemindert werden würde. Im Falle des Wegfallens einer Person, durch die der Antragsteller von der Erbfolge ausgeschlossen sein oder sein Erbeil gemindert werden würde, hat er gemäß § 352 Abs. 1 Satz 2 FamFG anzugeben, in welcher Weise die Person weggefallen ist. Die Richtigkeit der entsprechenden Angaben ist grundsätzlich durch öffentliche Urkunden nachzuweisen (§ 352 Abs. 3 FamFG).

8 2. Im vorliegenden Falle ist die Auflösung der vorhergegangenen Ehe der Erblasserin für den Umfang des Erbrechts des Beteiligten zu 2 von Bedeutung. Für den – fernliegenden, aber nicht mit letzter Sicherheit auszuschließenden – Fall, dass die Erblasserin bei der Eheschließung mit dem Beteiligten zu 2 noch mit E verheiratet gewesen sein sollte, wäre die mit der Beteiligten zu 2 geschlossene Ehe aufhebbar (§§ 1306, 1314 Abs. 1 BGB); bis zur Aufhebung ist die Ehe wirksam. Auf den Bestand der früher geschlossenen Ehe hat sie allerdings keine Auswirkung. Demgemäß steht in einem solchen Fall bis zur Aufhebung der Zweitehe (§ 1318 BGB) beiden Ehegatten das gesetzliche Ehegattenerbrecht je zur Hälfte zu (jurisPK-BGB/Schiefer, Stand: 15.11.2022, § 1318 Rdnr. 22; Grüneberg/Weidlich, 82. Aufl., § 1931 Rdnr. 14). Das bedeutet, dass bei einer solchen Doppelpelhe das gesetzliche Ehegattenerbrecht des Beteiligten zu 2 mindestens um die Hälfte vermindert sein könnte. Demgemäß ist es für den Umfang des in Anspruch genommenen gesetzlichen Ehegattenerbrechts von Bedeutung, ob im Zeitpunkt der Eheschließung des Beteiligten zu 2 mit der Erblasserin ihre frühere Ehe rechtswirksam aufgelöst war, und deshalb der Nachweis erforderlich, dass die frühere Ehe der Erblasserin rechtswirksam aufgelöst wurde (zum Ganzen: KG, Beschluss vom 28.09.1976, 1 W 2616/76).

9 3. Die Scheidung der früheren Ehe haben die Beteiligten grundsätzlich durch Vorlage öffentlicher Urkunden nachzuweisen (§ 352 Abs. 3 FamFG). Insoweit trifft sie als Antragsteller im Erbscheinsverfahren die Beibringungslast. Das Scheidungsurteil wäre ein formgerechter Nachweis (Zimmermann/Zimmermann, Erbschein – Erbscheinsverfahren – Europäisches Nachlasszeugnis, C. Der Erbscheinsantrag, Rdnr. 103). Dieser ist bislang nicht erbracht. Die Beteiligten haben lediglich mitgeteilt, dass ihnen ein Scheidungsurteil nicht vorliege. Inwieweit sie überhaupt versucht haben, Auskünfte vom Standesamt (vgl. § 16 PStG) und anschließend ggf. vom Scheidungsgericht zu erlangen, ist nicht dargetan. Ggf. käme auch die Vorlage eines Auszuges aus

einem Familienbuch in Betracht. Für den Ausnahmefall, dass die Beschaffung solcher Urkunden für die Beteiligten unmöglich oder nur mit unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, wäre ein Vorgehen nach § 352 Abs. 3 Satz 2 FamFG eröffnet (vgl. hierzu: KG, Beschluss vom 28.09.1976, 1 W 2616/76).

10 4. Die Beteiligten können sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, es bedürfe im vorliegenden Fall nicht des Nachweises der Auflösung früher vom Erblasser geschlossener Ehen, weil durch die Tatsache ihrer Eheschließung mit dem Erblasser offenkundig sei, dass die früher geschlossene Ehen der Erblasserin aufgelöst sei. Der Senat verkennt nicht, dass ein Standesbeamter, der eine Ehe schließt, prüfen muss, ob eine frühere Ehe des Eheschließenden aufgelöst ist (vgl. dazu § 13 Abs. 1 PStG). Trotz dieser Prüfungsmöglichkeit und Prüfungskompetenz kann aber nicht ausgeschlossen werden, dass im Einzelfall eine Ehe geschlossen wird, obwohl eine frühere Ehe des Eheschließenden noch nicht aufgelöst ist. Demgemäß kann es im Erbscheinsverfahren nur als wahrscheinlich, nicht aber als nachgewiesen angesehen werden, dass bei einer nachgewiesenen Eheschließung eine frühere Ehe eines Eheschließenden vor dieser Eheschließung rechtswirksam aufgelöst wurde. Aus dem Nachweis, dass der Erblasser erneut verheiratet war oder in eingetragener Lebenspartnerschaft lebte, folgt deshalb noch kein für das Erbscheinsverfahren genügender Nachweis, dass eine frühere Ehe oder Lebenspartnerschaft des Erblassers vorher aufgelöst war (MünchKomm-FamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, § 352 Rdnr. 83; Zimmermann/Zimmermann, Erbschein – Erbscheinsverfahren – Europäisches Nachlasszeugnis, C. Der Erbscheinsantrag, Rdnr. 103; Grüneberg/Weidlich, § 2353 Rdnr. 23; KG, Beschluss vom 28.09.1976, 1 W 2616/76).

(...)

12. Zur konkludenten Annahme eines Vermächtnisses

OLG Saarbrücken, Urteil vom 10.05.2023, 5 U 57/22

BGB §§ 133, 157, 662, 1922, 1945, 2050, 2174

LEITSÄTZE:

1. **Hat der durch postmortale Bevollmächtigung legitimierte Miterbe ein ihm als Vermächtnis angefallenes Nachlassgrundstück namens der Erbengemeinschaft veräußert und den Erwerber angewiesen, den Kaufpreis auf sein eigenes Bankkonto zu überweisen, so liegt darin die Annahme des Vermächtnisses und die berechtigte Erfüllung des ihm infolgedessen ersatzweise angefallenen Zahlungsanspruchs gegen den Grundstückserwerber, ungeachtet der ihm weiterhin eingeräumten Befugnis, die Erfüllung des Vermächtnisses auch als Testamentsvollstrecker zu bewirken.**
2. **Zu den Voraussetzungen einer Ausgleichung lebzeitiger Zuwendungen im Falle der gewillkürten Erbfolge.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Kläger haben mit ihrer Klage erstinstanzlich Zahlung in Höhe von 105.200,15 € zugunsten einer aus den Parteien bestehenden Erbengemeinschaft nach der am (...) 2019 verstorbenen gemeinsamen Mutter, R H, geltend gemacht, die von den Parteien des Rechtsstreites zu gleichen Teilen beerbt wurde. Mit ihrer Berufung verfolgen sie diesen Anspruch nur noch in Ansehung eines vermeintlich zu Unrecht vereinnahmten Kaufpreises aus der Veräußerung eines Hausgrundstückes in Höhe von 86.000 € weiter. Außerdem begehren sie weiterhin die Feststellung, dass der Beklagte wegen weiterer, ihm zu Lebzeiten zugewandter Grundstücke der Erblasserin anlässlich der Erbaueinandersetzung Beträge in Höhe von 9.084 € an die Klägerin zu 1 und von 7.029 € an den Kläger zu 2 auszugleichen habe.

2 Der Beklagte war aufgrund einer am 14.05.2018 von dem Streithelfer beurkundeten „General- und Vorsorgevollmacht“ (UR. Nr. 481/2018 des Notars J M [...]) dazu bevollmächtigt worden, die Erblasserin und ihren am 09.01.2019 vorverstorbenen Ehemann insbesondere in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten zu vertreten, u. a. mit der Befugnis, Grundbesitz zu veräußern und die Eintragung im Grundbuch zu bewilligen und zu beantragen. Die Vollmacht sollte durch den Tod des Vollmachtgebers nicht erlöschen; der Bevollmächtigte war von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit worden. Ebenfalls am 14.05.2018 hatten die Erblasserin und ihr Ehemann einen Erbvertrag geschlossen (UR Nr. 480/2018 des Notars J M [...]), in dem beide sich gegenseitig, der Erstversterbende den länger Lebenden, zum alleinigen und unbeschränkten Erben und die Parteien zu je 1/3 zu Erben des länger Lebenden eingesetzt und außerdem – in Ziffer V. der Urkunde – folgende „Vermächtnisanordnung“ getroffen hatten:

„1. Im Grundbuch des AG Saarbrücken – Saarländisches Grundbuchamt – von Hapersweiler Blatt 1081 ist Frau R H, allein, unter anderem als Eigentümer des folgenden Grundbesitzes eingetragen: Gemarkung Hapersweiler, lfd. Nr. 1, Flur 8 Flurstück 2 Hof- und Gebäudefläche, (...) Straße, groß 1660 m².

Bei dem vorbezeichneten Grundstück handelt es sich um das Hausanwesen mit der postalischen Anschrift (...) Straße 15. 6. F.

2. Der Längerlebende von uns – und für den Fall, dass wir gleichzeitig versterben, Frau R H allein – vermacht unserem Sohn M H, vorgeannt, zum Voraus und ohne Anrechnung auf seinen Erbteil den vorstehend genannten Grundbesitz zu alleinigem Recht und Eigentum.

3. Mitvermacht sind alle Eigentümerrechte und -ansprüche an Grundpfandrechten, welche auf dem vermachten Grundbesitz lasten. Etwaige an dem vermachten Grundbesitz lastende Schulden im Sinne des § 2166 BGB, soweit es sich hierbei zugleich um Nachlassverbindlichkeiten handelt, hat der Vermächtnisnehmer zur Entlastung der Erben zu übernehmen.

4. Kosten der Vermächtniserfüllung und eine eventuell anfallende Steuer sind von dem Vermächtnisnehmer zu tragen.

5. Das Vermächtnis ist kein Verschaffungsvermächtnis. Es entsteht daher nicht, wenn der vorbezeichnete Grundbesitz sich nicht im Nachlass befindet.

6. Ersatzvermächtnisnehmer bestimmen wir nicht.

7. Zum Vollzug des Vermächtnisses wird der Vermächtnisnehmer zum Testamentsvollstrecker berufen, als welcher er von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist. Für seine Tätigkeit steht dem Testamentsvollstrecker keine Vergütung zu und ihm sind auch keine Auslagen für seine Tätigkeit zu erstatten.“

3 Nach dem Tode der beiden Eheleute veräußerte der Beklagte das vorstehend genannte Hausanwesen mit einem weiteren, von dem Streithelfer beurkundeten Kaufvertrag vom 13.02.2019 (UR Nr. 154/2019 [...]) zum Preis von 86.000 €, den er selbst vereinnahmte, an eine Frau B B und einen Herrn C A N. Ausweislich der notariellen Urkunde wurde der Beklagte aus diesem Anlass „aufgrund der notariellen Vollmacht vom 14.05.2018 – UR-Nr. 481/2018 – des Notars J M (...) für die Erben der verstorbenen Frau R G H geborene S“ tätig.

4 Die Erblasserin hatte zu Lebzeiten im Rahmen von Schenkungsverträgen auf beide Kläger Grundbesitz unentgeltlich übertragen: Am 28.12.1981 wandte sie der Klägerin zu 1 und deren Ehemann das im Grundbuch von Hapersweiler, Bl. 1081, lfd. Nr. 13, Flur 7, Nr. 46/21, 7,98 ar sowie lfd. Nr. 16, Flur 7 Nr. 46/24, 0,01 ar, eingetragene Grundstück unentgeltlich zu (UR Nr. 2291/1981 des Notars W E [...]), am 26.10.1987 dem Kläger zu 2 das im Grundbuch von Hapersweiler Bl. 1081, lfd. Nr. 12, Flur 7 Nr. 46/20, 7,35 ar sowie lfd. Nr. 18, Flur 7, Nr. 50/2, 1,47 ar eingetragene Grundstück (UR Nr. 1830/1987 desselben Notars). Außerdem schlossen die Erblasserin und ihr Ehemann mit dem Beklagten am 14.05.2018 einen notariellen Kaufvertrag über mehrere unbebaute Grundstücke in Hapersweiler zum Gesamtpreis von 6.673,90 € (UR Nr. 479/2018 des Notars J M [...]); der Kaufpreis wurde am 30.05.2018 auf das Konto der Eheleute bei der (...) St. Wendel gezahlt. Der Beklagte hat gegenüber dem auf diese Zuwendungen gestützten vermeintlichen Ausgleichsanspruch der Kläger die Aufrechnung mit angeblichen Forderungen aus zwei ihm erteilten, auf den Namen der Erblasserin lautenden „Schuldscheinen“ vom 13.01.1994 und vom 13.03.2015 über Beträge i. H. v. 18.000 DM und 28.000 € (...) am 11.11.2019 erklärt (...); die Kläger haben in Ansehung dieser angeblichen Gegenforderungen die Einrede der Verjährung erhoben (...).

5 Die Kläger haben, soweit für das vorliegende Berufungsverfahren noch erheblich, die Ansicht vertreten, der Beklagte habe den anlässlich der Veräußerung des Hausanwesens im Namen der Erbengemeinschaft erzielten und – unstrittig – selbst vereinnahmten Kaufpreis an diese herauszugeben. Die Einigung mit den Erwerbbern sei noch zu Lebzeiten der Erblasserin erfolgt; der Beklagte habe ausdrücklich erklärt, dass das Haus für die Erben verkauft und der Verkaufserlös unter den Erben aufgeteilt werde,

infolgedessen sei ihm dieses nicht als Vermächtnis angefallen. Dieses habe er zu keiner Zeit angenommen; eine Annahme liege insbesondere auch nicht in der Veräußerung des Grundstücks, weil der Beklagte dabei ausdrücklich aufgrund der ihm erteilten Vollmacht für die Erbengemeinschaft und nicht in seiner Funktion als Testamentsvollstrecker gehandelt habe, dies stelle vielmehr eine Ausschlagung des Vermächtnisses dar. Auch der Streithelfer habe in seinem Schreiben vom 15.07.2021 bestätigt, dass ein Vollzug des Vermächtnisses nicht erfolgt sei. Da kein Verschaffungsvermächtnis vorliege, sei der Verkaufserlös nicht an die Stelle des Vermächtnisses getreten. Bei den zu Lebzeiten erfolgten Grundstücksübertragungen habe es sich um gemäß §§ 2050, 2052 BGB ausgleichspflichtige Schenkungen gehandelt. Die von dem Beklagten zum Preis von 6.673,90 € erworbenen Grundstücke hätten nach Auskunft der Gemeinde Freisen tatsächlich einen Wert von 40.043,40 € aufgewiesen, sodass von einer Teilschenkung in Höhe von 33.369,50 € auszugehen sei. Diesbezüglich liege eine Ausstattung im Sinne der § 2050 Abs. 1, § 1624 BGB vor, denn der Beklagte habe Pferdehaltung praktiziert, für die er den Grundbesitz genutzt und erhalten habe, und die Übertragung habe dem Zweck gedient, die Pferdehaltung auszubauen und die Lebensstellung des Beklagten zu optimieren. Da die der Klägerin zu 1 zu Lebzeiten unentgeltlich zugewandten Grundstücke mit 8.170 € und die dem Kläger zu 2 zugewandten Grundstücke mit 10.225 € zu bewerten und folglich insgesamt Ausstattungen in Höhe von 51.764,50 € dem Nachlass fiktiv zuzuführen seien, stehe jeder Partei ein Betrag in Höhe von 17.254 € zu, und es errechne sich angesichts der bereits erhaltenen Zuwendungen für die Klägerin zu 1 ein Ausgleichsbetrag in Höhe von 9.084 € und für den Kläger zu 2 in Höhe von 7.029 €. Da der Beklagte mit anwaltlichem Schreiben vom 11.11.2019 und 19.12.2019 die Ausgleichsverpflichtung der Parteien unstreitig gestellt habe, sei insoweit auch von einem deklaratorischen Schuldanerkenntnis dem Grunde nach auszugehen. Den vom Beklagten zur Begründung der Aufrechnung eingewandten Schuldscheinen, deren Echtheit in Abrede gestellt werden müsse, lägen in Wahrheit keine Zahlungsansprüche zugrunde.

6 Der Beklagte hat die Zuwendung des Hausanwesens als Vorausvermächtnis damit gerechtfertigt, dass er sich um die pflege- und hilfsbedürftigen Eltern gekümmert habe. Die Annahme und die Erfüllung des Vermächtnisses, die jeweils konkludent mit der Veräußerung des Anwesens erfolgt seien, habe er zulässigerweise auch im Namen der Erblasserin als deren Generalbevollmächtigter vornehmen können, ohne den länger währenden und kostspieligeren Weg über die Testamentsvollstreckung gehen zu müssen und dadurch Gefahr zu laufen, die gefundenen Interessen für das schwer zu veräußernde Hausanwesen zu verlieren. Gegenüber dem Streithelfer habe er erklärt, den Kaufvertrag vollziehen zu wollen, um die ihm nach dem Vermächtnis zustehende Immobilie zu verwerten und sich deren wirtschaftlichen Wert anzueignen, und dadurch seinen Annahmewillen deutlich gemacht. Seiner in die notarielle Urkunde aufgenommenen Erklärung, er handle „für die Erben“, sei dagegen kein gesteigerter Erklärungswert bei-

zumessen. Jedenfalls stehe dem Herausgabeverlangen der Kläger der Einwand der Treuwidrigkeit entgegen, weil diese dann unter Schadensersatzgesichtspunkten wegen der Unmöglichkeit der Vermächtniserfüllung zur umgehenden Rückerstattung des Erlangten verpflichtet wären. In Ansehung des an ihn veräußerten Grundstücks könne von einer ausgleichspflichtigen Ausstattung keine Rede sein; er habe nur als Hobby ein Pferd gehalten, dies liege aber bereits mindestens zehn Jahre zurück. Dass er mit anwaltlichem Schreiben vom 11.11.2019 die Aufrechnung gegenüber eventuellen Forderungen der Kläger erklärt habe, ohne weiter auf deren Berechtigung einzugehen, bedeute nicht deren Anerkenntnis. Da er der Erblasserin und ihrem Ehemann in der Vergangenheit wiederholt größere Beträge geliehen habe, worüber die Erblasserin die beiden Schuldscheine ausgestellt habe, seien etwaige Ausgleichsansprüche der Kläger jedenfalls durch seine Aufrechnung erloschen.

7 Mit dem zur Berufung angefallenen Urteil (...), auf dessen Inhalt auch hinsichtlich der darin enthaltenen Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat das LG die Klage insgesamt abgewiesen. Zur Begründung hat es, soweit hier noch von Interesse, ausgeführt: Der begehrten Herausgabe des Veräußerungserlöses stehe entgegen, dass der Beklagte durch die Veräußerung des Hausanwesens konkludent auch das ihm zugewandte Vermächtnis angenommen und für die Erbengemeinschaft erfüllt habe. Die Feststellungsklage sei zwar zulässig, in der Sache scheitere sie jedoch daran, dass die gesetzlichen Voraussetzungen, unter denen eine Ausgleichung zu erfolgen habe, nicht gegeben seien, insbesondere habe in der Zuwendung des Grundstücks keine Ausstattung im Sinne des § 2050 Abs. 1 BGB gelegen.

8 Mit ihrer dagegen eingelegten Berufung verfolgen die Kläger ihr erstinstanzliches Begehren auf Auskehr des Erlöses aus dem Hausverkauf und auf Feststellung der Ausgleichspflicht des Beklagten weiter. Unter Wiederholung und Vertiefung ihres früheren Vorbringens beharren sie auf ihrer Rechtsauffassung, wonach der Beklagte durch die ausdrücklich im Namen der Erben getätigte Veräußerung des Hausanwesens das Vermächtnis nicht angenommen habe, und deshalb der Erlös aus diesem Verkauf der Erbengemeinschaft gebühre. Auch eine Ausgleichspflicht, die sich hier schon aus der Zweifelsregelung des § 2052 BGB ergebe, habe das LG zu Unrecht verneint.

9 Die Kläger beantragen (...):

das Urteil des LG Saarbrücken vom 22.06.2022 teilweise aufzuheben und

1. den Beklagten zu verurteilen, an die Erbengemeinschaft der am (...) 2019 verstorbenen R H, bestehend aus den Erben I T, (...), G H, (...) und M H, (...), einen Betrag in Höhe von 86.000 € nebst Zinsen in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz seit Rechtshängigkeit zu zahlen.

2. festzustellen, dass der Beklagte bei einer Auseinandersetzung des Nachlasses der Erbengemeinschaft der am (...) 2019 verstorbenen R H verpflichtet ist, einen Betrag in Höhe von 9.084 € an die Klägerin zu 1 und einen Betrag in Höhe von 7.029 € an den Kläger zu 2 auszugleichen.

10 Der Beklagte beantragt (...),

die Berufung zurückzuweisen.

11 Der Streithelfer schließt sich dem Antrag der Beklagten-
seite an (...).

12 Beide verteidigen das angefochtene Urteil.

13 Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die
zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst
Anlagen und die Sitzungsniederschriften (...) verwiesen.

14 II. Die gemäß §§ 511, 513, 517, 519 und 520 ZPO zulässige
Berufung der Kläger bleibt in der Sache ohne Erfolg. Im
Umfange der Anfechtung beruht das erstinstanzliche Ur-
teil weder auf einer Rechtsverletzung im Sinne des § 546
ZPO, noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu
legenden Tatsachen eine andere, den Klägern günstigere
Entscheidung (§ 513 ZPO); vielmehr hat das LG ihre dies-
bezügliche Klage zu Recht abgewiesen.

15 1. Soweit die Kläger mit ihrer Berufung zulässigerweise
(§ 2039 BGB) zugunsten der Erbengemeinschaft auf Rück-
zahlung des aus der Veräußerung des Hausanwesens er-
langten Erlöses antragen, besteht ein solcher Anspruch
unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt. Der Beklagte, dem
das in Rede stehende Grundstück als Vorausvermächtnis
angefallen ist, war berechtigt, den unter Einsatz der ihm er-
teilten Generalvollmacht erzielten Veräußerungserlös zur
Erfüllung seines an die Stelle des Vermächtnisgegenstan-
des getretenen Anspruchs auf Herausgabe des Ersatzes
(§ 285 Abs. 1 BGB) zu verwenden und den entsprechenden
Geldbetrag seinem eigenen Vermögen zuzuführen.

16 a) Als Rechtsgrundlage des mit der Klage geltend ge-
machten Anspruchs auf Rückzahlung vereinnahmter Geld-
beträge an die ungeteilte Erbengemeinschaft hat das LG zu
Recht vorrangig auf das zuletzt zwischen der Erblasserin
und dem Beklagten bestehende Auftragsverhältnis (§§ 662
ff., 1922 BGB) abgestellt, das der Bevollmächtigung zugrun-
de lag und das den Beklagten als Beauftragten gemäß
§ 667 BGB dazu verpflichtete, alles, was er aus der Ge-
schäftsbesorgung erlangt hat, an den Auftraggeber heraus-
zugeben; insoweit müssen erlangte Geldmittel auch dann
herausgegeben werden, wenn sie beim Beauftragten zwar
nicht mehr vorhanden sind, aber nicht zu dem vorgesehe-
nen Zweck verwendet wurden (BGH, Urteil vom 10.10.1996,
III ZR 205/95, NJW 1997, 47; Urteil vom 04.11.2002, II ZR
210/00, NZG 2003, 215). Nach dem Tode der Erblasserin ist
dieser Anspruch gemäß § 1922 Abs. 1, § 1942 Abs. 1 BGB auf
deren Erben übergegangen; die Kläger können deshalb
– als Mitglieder der Erbengemeinschaft – diesen Anspruch
im Wege der gesetzlichen Prozessstandschaft nach § 2039
BGB für die Erbengemeinschaft geltend machen.

17 aa) Gemäß § 662 BGB liegt ein Auftrag vor, wenn sich der
Beauftragte verpflichtet, ein ihm vom Auftraggeber übertra-
genes Geschäft für diesen unentgeltlich zu besorgen. Die
Entscheidung, ob ein Auftragsverhältnis oder ein bloßes
Gefälligkeitsverhältnis ohne Rechtsbindungswille anzuneh-
men ist, erfolgt im Wege der Auslegung im konkreten Ein-
zelfall nach Treu und Glauben unter Rücksicht auf die Um-
stände und die Verkehrssitte (vgl. BGH, Urteil vom 14.11.1991,

III ZR 4/91, NJW 1992, 498). Es kommt darauf an, wie sich
dem objektiven Beobachter das Handeln des Leistenden
darstellt. Eine vertragliche Bindung wird insbesondere dann
zu bejahen sein, wenn erkennbar ist, dass für den Leis-
tungsempfänger wesentliche Interessen wirtschaftlicher
Art auf dem Spiel stehen und er sich auf die Zusage des
Leistenden verlässt oder wenn der Leistende an der Ange-
legenheit ein rechtliches oder wirtschaftliches Interesse
hat. Ist dies hingegen nicht der Fall, kann dem Handeln der
Beteiligten nur unter besonderen Umständen ein rechtli-
cher Bindungswille zugrunde gelegt werden (BGH, Urteil
vom 14.11.1991, III ZR 4/91, NJW 1992, 498; Senat, Urteil vom
05.12.2012, 5 U 17/12-3). Ein solcher Rechtsbindungswille ist
hier sowohl für die Erblasserin als auch für den Beklagten
anzunehmen. Bei der Erteilung einer – wie hier – umfassen-
den Vollmacht (UR 481/2018 des Notars J M [...]) wird in der
Regel nicht von einem bloßen Gefälligkeitsverhältnis, son-
dern von einem Auftragsverhältnis auszugehen sein; eine
abweichende Bewertung kann nur ausnahmsweise auf-
grund besonderer Umstände des Einzelfalls in Betracht
kommen (Senat, Urteil vom 06.06.2018, 5 U 63/17; OLG
Brandenburg, RNotZ 2014, 374; OLG Schleswig, FamRZ
2014, 1397; OLG Karlsruhe, FamZR 2017, 1873; Grüneberg/
Grüneberg, Vor § 662 Rdnr. 7). Die hier erteilte notarielle
Vollmacht vom 14.05.2018 berechnete den Beklagten zu
allen Vertretungshandlungen in vermögensrechtlicher Hin-
sicht und erfasste insbesondere auch die persönliche Für-
sorge; dadurch wurde dem Beklagten eine umfassende
Rechtsstellung – vergleichbar der eines Betreuers – einge-
räumt (vgl. Senat, Urteile 05.12.2012, 5 U 17/12-3 und vom
06.06.2018, 5 U 63/17). Dafür, dass zwischen den Parteien
keine vertraglichen Bindungen geschaffen werden sollten,
die das der – umfassenden – Bevollmächtigung zugrunde
liegende Rechtsverhältnis regeln und insbesondere auch
Auskunfts- und Rechenschaftspflichten des Beklagten be-
gründen sollten, bestehen keine Anhaltspunkte; dies, zumal
die Erblasserin wie auch der Beklagte nach dem Inhalt der
notariellen Urkunde davon ausgingen, dass die Tätigkeit
des Beklagten gerade zu einem Zeitpunkt Bedeutung erlan-
gen würde, in dem sie selbst außerstande sein würde, auf
den Lauf der Dinge Einfluss zu nehmen (vgl. Senat, Urteile
vom 05.12.2012, 5 U 17/12-3 und vom 06.06.2018, 5 U 63/17;
OLG Brandenburg, RNotZ 2014, 374; OLG Schleswig,
FamRZ 2014, 1397).

18 bb) Soweit es damit vorliegend Sache des Beklagten war,
darzulegen und ggf. nachzuweisen, dass er den in Aus-
übung seiner Befugnisse unstreitig erlangten Betrag in Hö-
he von 86.000 € aus dem namens der Erbengemeinschaft
bewerkstelligten Hausverkauf auftragsgemäß verwendet
hat (zur Darlegungs- und Beweislast des Beauftragten für
die auftragsgemäße Verwendung des Erlangten BGH, Urteil
vom 13.12.1990, III ZR 336/89, NJW-RR 1991, 575; Urteil vom
21.06.2012, III ZR 290/11, juris; Senat, Urteil vom 06.06.2018,
5 U 63/17; OLG Schleswig, FamRZ 2014, 1397), ist dies hier
aber unzweifelhaft geschehen. Der Senat folgt der Ein-
schätzung des LG, dass der Beklagte berechtigt war, diesen
Betrag seinem eigenen Vermögen zuzuführen; dies richti-
gerweise nämlich, um auf diese Weise eine eigene Geld-
forderung in dieser Höhe gegen den Nachlass zu erfüllen,

die ihm als Ersatz (§ 285 Abs. 1 BGB) dafür gebührte, dass das ihm mit Erbvertrag vom 14.05.2018 (UR Nr. 480/2018 des Notars J M) als Vorausvermächtnis zugewandte Hausanwesen, das ihm mit dem Tode seiner Mutter angefallen war, im Anschluss an seine Veräußerung nicht mehr zur Erfüllung des Vermächtnisanspruchs zur Verfügung stand.

19 (1) Die Voraussetzungen einer Herausgabepflicht nach § 285 Abs. 1 BGB waren in Ansehung des streitbefangenen Geldbetrages bei dessen Erhalt durch den Beklagten unzweifelhaft gegeben. Diese Bestimmung verpflichtet den Schuldner (hier: die Erben), der infolge des Umstands, auf Grund dessen er die an sich geschuldete Leistung nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB nicht zu erbringen braucht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch erlangt, zur Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder zur Abtretung des Ersatzanspruchs an den Gläubiger (hier: den Beklagten).

20 (a) Dem Beklagten stand nach dem Erbfall – hier: dem Tode seiner am (...) 2019 letztverstorbenen Mutter – gegen die Erbengemeinschaft ein Vermächtnisanspruch (§ 2174 BGB) zu, der diese fortan dazu verpflichtete, das alleinige Eigentum an dem betroffenen Hausanwesen in Haupersweiler (Blatt 1081, lfd. Nr. 1, Flur 8, Flurstück 2) auf den Beklagten zu übertragen. Dass die Eltern der Parteien im Rahmen des Erbvertrages unter Ziffer V. eine wirksame Vermächtnisanordnung getroffen haben, durch die das Anwesen dem Beklagten zum Voraus und ohne Anrechnung auf seinen Erbteil zu alleinigem Recht und Eigentum zugewandt worden ist, unterliegt keinem Zweifel und wird auch von der Berufung nicht in Abrede gestellt. Mit Recht geht das LG weiterhin davon aus, dass das Vermächtnis dem Beklagten mit dem Tode seiner Mutter angefallen ist (§ 2176 BGB), weil es zu diesem Zeitpunkt noch im Nachlass vorhanden und seine Veräußerung, wie sie sodann mit Vertrag vom 13.02.2019 rechtswirksam erfolgte, unbeschadet des Hinweises der Kläger auf eine – rechtlich nicht bindende – „Einigung“ mit den Erwerbern noch zu Lebzeiten der Erblasserin zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht vollzogen war. Deshalb spielt es auch keine Rolle, dass es sich bei der Zuwendung nicht um ein „Verschaffungsvermächtnis“ gehandelt hat, wie die Kläger weiter einwenden; denn darauf käme es nur an, wenn der vermachte Gegenstand „zur Zeit des Erbfalls“ (§ 2170 Abs. 1 BGB) nicht mehr zur Erbschaft gehört hätte. Hier verhält es sich jedoch umgekehrt: Zum Zeitpunkt des Erbfalls und des Anfalls befand sich das vermachte Grundeigentum noch im Nachlass, erst später wurde es durch den Kläger unter Verwendung der ihm erteilten „Generalvollmacht“ mit Wirkung für den Nachlass veräußert.

21 (b) Entgegen der Ansicht der Kläger hat der Beklagte dadurch, dass er nach dem Tode seiner Mutter die Veräußerung des Anwesens namens der Erben betrieb und den Veräußerungserlös seinem Vermögen zuführte, ohne zuvor mithilfe der ihm durch den Erbvertrag zugewandten Befugnisse eines Testamentsvollstreckers die Übertragung des Eigentums auf sich bewirkt zu haben, das Vermächtnis nicht ausgeschlagen (§ 2180 Abs. 1, 3, § 1953 Abs. 1 BGB). Vielmehr ist mit dem LG davon auszugehen, dass der Be-

klagte, indem er auf diese Weise vorging, das ihm zugewandte Vermächtnis stillschweigend angenommen hat.

22 (aa) Das Vermächtnis wird gemäß § 2180 Abs. 2 Satz 1 BGB durch Erklärung gegenüber dem Beschwerten ausgeschlagen. Diese Erklärung, die erst nach dem Eintritt des Erbfalls abgegeben werden kann (§ 2180 Abs. 2 Satz 2 BGB), ist – anders als die Erbausschlagung, § 1945 BGB – nicht formbedürftig und kann auch durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck kommen (BGH, Urteil vom 18.10.2000, IV ZR 99/99, NJW 2001, 520). Dementsprechend kann die Mitwirkung an einem Übertragungsvertrag ggf. als Ausschlagung eines Vermächtnisses ausgelegt werden, wenn der Vermächtnisgegenstand offensichtlich nicht in Erfüllung der Vermächtnisanordnung, sondern unter abweichenden Bedingungen mit dem Rechtsgrund eines neuen Schenkungsversprechens übertragen wird (jurisPK-BGB/*Reymann*, 9. Aufl., § 2180 Rdnr. 26; *Staudinger/Otte*, Neub. 2019, § 2180, Rdnr. 10; *Planck*, BGB 1. und 2. Aufl., § 2180 Anm. 2). Auch die Annahme des Vermächtnisses mit der Folge, dass es dann nicht mehr ausgeschlagen werden kann (§ 2180 Abs. 1 BGB), kann durch stillschweigendes Handeln, etwa die Ingebrauchnahme des zugewandten Gegenstandes, erfolgen (BGH, Urteil vom 12.01.2011, IV ZR 230/09, NJW 2011, 1353; OLG Colmar, OLGE 4, 442, 443; *Grüneberg/Weidlich*, § 2180 Rdnr. 1; *Staudinger/Otte*, § 2180 Rdnr. 10). Für den Beschwerten muss erkennbar zum Ausdruck gebracht werden, dass der Begünstigte das Vermächtnis annimmt (vgl. OLG Stuttgart, ZEV 1998, 24; OLG Karlsruhe, ErbR 2017, 573); das bloße Wohnenbleiben in einer durch Vermächtnis zugewandten Wohnung allein etwa lässt nicht ohne Weiteres auf eine konkludente Annahmeerklärung schließen (BGH, Urteil vom 12.01.2011, IV ZR 230/09, NJW 2011, 1353; OLG Oldenburg, FamRZ 1999, 1618). Besteht Streit darüber, ob das Vermächtnis ausgeschlagen wurde, so trifft die Beweislast hierfür den beklagten Erben (NK-BGB-Erbrecht/*Horn*, 6. Aufl., § 2180 Rdnr. 12; *Baumgärtel/Laumen/Prütting/Schmitz*, Handbuch der Beweislast, 4. Aufl., § 2180 Rdnr. 1 f.; allgemein *Grüneberg/Weidlich*, § 1944 Rdnr. 8).

23 (bb) Im Streitfall sieht der Senat keine Anhaltspunkte für die von den Klägern bereits in der Klageschrift vertretene Ansicht, der Beklagte habe dadurch, dass er das Hausanwesen namens der Erben veräußerte und den Erlös vereinahmte, konkludent das ihm zugewandte Vermächtnis ausgeschlagen. Durch die nach dem Anfall im eigenen Namen betriebene Veräußerung des Anwesens brachte der Beklagte vielmehr – für die zugleich von ihm vertretenen Erben erkennbar – zum Ausdruck, das ihm zugewandte Grundvermögen für eigene Zwecke verwerten und den dabei erzielten Erlös seinem Vermögen zuführen zu wollen. Dass er sich dabei der rechtlichen Möglichkeiten bediente, die ihm die von der Erblasserin erteilte Generalvollmacht einräumte, und nicht den im notariellen Erbvertrag vorgesehenen Weg über die Testamentsvollstreckung (§§ 2197 ff. BGB) wählte, steht seinem unbedingten Annahmewillen nicht entgegen; jedenfalls lässt diese Wahl einen Willen, das Vermächtnis auszuschlagen, nicht erkennen. In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine postmortale Generalvollmacht selbstständig neben der Testamentsvollstreckung

stehen und dem Bevollmächtigten eigenständige Befugnisse verleihen kann (BGH, Beschluss vom 14.09.2022, IV ZB 34/21, NJW 2022, 3436; OLG Köln, NJW-RR 1992, 1357; OLG München, FamRZ 2012, 1004; Grüneberg/*Weidlich*, Vor § 2197 Rdnr. 12). Greift der Begünstigte – wie hier – auf diese Möglichkeit zurück, um sich auf diese Weise durch Veräußerung des vermachten Gegenstandes unmittelbar in den Genuss des dadurch erzielten Erlöses zu bringen, liegt darin auch angesichts der damit verbundenen Zeit- und Kostenvorteile, auf die der Beklagte und sein Streithelfer zu Recht hingewiesen haben – ersichtlich – keine Ausschlagung des ihm zugewandten Vermächtnisses, sondern es kommt darin – ganz im Gegenteil – der eindeutige Wille zum Ausdruck, die Zuwendung anzunehmen und für das eigene Vermögen fruchtbar zu machen.

24 (c) Der dem Beklagten danach zugefallene Vermächtnisanspruch nach § 2174 BGB ist nach dem Anfall gemäß § 275 Abs. 1 BGB untergegangen mit der Folge, dass die Erbengemeinschaft die an sich geschuldete (Primär-)Leistung nicht mehr zu erbringen brauchte und sich der Beklagte auf evtl. Sekundäransprüche verweisen lassen muss. Die den Erben obliegende Verpflichtung, dem Beklagten das Eigentum an dem vermachten Grundstück zu verschaffen, ist dadurch unmöglich geworden, dass sie das Eigentum hieran infolge der vom Beklagten unter Verwendung der Generalvollmacht betriebenen rechtsgeschäftlichen Veräußerung verloren haben. Ist die Unmöglichkeit anspruchsbegründende Voraussetzung, entspricht es ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass die Weiterveräußerung die Unmöglichkeit indiziert, solange der Schuldner – wie hier – nicht darlegt, dass er zur Erfüllung willens und in der Lage ist (vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2015, V ZR 217/14, NJW-RR 2016, 717). Anstelle des Grundstückseigentums hat die Erbengemeinschaft den in dem notariellen Vertrag vom 13.02.2019 als Gegenleistung vereinbarten, weisungsgemäß (vgl. § 362 Abs. 2 BGB) auf das Konto des Beklagten ausgezahlten Kaufpreis in Höhe von 86.000 € erlangt. Dieser stellt einen Ersatz für den ursprünglich geschuldeten Gegenstand dar, zu dessen Herausgabe die Erben dem Beklagten anstelle des ursprünglich geschuldeten Vermächtnisses fortan verpflichtet waren. Dass der Beklagte selbst die Veräußerung namens der Erben betrieben und dadurch die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, steht dem nicht entgegen; § 285 BGB ist nämlich – anders als vom Beklagten ausdrücklich eingewandte Schadensersatzansprüche, vgl. § 280 Abs. 1, 3, § 283 BGB – ohne Rücksicht darauf anwendbar, ob eine der Parteien die Unmöglichkeit zu vertreten hat (vgl. BGH, Urteil vom 21.05.1987, IX ZR 77/86, WM 1987, 986; Grüneberg/*Grüneberg*, § 285 Rdnr. 6).

25 (2) Wie das LG schließlich im Ergebnis richtig gesehen hat, war der Beklagte auch berechtigt, den durch die weisungsgemäße Zahlung auf sein Bankkonto erlangten Kaufpreis mit seiner an die Stelle des Vermächtnisanspruches getretenen Forderung auf Herausgabe des Ersatzes (§ 285 Abs. 1 BGB) zu verrechnen. In der namens der Erben erteilten Anweisung an die Grundstückserwerber, den Kaufpreis unmittelbar auf das eigene Bankkonto des Beklagten zu überweisen, lag zugleich die stillschweigende Erklärung gegenüber der von ihm vertretenen Erbengemeinschaft,

dadurch zugleich auch den als Ersatz für das Vermächtnis erlangten Herausgabeanspruch des Beklagten zu erfüllen (§ 362 Abs. 1 BGB). Die Befugnis des Beklagten, diese Rechtshandlungen im Außenverhältnis wirksam vorzunehmen, ergab sich aus der ihm erteilten notariellen Vollmacht, die ihn von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite, über den Tod hinaus Geltung beanspruchte und insbesondere alle vermögensrechtlichen Angelegenheiten einschließlich der Veräußerung von Grundbesitz umfasste. Seine Berechtigung im Innenverhältnis zu den Erben folgt daraus, dass es sich bei dem Anspruch auf Auskehr des an die Stelle des vermachten Gegenstandes getretenen Veräußerungserlöses um eine Nachlassverbindlichkeit handelte, die grundsätzlich, so auch hier, vorab aus dem Nachlass zu berichtigen war (§ 2046 Abs. 1 BGB; vgl. SaarlOLG, Urteil vom 12.07.2007, 8 U 515/06-136, NJW-RR 2007, 1659; Grüneberg/*Weidlich*, § 2046 Rdnr. 4).

26 b) Andere Rechtsgrundlagen, die einen Anspruch der Erbengemeinschaft auf Rückzahlung des vom Beklagten vereinnahmten Veräußerungserlöses in Höhe von 86.000 € begründen könnten, sind vor diesem Hintergrund nicht ersichtlich. Insbesondere schuldet der Beklagte den Erben auch keine Rückzahlung unter dem Gesichtspunkt des Erbschaftsbesitzes (§ 2018 BGB); denn er ist, unbeschadet der Frage, ob die weisungsgemäß auf sein Bankkonto erbrachte Zahlung diese Voraussetzung erfüllte, jedenfalls dazu berechtigt gewesen, sie mit seinem gegen den Nachlass bestehenden Anspruch aus § 285 Abs. 1 BGB zu verrechnen; auf die obigen Ausführungen wird ergänzend Bezug genommen. Auch im Übrigen enthält das Klagevorbringen keine Hinweise auf andere denkbare Anspruchsgrundlagen, die die geltend gemachte Forderung tragen könnten, solche sind auch nicht ersichtlich, insbesondere schließt das berechtigte Vorgehen des Beklagten etwaige deliktische oder bereicherungsrechtliche Ansprüche aus, sodass die Berufung insoweit erfolglos bleiben musste.

27 2. Die vom LG mit Recht für zulässig erachtete Feststellungsklage ist ebenfalls unbegründet. Nach dem in zweiter Instanz maßgeblichen Sach- und Streitstand ist eine rechtliche Verpflichtung des Beklagten, wegen der im Jahre 2018 erworbenen Grundstücke Beträge in Höhe von 9.084 € bzw. 7.029 € an die Kläger auszugleichen, nicht ersichtlich, sodass die von ihnen begehrte Feststellung nicht auszusprechen war.

28 a) Für die Feststellung, der Beklagte habe bei der Auseinandersetzung des Nachlasses Beträge in Höhe von 9.084 € an die Klägerin zu 1 und von 7.029 € an den Kläger zu 2 auszugleichen, besteht freilich ein Feststellungsinteresse gemäß § 256 Abs. 1 ZPO. Anerkanntermaßen kann ein Miterbe zum Zwecke der Auseinandersetzung eine Klage auf Feststellung einzelner Streitpunkte erheben, wenn eine solche Feststellung der Klärung der für die Auseinandersetzung maßgebenden Grundlagen dient (BGH, Urteil vom 17.01.1951, II ZR 16/50, BGHZ 1, 65; Urteil vom 27.06.1990, IV ZR 104/89, NJW-RR 1990, 1220). Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, weil die von den Klägern begehrte Feststellung über das Bestehen und den Umfang einer

Ausgleichungspflicht geeignet ist, die spätere Auseinandersetzung erheblich zu entlasten.

29 b) Mit Recht hat das LG das Feststellungsbegehren jedoch mangels Bestehens einer Ausgleichungspflicht für unbegründet erachtet. Eine solche Verpflichtung folgt hier weder aus einer entsprechenden rechtsgeschäftlichen Vereinbarung unter Miterben bzw. – erst recht – einer Zusage („Anerkenntnis“) des Beklagten noch aus dem Gesetz (§§ 2050, 2052 BGB).

30 aa) Wie in dem angefochtenen Urteil zutreffend ausgeführt wird, sind privatautonome Vereinbarungen unter Miterben über das Bestehen oder Nichtbestehen von Ausgleichungspflichten grundsätzlich zulässig und rechtlich unbedenklich (RG, Urteil vom 29.10.1935, VII 84/35, RGZ 149, 129, 131; MünchKomm-BGB/*Fest*, § 2050 Rdnr. 20 ff., 31, 37; Staudinger/*Löhnig*, Neub. 2020, § 2050, Rdnr. 4). Denn die gesetzlichen Ausgleichungsvorschriften bestehen zum Schutz der Ausgleichungsberechtigten und sind daher nicht zwingend; folglich können die Miterben einverständlich ganz oder teilweise davon abweichen und insbesondere auch durch Vertrag eine gesetzlich nicht bestehende Ausgleichungspflicht begründen (RG, Urteil vom 20.11.1919, IV 246/19, Das Recht 1920 Nr. 927; MünchKomm-BGB/*Fest*, § 2050 Rdnr. 23). Dementsprechend wäre es dem Beklagten zwar unbenommen gewesen, seinen Geschwistern nach dem Erbfall, auch zur Vorbereitung einer gütlichen Auseinandersetzung (vgl. § 779 BGB), eine Ausgleichung der mit notariellem Kaufvertrag vom 18.05.2018 erworbenen Grundstücke ohne Rücksicht auf die tatsächliche Rechtslage anzutragen, ohne dass es darüber hinausgehend des Nachweises eines echten (deklaratorischen oder konstitutiven) „Anerkenntnisses“ bedürfte. Jedoch lässt sich den beiden von den Klägern zu diesem Zweck eingewandten anwaltlichen Schreiben vom 11.11. und 19.12.2019 bei sachgerechter Auslegung aus der maßgeblichen Empfängerperspektive (§§ 133, 157 BGB) kein Wille des Beklagten (§ 166 Abs. 1 BGB) entnehmen, ungeachtet der Voraussetzungen der §§ 2050, 2052 BGB den Klägern eine Ausgleichung von ihm erlangter Zuwendungen anzubieten, wie das LG in dem angefochtenen Urteil richtig erkannt hat. Aus dem zeitlich ersten Schreiben vom 11.11.2019 folgt lediglich, dass die Beteiligten schon seinerzeit über verschiedene, im Rahmen einer Auseinandersetzung zu berücksichtigender Einzelpositionen stritten, wobei der Beklagte zum Zwecke der Berechnung seines vermeintlichen Überschusses für die von ihm erlangten Grundstücke von einer „Teilschenkung“ in Höhe von 33.369,50€ ausgegangen ist, der er allerdings verschiedene Gegenforderungen, darunter auch frühere Grundstückszuwendungen an die Kläger, entgegengesetzen wollte. Ebenso wenig wie diese Berechnung, auf die sich die Kläger ersichtlich nicht eingelassen haben, lässt auch die in dem weiteren Schreiben vom 19.12.2019 gewählte Formulierung, „diese Beträge“ seien „in der Tat im Rahmen der Erbausinandersetzung zu berücksichtigen“, mit ausreichender Sicherheit auf den Willen schließen, ohne Rücksicht auf die Rechtslage eine Ausgleichungspflicht (nur) zulasten des Beklagten vertraglich zu begründen oder diese gar einseitig zuzugestehen. Mangels entsprechender Willensbekundung liegt daher weder eine

entsprechende Vereinbarung unter Miterben noch ein Anerkenntnis des Beklagten vor. Der Senat nimmt ergänzend auf die diesbezüglichen Ausführungen in dem angefochtenen Urteil (LGU, S. 18 f. [...]) Bezug, die dies zutreffend erläutern und denen die Berufung, von bloßen Wiederholungen ihrer abweichenden Rechtsansicht abgesehen, nichts Substantielles entgegensetzen vermag.

31 bb) Auch eine gesetzliche Ausgleichungspflicht des Beklagten nach den §§ 2050, 2052 BGB hat das LG in Ansehung des mit notariellem Kaufvertrag vom 18.05.2018 (UR 479/2018) erlangten Grundbesitzes zu Recht verneint. Die in dem angefochtenen Urteil getroffenen Feststellungen, wonach die Voraussetzungen einer Ausgleichungspflicht des § 2050 BGB in allen drei Alternativen nicht vorliegen, sind auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens nicht zu beanstanden.

32 (1) Die Bestimmung des § 2050 BGB, die unter den darin genannten Voraussetzungen Ausgleichungspflichten zulasten von Abkömmlingen vorsieht, die „als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen“, ist im vorliegenden Fall anwendbar; davon geht das angefochtene Urteil zu Recht aus. Diese Vorschrift greift zwar nicht unmittelbar ein, weil sie selbst die gesetzliche Erbfolge voraussetzt, während bei der – hier vorliegenden – gewillkürten Erbfolge grundsätzlich anzunehmen ist, dass der Erblasser die ihm sachgerecht erscheinende Aufteilung verfügt hat (vgl. nur Grüneberg/*Weidlich*, § 2050 Rdnr. 1 a. E.). Wegen der in § 2052 BGB angeordneten entsprechenden Geltung gilt sie im Zweifel aber auch dann, wenn der Erblasser die Abkömmlinge testamentarisch auf dasjenige als Erben eingesetzt hat, was sie auch als gesetzliche Erben erhalten würden. So liegt es hier: Die Parteien sind in dem notariellen Erbvertrag entsprechend der sonst Platz greifenden gesetzlichen Erbfolge jeweils zu einem Drittel zu Erben nach ihrer zuletzt verstorbenen gemeinsamen Mutter eingesetzt worden. Auch dass der Erbvertrag weiterhin die Anordnung eines Vorausvermächtnisses – nur – zugunsten des Beklagten enthält, steht der Anwendbarkeit des § 2052 BGB nicht von vornherein entgegen, weil diese Vorschrift nicht voraussetzt, dass die Abkömmlinge wirtschaftlich gleich viel erhalten, wie ihnen bei gesetzlicher Erbfolge gebührte und die Ausgleichungspflicht durch Hinterlassung eines Vorausvermächtnisses, was den Bedachten betrifft, nur insofern geändert wird, als für die Ausgleichung nur der Erteil, nicht das Vermächtnis in Betracht kommt, dieses also ohne Rücksicht auf die Ausgleichungspflicht zum vollen Betrag entrichtet werden muss (RG, Urteil vom 01.10.1917, IV 182/17, RGZ 90, 419, 421; Staudinger/*Löhnig*, § 2052 Rdnr. 7). Die auf einer Vermutung für den Willen des Erblassers beruhende Auslegungsregel des § 2052 BGB kommt nur in Wegfall, wenn aus dem Testament oder aus anderen Umständen außerhalb des Testaments entnommen werden kann, dass der Erblasser bei der letztwilligen Bedenkung eine Ausgleichung nicht gewollt hat (RG, Urteil vom 01.10.1917, IV 182/17, RGZ 90, 419, 421; Grüneberg/*Weidlich*, § 2052 Rdnr. 1; RGRK-BGB /*Kregel*, 12. Aufl., § 2052 Rdnr. 5). Solche Umstände sind hier jedoch nicht dargetan oder sonst ersichtlich; ganz im Gegenteil spricht die in der Zuwendung des Vorausvermächtnisses liegende Bevorzugung des Beklag-

ten unter ausdrücklicher Einsetzung aller drei Abkömmlinge auf eine ihrem gesetzlichen Erbteil entsprechenden Erbquote für den Willen, dem Beklagten dadurch die Tragung einer angenommenen Ausgleichslast zu erleichtern, ohne ihm die Ausgleichung seiner Vorempfänge zu erlassen (MünchKomm-BGB/Fest, § 2052 Rdnr. 4; vgl. RG, Urteil vom 01.10.1917, IV 182/17, RGZ 90, 419, 422)

33 (2) Das LG hat ebenfalls richtig gesehen, dass die weiteren Voraussetzungen des – entsprechend anzuwendenden – § 2050 BGB nicht vorliegen.

34 (a) Gemäß § 2050 Abs. 1 BGB sind Abkömmlinge, die als gesetzliche Erben zur Erbfolge gelangen, verpflichtet, dasjenige, was sie von dem Erblasser bei dessen Lebzeiten als Ausstattung erhalten haben, bei der Auseinandersetzung untereinander zur Ausgleichung zu bringen, soweit nicht der Erblasser bei der Zuwendung ein anderes angeordnet hat. Gemäß § 2050 Abs. 2 BGB sind Zuschüsse, die zu dem Zwecke gegeben worden sind, als Einkünfte verwendet zu werden, sowie Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Beruf insoweit zur Ausgleichung zu bringen, als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben. Schließlich sind gemäß § 2050 Abs. 3 BGB andere Zuwendungen unter Lebenden zur Ausgleichung zu bringen, wenn der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet hat. Die Beweislast für das Bestehen der jeweiligen Ausgleichspflicht trifft denjenigen, der – wie die Kläger – eine Anrechnung von Vorempfängen verlangt (Senat, Urteil vom 22.07.2022, 5 U 83/21; MünchKomm-BGB/Fest, § 2050 Rdnr. 43; RGRK-BGB/Kregel, § 2050 Rdnr. 22); das ist auch mit Blick auf den vorprozessualen Schriftverkehr nicht anders, der nach dem oben Gesagten wohlverstandenermaßen (§§ 133, 157 BGB) kein irgendwie geartetes Zugeständnis einer Ausgleichspflicht durch den Beklagten enthielt, sondern lediglich – erkennbar – Möglichkeiten einer evtl. gütlichen Einigung ausloten und vorbereiten sollte.

35 (b) Hiervon ausgehend, ist im Streitfall, auch unter Berücksichtigung des Berufungsvorbringens, keine der drei gesetzlichen Alternativen des § 2050 BGB erwiesen:

36 (aa) Wie das LG nach eingehender Auseinandersetzung mit dem entsprechenden Vortrag der Kläger beanstandungsfrei (§ 529 Abs. 1 ZPO) festgestellt hat, bestehen zunächst keine ausreichenden Anhaltspunkte für die Annahme, es habe sich bei den aufgrund des notariellen Kaufvertrages vom 14.05.2018 (UR Nr. 479/2018) übertragenen Grundstücken um eine von § 2050 Abs. 1 BGB erfasste „Ausstattung“ gehandelt.

37 (aaa) Unter einer Ausstattung ist gemäß § 1624 Abs. 1 BGB dasjenige zu verstehen, was einem Kind mit Rücksicht auf seine Verheiratung oder auf die Erlangung einer selbstständigen Lebensstellung zur Begründung oder Erhaltung der Wirtschaft (ehelicher Haushalt) oder der Lebensstellung von Vater oder Mutter – im Rahmen des § 2050 Abs. 1 BGB vom Erblasser – zugewandt wird. Es handelt sich um eine von der Schenkung zu unterscheidende Art der unentgeltlichen Zuwendung („causa sui generis“); sie beruht auf einer – durch Auslegung zu ermittelnden – Einigung der Parteien

darüber, dass aufgrund eines objektiven Ausstattungsanlasses mit der „behaltensfesten“ Zuwendung einer der genannten Ausstattungszwecke verfolgt wird (Senat, Urteil vom 22.07.2022, 5 U 83/21; OLG Karlsruhe, ZEV 2011, 531; MünchKomm-BGB/Ann, 8. Aufl. 2020, § 2050 Rdnr. 14 f.). Als Ausstattungsanlass kommen – neben den „klassischen“ Fällen wie Verheiratung oder Geschäftsgründung – auch finanzielle Hilfen in Betracht, sofern die Zuwendung sich nicht in einer Hilfe aus aktueller Not erschöpft, sondern der Begründung und Erhaltung der wirtschaftlichen Selbstständigkeit des Abkömmlings dient oder zu dienen bestimmt ist (§ 1624 Abs. 1 BGB: „mit Rücksicht auf (...) die Erlangung einer selbstständigen Lebensstellung zur Begründung oder Erhaltung (...) der Lebensstellung“ gewährt; vgl. OLG Karlsruhe, ZEV 2011, 531). Es geht also um eine „Starthilfe“ im familiären wie auch im wirtschaftlichen Bereich (Senat, a. a. O.; Urteil vom 11.06.2014, 5 U 50/13, m. w. N.) bzw. um den Erhalt der Selbstständigkeit. Nicht entscheidend ist dabei, ob die Zuwendung notwendig ist, um die selbstständige Lebensstellung des Empfängers zu begründen oder zu erhalten (BGH, Urteil vom 26.05.1965, IV ZR 139/64, BGHZ 44, 91). Bei größeren Zuwendungen kann die Deutung als Ausstattung naheliegen, wenn die objektiven Voraussetzungen für eine Ausstattung gegeben sind und sich eine andere causa nicht feststellen lässt (Senat, Urteil vom 22.07.2022, 5 U 83/21; OLG Karlsruhe, ZEV 2011, 531; MünchKomm-BGB/Fest, § 2050 Rdnr. 15).

38 (bbb) Dies zugrunde legend, hat das LG im Streitfall zu Recht angenommen, dass die vorgetragenen und sonst erkennbaren Umstände nicht mit ausreichender Sicherheit die Annahme rechtfertigen, die Erblasserin und ihr Ehemann hätten dem Beklagten die Grundstücke zur Erhaltung ihrer Lebensstellung oder zur Erlangung einer selbstständigen Lebensstellung zugewandt. Der Senat teilt die – von der Berufung nicht einmal ansatzweise in Zweifel gezogenen – Feststellungen der Erstrichterin, wonach insbesondere das zum Zeitpunkt der Zuwendung bereits fortgeschrittene Alter des Beklagten von 48 Jahren sowie der Umstand, dass dieser das Grundstück unstreitig nicht zu Wohnzwecken nutzt, maßgeblich gegen diese Annahme sprechen, zumal die weitere Behauptung der Kläger, die Übertragung habe dem Zweck gedient, dem Beklagten eine Pferdehaltung zu ermöglichen und so dessen Lebensstellung „zu optimieren“, bis zuletzt unbewiesen geblieben ist. Allein der Umstand, dass es sich bei der Übertragung des Eigentums, auch unter Berücksichtigung der erbrachten Gegenleistung, um eine „größere Zuwendung“ handelte, rechtfertigt dagegen nicht die Annahme, es habe damit ein besonderer Ausstattungszweck verfolgt werden sollen; denn dann wäre jede unentgeltliche Zuwendung an Abkömmlinge, die ein gewisses Maß überschreitet, als Ausstattung anzusehen und für § 2050 Abs. 3 BGB, der solche sonstigen Zuwendungen erfasst und mit Blick auf die Ausgleichspflicht abweichend regelt, kein Raum mehr.

39 (b) Eine Ausgleichspflicht des Beklagten kann auch nicht auf § 2050 Abs. 2 BGB gestützt werden, wonach Zuschüsse, die zu dem Zwecke gegeben worden sind, als Einkünfte verwendet zu werden, sowie Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Beruf insoweit zur Ausgleichung zu

bringen sind, als sie das den Vermögensverhältnissen des Erblassers entsprechende Maß überstiegen haben. Denn bei der in Rede stehenden Grundstücksübertragung handelt es sich weder um Zuschüsse, die als Einkünfte verwendet werden sollen, noch um Aufwendungen für die Vorbildung zu einem Beruf. Dementsprechend wird diese Norm von der Berufung auch nicht weiter bemüht.

40 (c) Schließlich hat das LG zu Recht auch die Bestimmung des § 2050 Abs. 3 BGB nicht für einschlägig gehalten, wonach Zuwendungen unter Lebenden, die nicht unter § 2050 Abs. 1 und 2 BGB fallen, zur Ausgleichung zu bringen sind, wenn der Erblasser bei der Zuwendung die Ausgleichung angeordnet hat. Denn dass eine solche Anordnung hier bei der Zuwendung getroffen wurde, lässt sich nicht mit der erforderlichen hinreichenden Gewissheit feststellen.

41 (aaa) Die nach § 2050 Abs. 3 BGB erforderliche besondere „Anordnung“ ist eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, die zwar grundsätzlich keiner besonderen Form bedarf und auch konkludent erfolgen kann, es sei denn, sie ist Bestandteil eines Rechtsgeschäfts, das selbst formbedürftig ist (Senat, Urteil vom 22.07.2022, 5 U 83/21; Bamberger/Roth/Hau/Poseck/Lohmann, BGB, 4. Aufl., § 2050 Rdnr. 11). Sie muss aber spätestens gleichzeitig mit der Zuwendung dem Bedachten so zur Kenntnis gebracht werden, dass dieser die Zuwendung ablehnen oder durch ihre Annahme sein Einverständnis erklären kann (RG, Urteil vom 04.01.1908, IV 251/07, RGZ 67, 306, 308; Staudinger/Löhnig, § 2050 Rdnr. 40; RGRK-BGB/Kregel, § 2050 Rdnr. 18). Nachträglich kann die Ausgleichung dagegen nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, sondern nur in Form einer Verfügung von Todes wegen angeordnet werden; sie enthält ein Vermächtnis, mit dem der Abkömmling, der die Zuwendung erhalten hat, zugunsten seiner Miterben beschwert wird (RG, a. a. O.; Urteil vom 06.05.1909, IV 475/08, RGZ 71, 133, 135; RGRK-BGB/Kregel, § 2050 Rdnr. 19). Ob eine Ausgleichsanordnung gewollt ist, muss ggf. durch Auslegung festgestellt werden; dazu bedarf es der Ermittlung des Erblasserwillens, wobei auch außerhalb der Zuwendung liegende Umstände zu berücksichtigen sind (OLG Hamm, MDR 1966, 330; MünchKomm-BGB/Fest, § 2050 Rdnr. 34; Burandt/Rojahn/Flechtner, Erbrecht, 4. Aufl., § 2050 Rdnr. 38; vgl. BGH, Urteil vom 23.09.1981, IVa ZR 185/80, BGHZ 82, 274, 278 zur Annahme einer Ausgleichsanordnung bei einer Vermögensübertragung im Wege der „vorweggenommenen Erbfolge“).

42 (bbb) Im Streitfall ist ein solcher Wille der Erblasserin und ihres Ehemannes jedoch nicht feststellbar, was den insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Klägern zum Nachteil gereicht. Wie in dem angefochtenen Urteil richtig ausgeführt wird, enthält zunächst der notarielle Kaufvertrag vom 18.05.2019 (UR 479/20158) keine ausdrückliche Anordnung, und ebenso wenig lässt sich ein dahin gehender Wille zum Zeitpunkt der Zuwendung unter Berücksichtigung auch der weiteren Umstände durch Auslegung ermitteln. Vergeblich verweisen die Kläger mit ihrer Berufung auf das am selben Tage – laut Urkundenrollen-Nummer nach Abschluss des Kaufvertrages – beurkundete notarielle Testament (UR 481/2018) und die darin enthaltene Erbeinsetzung

aller drei Abkömmlinge zu gleichen Teilen, aus der sie auch unter Hinweis auf die gesetzliche Vermutung des § 2052 BGB auf eine Ausgleichspflicht folgern wollen. Dies erkennt jedoch die Bedeutung dieser gesetzlichen Auslegungsregel und greift insgesamt zu kurz; denn allein die Einsetzung mehrerer Erben zu gleichen Teilen besitzt für sich genommen keinen eindeutigen Erklärungswert hinsichtlich der hier entscheidenden Frage, wie mit einer lebzeitigen Zuwendung bei der Auseinandersetzung zu verfahren ist. Deshalb kann daraus allein weder mit hinreichender Sicherheit gefolgert werden, die Erblasserin und ihr Ehemann hätten „bei der Zuwendung“ eine entsprechende Anordnung stillschweigend für den Beklagten erkennbar getroffen, noch ist darin eine dem – erst – kurz darauf notariell beurkundeten Erbvertrag immanente nachträgliche Anordnung einer Ausgleichspflicht zu erblicken. Weil Zweifel verbleiben, dass dies von der Erblasserin und ihrem Ehemann gewollt war, muss die von den Klägern beanspruchte Ausgleichung auch unter dem Gesichtspunkt der „sonstigen Zuwendung“ gemäß § 2050 Abs. 3 BGB scheitern.

(...)

13. Keine Prüfung der Entgeltlichkeit einer Verfügung des befreiten Vorerben bei Vorliegen eines Wirksamkeitsvermerks

OLG Hamm, Beschluss vom 31.05.2022, 15 W 293/21

BGB §§ 891, 893

GBO §§ 18, 19, 22

LEITSÄTZE:

1. Das Grundbuchamt darf nach Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks jedenfalls grundsätzlich nicht mehr die Frage eines Nachweises der Entgeltlichkeit neu prüfen, denn es hat vor der Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks für eine Erwerbsvormerkung gegenüber einem Nacherbenvermerk genau diejenigen Überlegungen und Verfahrensschritte durchzuführen, die ansonsten erst bei Eigentumsumschreibung und ggf. Löschung des Nacherbenvermerks im Hinblick auf die Prüfung der Entgeltlichkeit zu erfolgen haben. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. In Ausnahmefällen dürfte ein eingetragener Wirksamkeitsvermerk nicht eine erneute Prüfung des ausreichenden Nachweises der Entgeltlichkeit durch das Grundbuchamt ausschließen, etwa aufgrund neuer oder erst später bekanntgewordener Tatsachen, wenn zu einem späteren Zeitpunkt der Antrag auf Eigentumsumschreibung mit dem Antrag auf Löschung des Nacherbenvermerks beim Grundbuchamt eingeht. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Die Voraussetzungen für eine Löschung des Nacherbenvermerks wegen Unrichtigkeit (§ 22 Abs. 1 GBO) bei entgeltlicher Veräußerung des Grundbesitzes können aus Rechtsgründen überhaupt erst dann vor-

**liegen, wenn die Eigentumsumschreibung erfolgt ist.
(Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 und ihr Ehemann waren seit dem 24.09.2012 als Miteigentümer zu je ½-Anteil des im vorstehenden Rubrum bezeichneten Grundbesitzes – Wohnungseigentum und Teileigentum an einem Tiefgaragenstellplatz – eingetragen. Sie hatten das Eigentum mit notariell beurkundetem Vertrag vom 02.04.2012 (UR-Nr. [...] des Notars [...] in G) für einen Kaufpreis von 385.000 € erworben.

2 Der Ehemann der Beteiligten zu 1 (nachfolgend: Erblasser) verstarb am (...) 2014. Die Ehe war kinderlos geblieben. Die Beteiligte zu 1 hat den Erblasser aufgrund des gemeinschaftlichen notariellen Ehegattentestaments vom 22.06.2012 (UR-Nr. [...] des Notars [...] in L) als befreite Vorerbin beerbt. Als Nacherben zu je ½-Anteil sind eingesetzt Herr C D und Herr F D, zwei Neffen des Erblassers. Als Ersatznacherben sind eingesetzt „deren Abkömmlinge zu gleichen Teilen nach den Regeln der Vererbung nach Stämmen“. Seit dem 23.04.2015 ist die Beteiligte zu 1 als Alleineigentümerin des vorbezeichneten Grundbesitzes im Grundbuch eingetragen. Mit gleichem Datum wurde jeweils in beiden Grundbüchern in Abteilung II unter der laufenden Nr. 3 der folgende Nacherbenvermerk eingetragen:

„E G ist hinsichtlich des früheren ½-Miteigentumsanteils des I G befreite Vorerbin. Die Nacherbfolge tritt bei Tod der Vorerbin ein.

Nacherben sind:

- a) C D (...)
- b) F D (...) Ersatznacherben sind deren Abkömmlinge zu gleichen Teilen nach den Regeln der Vererbung nach Stämmen.“

3 Mit notariellem „Schenkungs- und Kaufvertrag mit Auflassung und Nießbrauchsbestellung“ vom 23.06.2020 (Ur-Nr. [...] der Notarin [...] in G) übertrug die Beteiligte zu 1 den Grundbesitz an die Beteiligte zu 2, ihre Tochter. Dabei sollte die Übertragung des früheren ½-Miteigentumsanteils der Beteiligten zu 1 unentgeltlich im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erfolgen; die Übertragung des vom Erblasser ererbten ½-Miteigentumsanteils erfolgte „entgeltlich zu einem Kaufpreis von 69.500 €“. Die Beteiligte zu 1 behielt sich auf ihre Lebensdauer ein unentgeltliches Nießbrauchsrecht am gesamten im vorstehenden Rubrum bezeichneten Grundbesitz vor. Die Beteiligten gaben den Wert des Grundbesitzes mit 417.000 € und den Wert des Nießbrauchsrechts mit 278.000 € an. Auf die weiteren Einzelheiten der notariellen Urkunde vom 23.06.2020 wird Bezug genommen.

4 Die Beteiligten gingen davon aus, dass die Löschung der Nacherbenvermerke bewilligt werden würde und erklärten deswegen in § 2 (3) der notariellen Urkunde vom 23.06.2020 „unter Bezugnahme auf die noch zu erteilende Löschungsbewilligung“, die Löschung der Nacherbenvermerke zu beantragen. Löschungsbewilligungen für die Nacherbenvermerke wurden nicht erteilt. Die Beteiligten vereinbarten

daher mit notarieller Urkunde vom 12.11.2020 (UR-Nr. [...] der Notarin [...] in G) u. a. eine neue Fassung von § 2 (3) des Vertrages vom 23.06.2020, in der es heißt:

„Die Veräußerin hat als befreite Vorerbin entgeltlich über die der Nacherbschaftbindung unterliegenden ½-Miteigentumsanteile verfügt. Der Nacherbenvermerk wird daher mit Grundbuchvollzug unrichtig und ist auf Antrag zu löschen. Die Beteiligten beantragen die Löschung der Verfügungsbeschränkungen jeweils in Abteilung II laufende Nr. 3 der Grundbücher.“

5 Zudem vereinbarten die Beteiligten in dem Änderungsvertrag vom 12.11.2020 die Eintragung von Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs der Beteiligten zu 2 auf Verschaffung des Eigentums an dem Grundbesitz. Sie bewilligten und beantragten die Eintragung dieser Vormerkungen in den Grundbüchern „mit der Maßgabe, dass bei den Vormerkungen einzutragen ist, dass diese den jeweils in Abteilung II laufende Nr. 3 eingetragenen Nacherbenvermerken gegenüber wirksam sind“.

6 Mit Schriftsatz der Urkundsnotarin vom 16.11.2020 beantragten die Beteiligten beim Grundbuchamt, eine Erwerbsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 2 mit Wirksamkeitsvermerk gegenüber den in Abteilung II Nr. 3 eingetragenen Nacherbenvermerken einzutragen. Dabei legten sie als Anlage u. a. vor ein schriftliches Gutachten des öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen für die Bewertung von bebauten und unbebauten Grundstücken J vom 14.11.2019 zum Verkehrswert des im vorstehenden Rubrum bezeichneten Grundbesitzes zum Stichtag des 17.09.2019. In dem Gutachten sind auch Ausführungen zum Wert eines Nießbrauchsrechts enthalten.

7 Nachdem das Grundbuchamt zunächst mit Zwischenverfügung vom 25.11.2020 Bedenken gegen einen hinreichenden Nachweis der Entgeltlichkeit geäußert hatte, machten die Beteiligten nähere Ausführungen hierzu. Das Grundbuchamt gab sodann den beiden Nacherben C D und F D Gelegenheit, zur beantragten Eintragung der Erwerbsvormerkungen nebst Wirksamkeitsvermerk Stellung zu nehmen. Nach Ablauf der gesetzten Stellungnahmefrist trug das Grundbuchamt die beantragten Erwerbsvormerkungen jeweils mit Wirksamkeitsvermerk gegenüber dem Nacherbenvermerk am 25.02.2021 ein.

8 Eine Stellungnahme der Nacherben, in der diese sich für die Zurückweisung des Antrages auf Eintragung von Erwerbsvormerkungen mit Wirksamkeitsvermerk ausgesprochen hatten, weil ein Nachweis der vollständigen Entgeltlichkeit nicht geführt sei, war zwar beim AG eingegangen, jedoch nicht zu den Grundakten gelangt. Den Antrag der Nacherben vom 15.03.2021, den im Grundbuch von G Blatt (...) eingetragenen Wirksamkeitsvermerk zu löschen, hilfsweise einen Widerspruch einzutragen, behandelte das Grundbuchamt als beschränkte Beschwerde gemäß § 71 Abs. 2 GBO. Diese wies es mit Beschluss vom 28.04.2021 zurück. In diesem Beschluss führte das Grundbuchamt u. a. aus, dass angesichts der von den Nacherben vorgelegten Unterlagen zwar nunmehr Zweifel an der Entgeltlichkeit der Übertragung des vom Erblasser herrührenden ½-Miteigen-

tumsanteils bestünden, dass aber die Voraussetzungen des § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO nicht vorlägen.

9 Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 21.04.2021 haben die Beteiligten beantragt, den Eigentumsübergang unter gleichzeitiger Löschung der Nacherbenvermerke zu vollziehen, das Nießbrauchsrecht sowie eine im Vertrag vom 23.06.2020 bewilligte Rückauflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 1 einzutragen und die zugunsten der Beteiligten zu 2 eingetragenen Erwerbsvormerkungen zu löschen. Dabei sollte die Löschung der Erwerbsvormerkung nur erfolgen, „sofern auch der Nacherbenvermerk gelöscht wird und keine Zwischeneintragungen erfolgt sind, an denen nicht auch Frau K [d. h. die Beteiligte zu 2] mitgewirkt hat.“

10 Mit Zwischenverfügung vom 27.04.2021 hat das Grundbuchamt unter a) die Löschung des Nacherbenvermerks von der Vorlage einer Zustimmungserklärung der Nacherben in der Form des § 29 GBO abhängig gemacht und hierzu ausgeführt, dass nunmehr begründete Zweifel an der Entgeltlichkeit der Übertagung des vom Erblasser herrührenden ½-Miteigentumsanteils bestünden. Zudem hat das Grundbuchamt in der Zwischenverfügung vom 27.04.2021 unter b) ausgeführt, es sei für die Löschung der zugunsten der Beteiligten zu 2 eingetragenen Erwerbsvormerkungen erforderlich, dass die Beteiligte zu 2 deren Löschung in der Form des § 29 GBO bewillige.

11 Die Beteiligten haben nach der Zwischenverfügung vom 27.04.2021 eine ergänzende Stellungnahme des Sachverständigen J vom 31.05.2021 vorgelegt und ergänzende Ausführungen zur ihrer Auffassung nach gegebenen und nachgewiesenen Entgeltlichkeit der Veräußerung gemacht. Ihnen – den Beteiligten – hätten im Übrigen keine Anhaltspunkte vorgelegen, wonach ein anderer Wert anzusetzen sei, als derjenige, den der von ihnen beauftragte Sachverständige ermittelt habe. Nachdem das Grundbuchamt mitgeteilt hatte, an seiner Zwischenverfügung vom 27.04.2021 festzuhalten, haben die Beteiligten durch Schriftsatz der Urkundsnotarin vom 13.07.2021 Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 27.04.2021 eingelegt. Zugleich hat die Urkundsnotarin namens der Beteiligten zu 1 und 2 beantragt, nur die Anträge auf Eigentumsumschreibung und Eintragung des Nießbrauchs im Grundbuch zu vollziehen.

12 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Akten dem OLG zur Entscheidung vorgelegt. Hierbei hat das Grundbuchamt ausgeführt, dass eine vorherige Eigentumsumschreibung nebst Eintragung des Nießbrauchsrechts nicht möglich sei.

13 Wegen der weiteren Einzelheiten wird ergänzend auf den Akteninhalt Bezug genommen.

14 II. Die Beschwerde der Beteiligten hat Erfolg und führt zur Aufhebung der Zwischenverfügung des Grundbuchamtes vom 27.04.2021.

15 1. Gegenstand der Beschwerde und damit Prüfungsgegenstand des Beschwerdegerichts ist die Zwischenverfügung vom 27.04.2021 insgesamt mit beiden vom Grundbuchamt gegenüber den Eintragungsanträgen vom

21.04.2021 erhobenen Beanstandungen. Die Beschwerde ist nicht lediglich auf eine der beiden Beanstandungen beschränkt.

16 Dies ergibt sich aus Wortlaut und Zielrichtung der Beschwerdeschrift.

17 Zwar befasst sich das in der Beschwerdeschrift zur Begründung der Beschwerde in Bezug genommene Vorbringen aus einem anderen Schriftsatz ausschließlich mit den Voraussetzungen für eine Löschung der Nacherbenvermerke. Dies betrifft in der Sache allein die vom Grundbuchamt in Abschnitt a) der Zwischenverfügung vom 27.04.2021 erhobene Beanstandung. Eine inhaltliche Auseinandersetzung mit der in Abschnitt b) der Zwischenverfügung im Hinblick auf den Antrag auf Löschung der zugunsten der Beteiligten zu 2 eingetragenen Erwerbsvormerkungen ist dagegen nicht erfolgt. Hieraus folgt jedoch keine Beschränkung der Beschwerde.

18 Die Beschwerde ist von vornherein – ohne Einschränkung und ohne inhaltliche Differenzierung – „gegen die Zwischenverfügung vom 27.04.2021“ gerichtet. Weiter wird in der Beschwerdeschrift konkret zum Ausdruck gebracht, dass sowohl an dem Antrag auf Löschung der Nacherbenvermerke als auch an dem Antrag auf Löschung der Erwerbsvormerkungen zugunsten der Beteiligten zu 2 festgehalten wird. Zwar haben die Beteiligten für den Fall, dass das Grundbuchamt an den erhobenen Bedenken festhalten sollte, (hilfsweise) den Antragsverbund aus dem Schriftsatz vom 21.04.2021 zum Teil aufgelöst, indem sie beantragt haben, die Eigentumsumschreibung nebst Eintragung des Nießbrauchsrechts – und der insoweit in der Beschwerdeschrift versehentlich nicht mit aufgeführten Rückauflassungsvormerkungen – vorab zu vollziehen. Mit der Formulierung „Die Vormerkung mit Wirksamkeitsvermerk sowie der Nacherbenvermerk mögen bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens im Grundbuch verbleiben“ haben die Beteiligten zu erkennen gegeben, dass Ziel des Beschwerdeverfahrens gerade der Vollzug auch dieser beiden Anträge ist. Die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes vom 27.04.2021 betrifft in ihrem Abschnitt a) den Antrag auf Löschung der Nacherbenvermerke und in ihrem Abschnitt b) den Antrag auf Löschung der zugunsten der Beteiligten zu 2 eingetragenen Erwerbsvormerkungen.

19 2. Nicht Gegenstand der Beschwerde ist dagegen, dass es das Grundbuchamt im Nichtabhilfebeschluss abgelehnt hat, vorab im Grundbuch die Eigentumsumschreibung auf die Beteiligte zu 2 und die Eintragung des Nießbrauchsrechts – sowie der insoweit in der Beschwerdeschrift versehentlich nicht mit aufgeführten Rückauflassungsvormerkungen – zugunsten der Beteiligten zu 1 zu vollziehen. Gegen diese Entscheidung des Grundbuchamtes, die gegenüber der Zwischenverfügung vom 27.04.2021 eine neue, zusätzliche Beschwer beinhaltet, ist eine Beschwerde nicht eingelegt worden.

20 3. Die so zu verstehende Beschwerde der Beteiligten gegen die Zwischenverfügung vom 27.04.2021 ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Sie hat zudem in der Sache Erfolg. Die Aufhebung der Zwi-



schenverfügung erfolgt indes ausschließlich aus verfahrensrechtlichen Gründen, weil das Grundbuchamt keine Zwischenverfügung gemäß § 18 GBO hätte erlassen dürfen. Vielmehr hätte es auf der Basis seiner Rechtsauffassung die für die Beteiligten im Schriftsatz vom 21.04.2021 gestellten Anträge – ggf. nach Erteilung eines vorherigen rechtlichen Hinweises – zurückweisen müssen.

21 Die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen nach § 18 Abs. 1 GBO für den Erlass der angegriffenen Zwischenverfügung liegen nicht vor.

22 a) Nach gefestigter Rechtsprechung ist der Erlass einer Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO nur zulässig, wenn sie zur Behebung eines mit rückwirkender Kraft heilbaren Hindernisses dienen soll (vgl. zum Beispiel BGH, FGPrax 2014, 192; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 18 Rdnr. 8). Die Zwischenverfügung soll damit dem gestellten Eintragungsantrag zum Erfolg verhelfen und dient zugleich der Rangwahrung des noch nicht erledigten Antrags gegenüber später eingehenden weiteren Eintragungsanträgen (§ 18 Abs. 2 GBO). Kann ein vom Grundbuchamt beanstandetes Eintragungshindernis nicht mit Rückwirkung behoben werden, ist daher die Zwischenverfügung bereits aus formellen Gründen aufzuheben.

23 Die verfahrensrechtlich für eine zulässige Zwischenverfügung erforderliche Rückwirkung ist insbesondere dann nicht gegeben, wenn das Fehlen der gemäß § 19 GBO zwingend erforderlichen Bewilligung des im Grundbuch eingetragenen Rechtsinhabers beanstandet wird (vgl. nur *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 12). Die Vorlage der Bewilligung des Rechtsinhabers kann nicht Gegenstand einer verfahrensrechtlich zulässigen Zwischenverfügung sein. Diese Kriterien gelten umfassend, also selbst im Falle einer Berichtigungsbewilligung (vgl. BGH, FGPrax 2021, 1).

24 Vorliegend hat das Grundbuchamt in Abschnitt b) der Zwischenverfügung zur Löschung der zugunsten der Beteiligten zu 2 eingetragenen Erwerbsvormerkungen Löschungsbevolligungen der Beteiligten zu 2 verlangt. Diese Löschungsbevolligungen der im Grundbuch eingetragenen Inhaberin der betroffenen Rechte entfalten aus den genannten Gründen keine Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Antragstellung. Sie können nicht in zulässiger Weise zum Gegenstand einer Zwischenverfügung gemacht werden.

25 Da die Zwischenverfügung Anträge betrifft, die – weiterhin – im Verbund gemäß § 16 Abs. 2 GBO gestellt worden sind, wirkt sich dieser Fehler auf die Zwischenverfügung insgesamt aus. Der Antragsverbund ist auch nicht aufgehoben worden, soweit es um die Löschung der Erwerbsvormerkung nebst Wirksamkeitsvermerk und Löschung der Nacherbenvermerke geht. Insoweit ist keine Änderung des Antrages vom 21.04.2021 erfolgt, in dem es ausdrücklich heißt, dass die Löschung der Erwerbsvormerkung nur erfolgen solle, sofern auch der Nacherbenvermerk gelöscht werde und (...).

26 b) Nach dem zuvor Gesagten kann offen bleiben, ob die in Abschnitt a) der Zwischenverfügung zur Löschung des Nacherbenvermerks verlangte Vorlage „einer Zustimmungserklärung sämtlicher Nacherben in der Form des

§ 29 GBO“ die Anforderungen an eine zulässige Zwischenverfügung erfüllt. Denn nach der Begründung des Grundbuchamtes in der angegriffenen Zwischenverfügung bleibt unklar, worauf sich die verlangte Zustimmung der Nacherben bezieht, auf die Zustimmung zur Löschung der Nacherbenvermerke im Sinne einer Löschungsbevolligung oder aber auf die Zustimmung zum materiellen Verfügungsgeschäft. Sollte die Bewilligung zur Löschung der Nacherbenvermerke gemeint gewesen sein, kann diese, wie ausgeführt, nicht im Wege der Zwischenverfügung aufgegeben werden.

27 Wegen des Erfolgs der Beschwerde sind eine Wertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren, eine Kostenentscheidung und eine Entscheidung über die Zulassung der Rechtsbeschwerde nicht veranlasst.

28 4. Für das weitere Verfahren nach der Zurückverweisung weist der Senat die Beteiligten – notwendigerweise ohne Rechtsbindung – auf Folgendes hin:

29 a) Die vom Grundbuchamt im Hinblick auf die beantragte Löschung der zugunsten der Beteiligten zu 2 eingetragenen Erwerbsvormerkungen geforderte Löschungsbevolligung ist in der Sache zutreffend. Die Beteiligte zu 2 hat die gemäß § 19 GBO erforderlichen Löschungsbevolligungen bislang nicht erklärt.

30 b) Im Hinblick auf die beantragte Eigentumsumschreibung bei gleichzeitiger Löschung der Nacherbenvermerke wird das Grundbuchamt vorab zu prüfen haben, ob überhaupt noch und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein Nachweis der Entgeltlichkeit der Verfügung der Beteiligten zu 1 als befreite Vorerbin über den vom Erblasser herrührenden ½-Miteigentumsanteil gefordert werden darf. Das Grundbuchamt ist bei der angegriffenen Zwischenverfügung wohl davon ausgegangen, dass ihm eine uneingeschränkte Prüfung eröffnet ist, ob die Beteiligten eine Entgeltlichkeit hinreichend nachgewiesen haben. Hierbei hat das Grundbuchamt aber ersichtlich nicht berücksichtigt, dass durch die Eintragung der Wirksamkeitsvermerke bei den Erwerbsvormerkungen jedenfalls grundsätzlich eine Bindungswirkung eingetreten sein dürfte. Denn das Grundbuchamt hatte vor Eintragung der Wirksamkeitsvermerke anhand der ihm vorgelegten Unterlagen und gemachten Darlegungen bereits geprüft, ob in ausreichender Weise von den Beteiligten eine Entgeltlichkeit der Veräußerung des vom Erblasser herrührenden ½-Miteigentumsanteils belegt war und hatte dies bejaht.

31 Bei der Beurteilung einer Bindungswirkung der Wirksamkeitsvermerke könnten aus Sicht des Senats folgende Aspekte von Bedeutung sein:

32 Nach der grundlegenden Entscheidung des BGH zum Wirksamkeitsvermerk (BGHZ 141, 169) macht vorliegend ein solcher die Wirksamkeit eines eingetragenen Rechtes gegenüber einer Verfügungsbeschränkung im Grundbuch ersichtlich. Damit kommt dem Wirksamkeitsvermerk zwar keine konstitutive, sondern im Ausgangspunkt vielmehr – nur – eine klarstellende Bedeutung zu, weil er auf eine bestimmte Rechtslage nur hinweist, sie aber nicht selbst herbeiführt. Da der Wirksamkeitsvermerk aber nach den

weiteren Ausführungen des BGH „ein einfaches Mittel [ist], für jedermann Klarheit zu schaffen und damit die Publizitätswirkung des Grundbuchs (§ 891 bis 893 BGB) zu fördern“ (vgl. BGH, a. a. O.), dürfte vieles dafür sprechen, dass das Grundbuchamt nach Eintragung der Wirksamkeitsvermerke jedenfalls grundsätzlich nicht mehr die Frage eines Nachweises der Entgeltlichkeit neu prüfen darf (Senat, Beschluss vom 20.02.2020, 15 W 51/20; a. A.: Becker, BWNotZ 2019, 167ff.). Denn das Grundbuchamt hat vor der Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks für eine Erwerbsvormerkung gegenüber einem Nacherbenvermerk genau diejenigen Überlegungen und Verfahrensschritte durchzuführen, die ansonsten erst bei Eigentumsumschreibung und ggf. Löschung des Nacherbenvermerks im Hinblick auf die Prüfung der Entgeltlichkeit zu erfolgen haben (vgl. OLG Köln, BWNotZ 2019, 74; ebenso Senat, Beschluss vom 20.02.2020, 15 W 51/20). Diese Prüfung und ihr durch die Eintragung der Wirksamkeitsvermerke im vorliegenden Fall zum Ausdruck gekommenes Ergebnis entfalten Wirkungen, die auch in der jetzigen Verfahrenssituation nicht unbeachtet bleiben dürfen. Das Grundbuchamt selbst ist in seinem Beschluss vom 28.04.2021 auf die Beschwerde der Nacherben davon ausgegangen, dass die Wirksamkeitsvermerke nicht einfach gelöscht werden können und dass auf die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO anwendbar ist.

33 Indes dürfte in Ausnahmefällen – nach dem Legalitätsgrundsatz – ein eingetragener Wirksamkeitsvermerk nicht eine erneute Prüfung des ausreichenden Nachweises der Entgeltlichkeit durch das Grundbuchamt ausschließen, etwa aufgrund neuer oder erst später bekanntgewordener Tatsachen, wenn zu einem späteren Zeitpunkt der Antrag auf Eigentumsumschreibung mit dem Antrag auf Löschung des Nacherbenvermerks beim Grundbuchamt eingeht. Denn das Grundbuch soll dauerhaft inhaltlich richtig sein und die Eintragungen sollen in Einklang mit der tatsächlichen Rechtslage stehen. Es wäre mit dem Legalitätsgrundsatz, der besagt, dass das Grundbuchamt nicht bewusst daran mitwirken darf, das Grundbuch unrichtig zu machen, unvereinbar, wenn das Grundbuchamt sehenden Auges eine Eintragung vornimmt, von dessen Unrichtigkeit es überzeugt ist. Entsprechendes dürfte ferner gelten, falls die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs (§ 53 Abs. 1 Satz 1 GBO) vorliegen sollten (zum Streitstand zur Zulässigkeit der Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen einen Wirksamkeitsvermerk vgl. OLG Köln, BWNotZ 2019, 74 ff.; OLG München, FGPrax 2016, 112f.; Senat, Beschluss vom 20.02.2020, 15 W 51/20; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 05.06.201, 20 W 77/14, juris).

34 c) Die Voraussetzungen für eine Löschung des Nacherbenvermerks wegen Unrichtigkeit (§ 22 Abs. 1 GBO) bei entgeltlicher Veräußerung des Grundbesitzes können aus Rechtsgründen überhaupt erst dann vorliegen, wenn die Eigentumsumschreibung erfolgt ist (vgl. OLG München, FGPrax 2020, 63 f). Denn zuvor gehört der fragliche Grundbesitz noch zum Nachlass, aus dem er erst mit dem Vollzug der Eigentumsübertragung durch Eintragung des neuen Eigentümers im Grundbuch ausscheidet. So lange die Eigentumsumschreibung nicht erfolgt ist, kann daher der

Nacherbenvermerk in einer Konstellation wie der vorliegenden noch nicht unrichtig sein. Die Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks ändert – ungeachtet der im Einzelnen streitigen Frage der Rechtswirkungen (vgl. hierzu OLG Köln, a. a. O.; OLG München, FGPrax 2016, 112f.; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 05.06.2014, 20 W 77/14, juris; Senat, a. a. O.) – nichts daran, dass der Nacherbenvermerk erst dann unrichtig werden kann, wenn der Grundbesitz – wirksam – aus dem Nachlass ausgeschieden ist (vgl. OLG München, FGPrax 2020, 63f.).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Christian Hartmann**, Jüchen

1. Sachverhalt und Problemstellung

Die Verwendung der Nacherbschaftsbeschränkung ist für den Gestalter einer Verfügung von Todes wegen eine probate und zuweilen nicht ersetzbare Gestaltung. Sie ist jedoch stets mit misslichen Folgeproblemen verbunden. Das zeigen regelmäßig Sachverhalte wie derjenige, der dem Beschluss des OLG Hamm zugrunde liegt. Dieser sei knapp und vereinfacht dargestellt: Die hinterbliebene Ehefrau des Erblassers verkaufte einen ihr als befreiter Vorerbin vererbten Miteigentumsanteil an Grundbesitz an ihre eigene Tochter. Nacherben sind die Neffen des selbst kinderlosen Erblassers, Ersatznacherben deren Abkömmlinge. Unter Vorlage des Wertgutachtens eines vereidigten Sachverständigen beantragten die Beteiligten die Eintragung einer Eigentumsvormerkung für die Käuferin nebst eines Wirksamkeitsvermerks, wonach die Vormerkung gegenüber dem Recht der Nacherben wirksam sei. Nachdem das Grundbuchamt zunächst Bedenken an der Vollentgeltlichkeit der Veräußerung geltend gemacht und den Nacherben Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben hatte, erfolgte die Eintragung von Vormerkung und Wirksamkeitsvermerk. Die Nacherben hatten im Rahmen des Anhörungsverfahrens ablehnend Stellung bezogen. Die Einlassung war zwar fristgerecht beim AG eingegangen, jedoch nicht zu den Akten und zur Kenntnis des Grundbuchamtes gelangt. Später beantragten die Kaufvertragsbeteiligten die Eigentumsumschreibung und – wohl im Wege der Grundbuchberichtigung – die Löschung des Nacherbenvermerks. Da das Grundbuchamt mittlerweile aufgrund der Einlassungen der Nacherben Zweifel an der Entgeltlichkeit hatte, erließ es eine Zwischenverfügung, mit der es die Vorlage einer „Zustimmung“ der Nacherben in der Form des § 29 GBO verlangte. Die hiergegen eingelegte Beschwerde hatte Erfolg. Dies nach Ansicht des Senats jedoch aus formalen Gründen, da es den Erlass einer Zwischenverfügung im konkreten Fall für unzulässig hielt. Zur eigentlich interessanten materiellen Fragestellung äußert er sich sodann mit praktisch bedeutsamen Ausführungen, jedoch nur obiter und ohne jede rechtliche Bindungswirkung gegenüber dem Grundbuchamt.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

2. Die formelle Problematik des Falls

Der Senat verhilft der Beschwerde mit der Begründung zum Erfolg, das Grundbuchamt sei nicht berechtigt gewesen, bei dem von ihm angenommenen Eintragungshindernis – der fehlenden „Zustimmungserklärung“ der Nacherben zur Löschung des Nacherbenvermerks – die angefochtene Zwischenverfügung zu erlassen. Der Antrag hätte vielmehr zurückgewiesen werden müssen. Nach herrschender, wenngleich keineswegs einheitlicher Rechtsprechung dürfen die Grundbuchämter fehlende Bewilligungen oder materiellrechtlich erforderliche Zustimmungen nämlich nicht im Wege einer Zwischenverfügung anmahnen, sondern müssen den Eintragungsantrag abweisen.¹ Es könne nur die Beseitigung solcher Eintragungshindernisse mit Zwischenverfügung aufgegeben werden, die mit rückwirkender Kraft geheilt werden können. Der Erhalt des „guten“ Rangs der früheren Antragstellung gebühre nur demjenigen, der seinerzeit an sich alle Eintragungsvoraussetzungen erfüllt hatte. Diese herrschende Praxis ist verfehlt.² In praktischer Hinsicht führt sie regelmäßig zu einer Verzögerung der Sachentscheidung. Zuweilen beschäftigt derselbe Sachverhalt das OLG sogar ein zweites Mal³ – eine vermeidbare Belastung der Justiz und zugleich eine Zumutung für die Rechtssuchenden. Wohl aus diesem Grunde entscheiden sich in solchen Situationen immer wieder OLGs – regelmäßig ohne Auseinandersetzung mit der herrschenden Meinung, vielleicht auch in unbewusster Abkehr von der herrschenden Praxis – zum Treffen einer Sachentscheidung.⁴ Zu Recht, denn die herrschende Praxis ist keineswegs zwingend, da § 17 GBO für die Zuerkennung des Vorrangs nur auf die Stellung des Antrags als solche abstellt, nicht auf dessen Vollzugsreife.⁵ Den massiven verfahrensökonomischen Nachteil dieser Sicht sucht auch das OLG Hamm entsprechend allgemeiner obergerichtlicher Übung⁶ dadurch zu kompensieren, dass es dem Grundbuchamt – „zunächst allerdings ohne Bindungswirkung“ – ausführliche Leitlinien für die Entscheidung in der Sache an die Hand gibt. Es bleibt zu hoffen, dass mehr OLG-Senate der „Rebellenfraktion“ beitreten und in solchen Situationen Sachentscheidungen treffen.

- 1 BGH, Beschluss vom 22.01.2014, XII ZB 68/11, NJW 2014, 1002; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 13.08.2018, 20 W 179/18, DNotZ 2020, 338 m. w. N.; ferner auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.08.2019, I-3 Wx 156/19, RNotZ 2020, 126; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 433 f.
- 2 Bauer/Schaub/Wilke, GBO, 5. Aufl. 2023, § 18 Rdnr. 16; BeckOK-GBO/Zeiser, Stand: 01.08.2023, § 18 Rdnr. 10; Hartmann, RNotZ 2020, 148, 154.
- 3 So die Entscheidungen des OLG Düsseldorf zu Fn. 1 und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.04.2020, I-3 Wx 230/19, MittBayNot 2021, 138, die denselben Sachverhalt betrafen.
- 4 Z. B. OLG München, Beschluss vom 26.02.2019, 34 Wx 168/18, DNotZ 2020, 347; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.11.2018, 14 W 115/18 (Wx), DNotZ 2020, 341.
- 5 BeckOK-GBO/Zeiser, § 18 Rdnr. 10.
- 6 Siehe etwa auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.08.2019, I-3 Wx 156/19, RNotZ 2020, 126.

3. Die materielle Problematik des Falles

Zum Verständnis der eigentlichen Problematik des Falles gilt es zunächst, sich die Konstruktion der Verfügungsbeschränkung des § 2113 Abs. 2 BGB bei nicht vollentgeltlichen Verfügungen zu vergegenwärtigen: Die vom Vorerben als Rechtsinhaber vorgenommene Verfügung ist zunächst *wirksam*, wird jedoch bei Eintritt des Nacherbfalls – also aufschiebend bedingt – insoweit *unwirksam*, als sie das Recht des Nacherben beeinträchtigt.⁷ Es ist die Funktion des Nacherbenvermerks gemäß § 51 GBO, diese mögliche künftige Rechtsfolge zugunsten des Nacherben anzukündigen. Aus dieser rechtstechnischen Konstruktion des § 2113 Abs. 2 BGB folgt, dass jede Verfügung des befreiten Vorerben über Grundbesitz – auch die unentgeltliche – stets wirksam ist. Zwingende Konsequenz hieraus ist, dass das Grundbuchamt beim Grundstücksverkauf durch einen befreiten Vorerben weder bei der Eintragung der Vormerkung noch der des Eigentumswechsels die Entgeltlichkeit und damit die dauerhafte Wirksamkeit des Eigentumserwerbs gegenüber dem Recht des Nacherben prüft, sondern beide Eintragungen ohne spezifische Prüfung dieses Kriteriums vornimmt.⁸ Diese erfolgt erst im Rahmen des Verfahrens zur Löschung des Nacherbenvermerks im Wege der Grundbuchberichtigung. Diese kann, wie das OLG Hamm (Rdnr. 34) zu Recht anmerkt, erst nach Vollzug der Eigentumsumschreibung beantragt werden. Das hat die für die Vertragsgestaltung missliche Konsequenz, dass der Käufer seine Finanzierung abschließen und den Kaufpreis bezahlen muss, bevor das Grundbuchamt die Dauerhaftigkeit seines Rechtserwerbs geprüft hat. In der Terminologie der Vertragsgestaltung ist dies eine teilweise ungesicherte Vorleistung.

In jüngerer Zeit erstmals hatte das BayObLG⁹ und ihm folgend sodann das OLG München¹⁰ einer notariellen Gestaltung den Segen gegeben, die diese Problematik zumindest erheblich abmildert: Man beantragt gemäß § 16 Abs. 2 GBO die Eintragung der Vormerkung für den Käufer und eines bei dieser einzutragenden Wirksamkeitsvermerks.¹¹ Die Eintragung beider wird als Fälligkeitvoraussetzung formuliert. Der Wirksamkeitsvermerk bringt zum Ausdruck, dass ein ins Grundbuch eingetragenes Recht gegenüber einer bestehenden Verfügungsbeschränkung wirksam ist. Er hat damit, wie das OLG Hamm (Rdnr. 32) richtig feststellt, deklaratorischen Cha-

- 7 Siehe nur Grüneberg/Weidlich, 82. Aufl. 2023, § 2113 Rdnr. 8.
- 8 Durch diese Rechtsakte wird die Stellung des Nacherben in keiner relevanten Weise berührt, BGH, Urteil vom 14.07.1969, V ZR 122/66, BGHZ 52, 269, 270 f.; ferner etwa OLG Köln, Beschluss vom 03.12.2018, 2 Wx 372/18, 2 Wx 373/18, DNotZ 2020, 343, 345.
- 9 Beschluss vom 24.04.1997, 2 Z BR 38/97, MittBayNot 1997, 239.
- 10 Beschluss vom 02.03.2016, 34 Wx 408/15, MittBayNot 2017, 61, 62.
- 11 Eingehend dazu Hartmann, DNotZ 2017, 28, 36 ff. Krauß, Immobilienkaufverträge in der notariellen Praxis, 9. Aufl., Rdnr. 2645 ff.

rakter, bewirkt selbst keine Rechtsänderung.¹² Die Vormerkung zur Sicherung des Käuferanspruchs gegenüber dem befreiten Vorerben als Verkäufer ist dann gegenüber dem Recht des Nacherben endgültig wirksam, wenn sie einen Anspruch auf vollentgeltlichen Erwerb sichert. Die damit dem Grundbuchamt abverlangte Prüfung weist den identischen Inhalt auf wie diejenige bei der späteren Löschung des Nacherbenvermerks. Trägt das Grundbuchamt Vormerkung und Wirksamkeitsvermerk ein, hat es damit die dauernde Wirksamkeit des Erwerbs zu einem Zeitpunkt geprüft und bejaht, der dank vorgenannter umsichtiger Vertragsgestaltung vor der Kaufpreiszahlung liegt. Daher war die Urkundsnotarin im vorliegenden Sachverhalt *lege artis* vorgegangen.

4. Zulässigkeit des auf die Verfügungsbeschränkung des § 2113 Abs. 2 BGB bezogenen Wirksamkeitsvermerks

Der Wirksamkeitsvermerk ist als solcher allgemein anerkannt.¹³ Es muss jeder Vermerk im Grundbuch zulässig sein, ohne den die dingliche Rechtslage nicht korrekt im Grundbuch wiedergegeben würde.¹⁴ Sehr zu begrüßen ist, dass sich nun das OLG Hamm (Rdnr. 32) in eine gefestigte Rechtsprechung einreihet, die den Wirksamkeitsvermerk auch zur Verlautbarung der Wirksamkeit einer Vormerkung gegenüber der Verfügungsbeschränkung des § 2113 BGB anerkennt.¹⁵

5. Anspruch auf Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks und Verfahrensfragen

Den Wirksamkeitsvermerk bei der Vormerkung als Fälligkeit voraussetzung vorzusehen, ist für die notarielle Praxis jedoch nur dann sinnvoll, wenn die Beteiligten auch einen *Anspruch* auf die Prüfung der Entgeltlichkeit des Erwerbs und – bei positivem Ergebnis – die Eintragung des Vermerks haben. Zu einer Stellungnahme zu dieser entscheidenden Frage war das OLG Hamm vorliegend nicht veranlasst. Sie ist mit der ganz herrschenden Meinung¹⁶ zu bejahen. Sind Nacherbenvermerk und Käufer-

vormerkung eingetragen, drückt das Grundbuch damit die *Möglichkeit* einer künftigen Unwirksamkeit der Vormerkung bei Eintritt des Nacherbfalls aus und begründet insoweit eine Vermutung.¹⁷ Diese Aussage des Grundbuchs ist, wenn die Vormerkung einen Anspruch auf vollentgeltlichen und damit dauerhaft wirksamen Erwerb gegen den befreiten Vorerben sichert, sachlich *unrichtig*.¹⁸ Daher liegt ein Akt der Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO vor, die im Antragsverfahren zu erfolgen hat, wenn sie der Rechtslage entspricht.¹⁹

Folglich erscheint es auch rechtsdogmatisch richtig, in der Eintragung des Wirksamkeitsvermerks der Sache nach eine auf das betreffende wirksame Recht bezogene Teillöschung des Nacherbenvermerks,²⁰ jedenfalls seine inhaltliche Einschränkung zu sehen.²¹

Nach zutreffender Rechtsprechung der Obergerichte ist den Nacherben, nicht jedoch den Ersatznacherben, im Verfahren der Löschung des Nacherbenvermerks rechtliches Gehör zu gewähren.²² Das gleiche gilt wegen der identischen Prüfungspflicht und der funktionalen Wirkung als Teillöschung des Nacherbenvermerks auch vor Eintragung eines Wirksamkeitsvermerks.²³

6. Gegenstand der Prüfung bei der Eintragung des Wirksamkeitsvermerks

Die – wie im Fall des OLG Hamm – von der Beschränkung des § 2113 Abs. 1 BGB befreite Vorerbin kann vollentgeltlich über Grundbesitz dauerhaft wirksam ohne Nacherbenzustimmung verfügen. Der Nachweis der (Voll-)Entgeltlichkeit kann nicht in der Form des § 29 GBO erbracht

12 Becker, BWNNotZ 2019, 167, 168.

13 BGH, Beschluss vom 25.03.1999, V ZB 34/98, MittBayNot 1999, 374, 375 m. w. N.

14 Grunsky, DNotZ 1998, 273, 274.

15 BGH, Beschluss vom 25.03.1999, V ZB 34/98, MittBayNot 1999, 374, 375; KG, Beschluss vom 28.09.1933, 1 X 507/33, HRR 1934, Nr. 199; ferner Beschluss vom 05.09.1935, 1 Wx 323/35, JFG 13, 111, 114; BayObLG, Beschluss vom 24.04.1997, 2 Z BR 38/97, MittBayNot 1997, 239; OLG München, Beschluss vom 02.03.2016, 34 Wx 408/15, MittBayNot 2017, 61, 62; OLG Köln, Beschluss vom 03.12.2018, 2 Wx 372/18, DNotZ 2020, 343, 345.

16 KG, Beschluss vom 28.09.1933, 1 X 507/33, HRR 1934, Nr. 199; ferner Beschluss vom 05.09.1935, 1 Wx 323/35, JFG 13, 111, 114; BayObLG, Beschluss vom 24.04.1997, 2 Z BR 38/97, MittBayNot 1997, 239; OLG Köln, Beschluss vom 03.12.2018, 2 Wx 372/18, DNotZ 2020, 343, 345; Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 51 Rdnr. 102; Meikel/Böttcher/Böhringer, GBO, 12. Aufl. 2021, § 51 Rdnr. 119; Hartmann, DNotZ 2017, 28, 38 f.; Krauß, Immobilienkaufverträge in der notariellen Praxis, Rdnr. 2646. Ausdrücklich offengelassen von OLG München, Beschluss vom 02.03.2016, 34 Wx 408/15, RNotZ 2016, 305, 307.

17 BGH, Beschluss vom 25.03.1999, V ZB 34/98, MittBayNot 1999, 374, 375; OLG München, Beschluss vom 14.03.2016, 34 Wx 239/15, ZEV 2016, 393, 395.

18 Schultz, RNotZ 2001, 542, 547; Hartmann, DNotZ 2017, 28, 31 f.

19 Unrichtig die Gegenmeinung bei BeckOK-GBO/Holzer, § 22 Rdnr. 36; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 05.06.2014, 20 W 77/14, BeckRS 2015, 9007; die eine bloße Richtigstellung annimmt, auf die die Beteiligten keinen Rechtsanspruch hätten.

20 KG, Beschluss vom 28.09.1933, 1 X 507/33, HRR 1934, Nr. 199; ferner Beschluss vom 05.09.1935, 1 Wx 323/35, JFG 13, 111, 114.

21 Meikel/Böttcher/Böhringer, GBO, § 51 Rdnr. 119 m. w. N. Dem steht nicht entgegen, dass der Wirksamkeitsvermerk grundbuchtechnisch bei gleichzeitiger Eintragung mit dem wirksamen Recht bei diesem selbst zu buchen ist, sonst in der zum Recht gehörenden Veränderungsspalte (Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 51 Rdnr. 101).

22 OLG München, Beschluss vom 02.03.2016, 34 Wx 408/15, MittBayNot 2017, 61, 62; eingehend Hartmann, DNotZ 2017, 28, 31 f. Für unbekannte Nacherben ist ggf. ein Pfleger zu bestellen, Henn, DNotZ 2013, 246, 247.

23 OLG München, Beschluss vom 02.03.2016, 34 Wx 408/15, MittBayNot 2017, 61, 62; Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 51 Rdnr. 101; Hartmann, DNotZ 2020, 267, 282.

werden, sondern erfolgt im Wege des Freibeweises.²⁴ Dabei wird zur Nachweisführung eine Glaubhaftmachung anhand von Erfahrungssätzen, Wahrscheinlichkeitssätzen oder tatsächlichen Vermutungen zugelassen.²⁵ Danach indiziert der Verkauf an einen außenstehenden Dritten die Entgeltlichkeit.²⁶ Stets bestehen dagegen Zweifel an der Entgeltlichkeit, wenn Verträge mit nahestehenden Personen abgeschlossen werden. Dann muss das Grundbuchamt weitere Beweise verlangen, regelmäßig ein Gutachten zum Verkehrswert.²⁷ Die meisten Gegenstand von Gerichtsentscheidungen werdenden Sachverhalte gehören zu der letztgenannten Kategorie der Veräußerung an nahestehende Personen. So auch der vorliegende Fall das OLG Hamm. Richtigerweise sind die Beteiligten direkt entsprechend vorgegangen und waren bestrebt, die Vollentgeltlichkeit der Veräußerung an die Tochter der befreiten Vorerbin durch Gutachten eines vereidigten Sachverständigen zu belegen. Dies war ihnen im Rahmen der Entgeltlichkeitsprüfung vor Eintragung des Wirksamkeitsvermerks letztlich aus Sicht des Grundbuchamtes auch gelungen. Im Verfahren der Löschung des Nacherbenvermerks hatte das Grundbuchamt allerdings Zweifel. Das OLG Hamm hat dem Grundbuchamt allein deshalb keine Vorgaben für die Prüfung der Entgeltlichkeit der Veräußerung gemacht, weil es eine grundsätzliche Bindung des Grundbuchamtes an seine Bewertung im Rahmen der bereits bei der Eintragung des Wirksamkeitsvermerks vorgenommenen Entgeltlichkeitsprüfung befürwortete.

Im entschiedenen Sachverhalt wurde der Kaufpreis überwiegend durch ein vorbehaltenes Nießbrauchrecht belegt. Der Vorbehalt von Nutzungsrechten bei Veräußerung an nahestehende Personen ist typisch.²⁸ Hier ist die Frage von großem Interesse, ob der Kapitalwert eines vorbehaltenen Nutzungsrechtes bei der Bewertung der Vollwertigkeit der Gegenleistung überhaupt berücksichtigungsfähig ist. Das auf die Lebenszeit der Vorerbin beschränkte Nutzungsrecht entfällt mit dem Nacherbfall und stellt gerade keinen dem Nacherben zufallenden

Wert dar. Jedoch ist der Vorbehalt des Nutzungsrechts keine Gegenleistung, sondern eine wertmindernde Belastung des veräußerten Grundbesitzes. Für die Entgeltlichkeitsprüfung wird daher in diesen Konstellationen nur geprüft, ob der um den Kapitalwert des dem Vorerben vorbehaltenen Nutzungsrechtes geminderte Verkehrswert durch äquivalente Gegenleistungen aufgewogen wird.²⁹ Das überzeugt, da der von der Beschränkung des § 2134 BGB befreite Vorerbe den Nachlass für sich verbrauchen darf. Daher kann auch der Umstand, dass der Vorerbe sich selbst ein Nutzungsrecht vorbehält, bei dem kein Gegenwert in den Nachlass gelangt, der Annahme der Entgeltlichkeit nicht entgegenstehen.³⁰

7. Wirkungen des Wirksamkeitsvermerks

a) Faktische Risikoreduktion

Der unzweifelhaft große Wert des Wirksamkeitsvermerks besteht für die Praxis in der Vorverlagerung der grundbuchamtlichen Entgeltlichkeitsprüfung. Dadurch lässt sich das Vorleistungsrisiko des Käufers – faktisch – erheblich vermindern.

b) Keine erneute Nacherbenanhörung im Verfahren der Löschung des Nacherbenvermerks

Da das Grundbuchamt bereits im Rahmen der bei Eintragung des Wirksamkeitsvermerks die Nacherben zur Vollentgeltlichkeit des Erwerbs anzuhören hatte, ist eine erneute Anhörung der Nacherben im Verfahren der späteren Löschung des Nacherbenvermerks weder sachlich erforderlich noch verfassungs- und verfahrensrechtlich geboten.

c) Bindungswirkung im Verfahren der Löschung des Nacherbenvermerks?

Wie groß der Nutzen des Wirksamkeitsvermerks für den Käufer ist, hängt sodann davon ab, ob die Entgeltlichkeitsprüfung durch das Grundbuchamt bei der beantragten Löschung des Nacherbenvermerks ohne Weiteres auch anders ausgehen kann oder ob dieses an das im Wirksamkeitsvermerk materialisierte Prüfungsergebnis gebunden ist. Das ist im Kern die Frage, mit der sich als – soweit ersichtlich – erstes Obergericht das OLG Hamm in der vorliegenden Entscheidung beschäftigt.

Das Gericht nimmt dabei „grundsätzlich eine Bindungswirkung“ (Rdnr. 30) an, die es jedoch unter gewichtige Vorbehalte stellt (Rdnr. 33). Im Ergebnis ist dem Gericht im Wesentlichen zuzustimmen. Im Einzelnen:

Der Senat zitiert die Gründe, die der BGH für die Zulässigkeit eines bei der Käufervormerkung einzutragenden Wirksamkeitsvermerks anführt. Daraus auf dessen wei-

24 Allg. M., siehe nur OLG München, Beschluss vom 02.03.2016, 34 Wx 408/15, MittBayNot 2017, 61, 62; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 13.08.2018, 20 W 179/18, DNotZ 2020, 338, 339 f.

25 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.01.2008, I-3 Wx 228/07, RNotZ 2008, 544, 546; OLG München, Beschluss vom 02.03.2016, 34 Wx 408/15, MittBayNot 2017, 61, 62; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 13.08.2018, 20 W 179/18, DNotZ 2020, 338, 339 f.

26 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.01.2008, I-3 Wx 228/07, RNotZ 2008, 544, 546; Meikel/Hertel, GBO, 11. Aufl. 2015, § 29 Rdnr. 637 ff. m. w. N.

27 Z. B. OLG Köln, Beschluss vom 03.12.2018, 2 Wx 372/18, DNotZ 2020, 343, 346; BeckOK-GBO/Zeiser, § 51 Rdnr. 86. Die Beweislast liegt beim Vorerben: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 06.06.2019, 20 W 77/19, BeckRS 2019, 3227; BeckOK-GBO/Zeiser, § 51 Rdnr. 86.

28 So etwa auch bei OLG Köln, Beschluss vom 03.12.2018, 2 Wx 372/18, DNotZ 2020, 343 (Vorbehalt eines Wohnungsrechts).

29 OLG Braunschweig, Beschluss vom 11.11.1993, 4 W 13/93, FamRZ 1995, 443, 445; Grüneberg/Weidlich, § 2113 Rdnr. 10; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.08.2023, § 2113 Rdnr. 17.

30 Eingehend zum abweichenden Entgeltlichkeitsbegriff beim befreiten Vorerben MünchKomm-BGB/Lieder, 9. Aufl. 2022, § 2113 Rdnr. 49; Hartmann, DNotZ 2020, 267, 283.



tergehende Rechtswirkung einer Bindungswirkung zu schließen, reicht als Begründung nicht aus. Die Wurzel einer solchen Bindung ist im Rechtsstaatsprinzip des Artikel 20 Abs. 3 GG zu finden, nach dem berechtigt in Anspruch genommenes Vertrauen des Bürgers in vom Staat gesetzte Akte prinzipiell schutzwürdig ist³¹ (Grundsatz des Vertrauensschutzes). Die am Kaufvertrag Beteiligten, vor allem der Käufer, haben im Vertrauen auf die nach rechtsstaatlichem Verfahren getroffene amtliche Einschätzung der Dauerhaftigkeit des mit dem Kaufvertrag bezweckten Eigentumserwerbs Dispositionen getroffen. Insbesondere ist der Käufer die Bindung an eine Finanzierung eingegangen und hat die Kaufpreiszahlung vorgenommen. Aus dem Grundsatz des Vertrauensschutzes jedoch eine strikte Bindung des Grundbuchamtes an einmal getroffene Einschätzungen ableiten zu wollen, kommt gleichwohl nicht in Betracht. Der Gesetzgeber der GBO hat sich, wie die gesetzlichen Wege zur Herstellung der Grundbuchrichtigkeit (§ 894 BGB, § 22 GBO) zeigen, gegen eine formelle Rechtskraft grundbuchamtlicher Entscheidungen entschieden.³² Dem Vertrauensschutzgedanken steht vielmehr das ebenfalls unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip fließende³³ und die Führung des Grundbuchs grundlegend prägende Legalitätsprinzip entgegen. Danach darf das Grundbuchamt nicht sehenden Auges Eintragungen vornehmen, von deren Unrichtigkeit es überzeugt ist. Dies erkennt auch das OLG Hamm an (Rdnr. 33). Es ist jedoch zu Recht bestrebt, beide Postulate des Rechtsstaatsprinzips in eine Art praktische Konkordanz zu bringen. Das Gericht stellt dabei die grundsätzlich anerkannte Bindung unter zwei alternative Vorbehalte. Einmal entfalle die Bindung, wenn dem Grundbuchamt später neue Umstände bekannt werden, die es bei seiner ersten Entgeltlichkeitsprüfung nicht berücksichtigt hat, gleich ob schuldhaft oder nicht schuldhaft. Ferner habe eine neue Prüfung stattzufinden, wenn die Voraussetzung für die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 GBO vorliegen. Hierzu muss die Eintragung unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften erfolgt sein, hier in Fehleinschätzung der Sachlage bezüglich der Vollentgeltlichkeit.

Die erste Ausnahme wirkt nur auf den ersten Blick überzeugend. Richtigerweise können dem Grundbuchamt neu bekannt gewordene Tatsachen die grundsätzliche Bindung nur dann aufheben, wenn die Bewertung dieser Tatsachen auch zu einer anderen rechtlichen Entscheidung der Entgeltlichkeitsfrage zwingt. Richtig erscheint daher, allein die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs als Maßstab für die Aufhebung der Bindung nutzbar zu machen: Die vorgenommene Bewertung als vollentgeltlich muss sich als falsch erweisen und damit das Grundbuch infolge Eintragung des Wirksamkeitsvermerks als unrichtig. Die Revision der Bewer-

tung wird dabei zwar regelmäßig durch die Einführung neuer Tatsachen angestoßen werden. Notwendig ist das aber nicht; auch die anfängliche Falschbewertung aufgrund der damals vorliegenden Tatsachengrundlage muss eine Bindung ausschließen. Ist das bisherige Ergebnis der Entgeltlichkeitsbewertung hingegen auch selbst bei Berücksichtigung neuer Tatsachen vertretbar, liegt eine Gesetzesverletzung im Sinne des § 53 Abs. 1 GBO nicht vor.³⁴ Es muss dann bei der Bindung verbleiben.

- d) Exkurs: Gutgläubiger verfügungsbeschränkungs-freier Erwerb aufgrund Wirksamkeitsvermerks?

Nicht zu entscheiden hatte das OLG Hamm die folgende interessante Sachverhaltsabwandlung: Der Käufer K1 habe nach Eintragung des Wirksamkeitsvermerks seinen bestehenden Auflassungsanspruch im Rahmen eines sog. Kettenkaufvertrags³⁵ an Käufer K2 abgetreten; die akzessorische Vormerkung wird auf K2 „umgeschrieben“. Später zeigt sich aufgrund neuer Tatsachen, dass der Wirksamkeitsvermerk zu Unrecht eingetragen worden ist. Das Grundbuchamt verweigert K2, der bei Vornahme der Abtretung hinsichtlich der Vollentgeltlichkeit seines Erwerbs gutgläubig war, die Löschung des Nacherbenvermerks. Zurecht?

Zwar kann K2 nicht die grundsätzliche Bindungswirkung des Wirksamkeitsvermerks zugutekommen (siehe soeben b)). Der BGH hat jedoch jüngst die von ihm schon früher anerkannte Möglichkeit des gutgläubigen Zweiterwerbs einer Vormerkung bestätigt.³⁶ Dabei hat er entscheidungserheblich ausgeführt, dass ein Zweiterwerber nicht nur eine nicht wirksam bestellte Vormerkung gutgläubig erwerben könne, sondern ein solcher „erst recht“ auch eine bestehende Vormerkung gutgläubig frei von tatsächlich bestehenden Verfügungsbeschränkungen zugunsten Dritter erwerben könne.³⁷ Im Fall des BGH bestand eine zu Unrecht gelöschte Vormerkung für einen früheren Erwerber im Vorrang vor der Vormerkung des Ersterwerbers. Dem Erwerb des durch Abtretung des Erwerbsanspruchs vormerkungsgesicherten Zweiterwerbers stand also eine zugunsten eines Dritten bestehende, aber nicht mehr grundbuchlich verlaubliche Verfügungsbeschränkung (hier des § 883 Abs. 2 BGB) entgegen. Hier liegt der Fall parallel: Dem dauerhaft auch über den Nacherbfall hinaus wirksamen Erwerb des Zweiterwerbers steht die Verfügungsbeschränkung des

31 Statt vieler: BVerfG, Beschluss vom 14.12.2022, 2 BvL 7/13, 2 BvL 18/14, NJW 2023, 1947, 1948 m. w. N.

32 BeckOG-GBO/Holzer, § 22 Rdnr. 1 f.

33 BeckOK-GBO/Holzer, § 1 Rdnr. 111; Bauer/Schaub/Bauer, GBO, § 13 Rdnr. 82.

34 OLG Hamm, Beschluss vom 22.11.1966, 15 W 178/66, DNotZ 1967, 109, 111; OLG München, Beschluss vom 27.04.2009, 34 Wx 22/09, FGPrax 2009, 154; Bauer/Schaub/Bauer, GBO, § 53 Rdnr. 44, jeweils zur Vertretbarkeit der Auslegung eines Rechtsgeschäfts.

35 Von solchen Gestaltungen sollte der Gestalter absehen, da sie zwingend die anzustrebende Absicherung eines der drei Beteiligten vernachlässigt.

36 Urteil vom 09.12.2022, 5 ZR 91/21, MittBayNot 2023, 354, 356 f. m. w. N., auch zur Gegenmeinung; krit. zur Begründung des BGH *Wilhelm*, MittBayNot 2023, 360 f.; zuvor BGH, Urteil vom 21.06.1957, V ZB 6/57, BGHZ 25, 16, 23 f.

37 A. a. O. Rdnr. 24.

§ 2113 Abs. 2 BGB zugunsten der Nacherben entgegen. Diese wurde bei Erwerb der Vormerkung infolge des Wirksamkeitsvermerks, der jedenfalls inhaltlich den Nacherbenvermerk einschränkt oder gar als dessen Teillöschung zu verstehen ist,³⁸ nicht mehr grundbuchlich verlautbart. Und dann gilt der Kernsatz der vorgenannten BGH-Entscheidung: „Bei der Abtretung einer durch Vormerkung gesicherten Forderung gilt der Inhalt des Grundbuchs analog § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB zugunsten des Zessionars im Hinblick auf den Grundbuchstand (...) als richtig.“³⁹ Folge ist – jedenfalls auf Grundlage der BGH-Rechtsprechung – der gutgläubige „lastenfreie“ Erwerb der Vormerkung, also hier ohne die Verfügungsbeschränkung des § 2113 Abs. 2 BGB.⁴⁰ Der Nacherbenvermerk ist daher nach Umschreibung des Eigentums auf den Erwerber gemäß § 22 GBO wegen Unrichtigkeit zu löschen.

8. Fazit

Der bei der Vormerkung für den Käufer eingetragene Vermerk, wonach diese gegenüber dem Recht des Nacherben wirksam ist, ist ein probates Gestaltungsmittel im Rahmen der Abwicklung eines Kaufvertrags mit Beteiligung eines befreiten Vorerben auf Verkäuferseite. Ist die stets vorzugswürdige vorsorgliche Zustimmung aller Primärnacherben⁴¹ nicht erreichbar, ist sie uneingeschränkt zu empfehlen. Der Wirksamkeitsvermerk ist das Mittel, um das Grundbuchamt frühzeitig zur Prüfung der Entgeltlichkeit des Erwerbs als Voraussetzung für dessen dauerhafte Wirksamkeit zu veranlassen und damit faktisch das Vorleistungsrisiko des Käufers zu reduzieren. Auf seine Eintragung besteht, wenn die genannten Voraussetzungen vorliegen, ein Rechtsanspruch. Das Grundbuchamt ist an seine Bewertung bei der später beantragten Löschung des Nacherbenvermerks aus Gründen des gebotenen Vertrauensschutzes grundsätzlich gebunden. Dies gilt wiederum vor dem Hintergrund des Legalitätsprinzips nicht, wenn sich die vorgenommene Bewertung des Grundbuchamtes als unrichtig, d. h. als nicht vertretbar erweist. Der Wirksamkeitsvermerk entfaltet damit über die unbestreitbaren faktischen Vorteile hinaus auch – allerdings deutlich eingeschränkte – rechtliche Schutzwirkungen für den Käufer.

38 Siehe zu 5.

39 BGH, Urteil vom 09.12.2022, 5 ZR 91/21, MittBayNot 2023, 354, 357 Rdnr. 27.

40 Vgl. BGH, Urteil vom 09.12.2022, 5 ZR 91/21, MittBayNot 2023, 354, 358 Rdnr. 35, zum Erwerb der Vormerkung „ohne die vorrangige Vormerkung“, also unter Abstreifen der in der vorrangigen Vormerkung verkörperten Verfügungsbeschränkung eines Dritten gemäß § 883 Abs. 2 BGB.

41 Eine solche ist, soweit erreichbar, dringend anzuraten, vgl. Henn, MittBayNot 2015, 500, 501; Hartmann, DNotZ 2017, 28, 34.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

14. Grundsätze der Beschlussfassung in der GmbH bei der Einleitung von Rechtsstreitigkeiten

BGH, Urteil vom 08.08.2023, II ZR 13/22 (Vorinstanz: OLG Bamberg, Urteil vom 02.12.2021, 1 U 475/20)

GmbHG § 47 Abs. 4 Satz 2 Fall 2, § 48

LEITSÄTZE:

1. Bei der Beschlussfassung über die Einleitung eines Rechtsstreits gegen eine Drittgemeinschaft oder über die außergerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Drittgemeinschaft unterliegen diejenigen GmbH-Gesellschafter einem Stimmverbot, die zusammen alle Anteile an der Drittgemeinschaft innehaben.
2. Das Gericht darf im Rahmen der positiven Beschlussfeststellungsklage nicht anstelle der GmbH-Gesellschafter entscheiden und einen Beschluss feststellen, der so nicht zur Abstimmung der Gesellschafter in der Gesellschafterversammlung stand. Es kann nur das Ergebnis einer tatsächlich erfolgten Willensbildung feststellen.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

31 3. Schließlich hat das Berufungsgericht rechtsfehlerhaft angenommen, dass zu TOP 15 ein ablehnender Beschluss gefasst wurde. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts unterlagen die Gesellschafterinnen D und M einem Stimmverbot. Bei der Beschlussfassung über die Einleitung eines Rechtsstreits gegen eine Drittgemeinschaft oder über die außergerichtliche Geltendmachung von Ansprüchen gegen die Drittgemeinschaft unterliegen diejenigen GmbH-Gesellschafter einem Stimmverbot, die zusammen alle Anteile an der Drittgemeinschaft innehaben.

32 a) Der Beschlussantrag zum TOP 15 hat die Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen gegenüber der T GmbH zum Gegenstand.

33 b) Ist ein GmbH-Gesellschafter Alleingesellschafter einer Drittgemeinschaft, besteht nach der Rechtsprechung des BGH zu § 47 Abs. 4 GmbHG für ihn ein Stimmverbot bei einer Beschlussfassung, die die Vornahme eines Rechtsgeschäfts oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits gegen diese Drittgemeinschaft betrifft (BGH, Urteil vom 29.03.1971, III ZR 255/68, BGHZ 56, 47, 53; Urteil vom 29.03.1973, II ZR 139/70, NJW 1973, 1039, 1040; Urteil vom 30.11.2021, II ZR 8/21, BGHZ 232, 203 Rdnr. 29). Aus dem in § 47 Abs. 4 GmbHG zum Ausdruck kommenden Grundgedanken, dass niemand Richter in eigener Sache sein darf, folgt zudem ein Stimmverbot bei der Beschlussfassung über die außergerichtliche Geltendmachung von

Ansprüchen gegen die Drittgesellschaft (vgl. BGH, Urteil vom 20.01.1986, II ZR 73/85, BGHZ 97, 28, 33; Urteil vom 07.02.2012, II ZR 230/09, ZIP 2012, 917 Rdnr. 16; Urteil vom 11.09.2018, II ZR 307/16, ZIP 2018, 2024 Rdnr. 26; Urteil vom 17.01.2023, II ZR 76/21, ZIP 2023, 467 Rdnr. 25). Diese Grundsätze gelten entsprechend, wenn mehrere Gesellschafter einer GmbH alle Anteile an der Drittgesellschaft innehaben (BGH, Urteil vom 10.02.1977, II ZR 81/76, BGHZ 68, 107, 110). In diesem Fall ist die wirtschaftliche Verbindung so stark, dass man das persönliche Interesse der GmbH-Gesellschafter mit dem der Drittgesellschaft gleichsetzen kann. Das in der anderweitigen Beteiligung der GmbH-Gesellschafter verkörperte Interesse schließt dann bei Entscheidungen über Rechtsgeschäfte oder die Einleitung oder Erledigung eines Rechtsstreits mit der Drittgesellschaft oder die außergerichtliche Anspruchsverfolgung eine unbefangene Stimmabgabe in der Regel aus und bedeutet deshalb für die GmbH eine erhebliche Gefahr (vgl. BGH, Urteil vom 10.02.1977, II ZR 81/76, BGHZ 68, 107, 110; Urteil vom 07.02.2012, II ZR 230/09, ZIP 2012, 917 Rdnr. 32 m. w. N.; Urteil vom 30.11.2021, II ZR 8/21, BGHZ 232, 203 Rdnr. 29).

34 c) Nach diesen Grundsätzen hatten die Gesellschafterinnen der Beklagten D und M bei der Abstimmung über die Geltendmachung von Ansprüchen gegenüber der T GmbH kein Stimmrecht, weil sie mit jeweils 50 % an dieser beteiligt sind.

35 d) Die fehlerhafte Berücksichtigung der Stimmen der Gesellschafterinnen D und M bei der Abstimmung über TOP 15 führt zur Unrichtigkeit der Beschlussfeststellung und damit zur erfolgreichen Anfechtung des ablehnenden Beschlusses.

36 Den ablehnenden Beschluss zu TOP 15 hat der Versammlungsleiter ausweislich des vom Berufungsgericht in Bezug genommenen Protokolls der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 30.07.2019 unter Berücksichtigung von Nein-Stimmen entfallend auf 52,168 % des Stammkapitals der Gesellschaft und Ja-Stimmen bezogen auf 47,821 % des Stammkapitals festgestellt. Ohne die Stimmen von Frau D und Frau M wurden zu TOP 15 ausschließlich Ja-Stimmen bezogen auf 47,821 % des Stammkapitals abgegeben. Anhaltspunkte für eine rechtsmissbräuchliche Abgabe der Ja-Stimmen bestehen nicht (siehe oben II. 1. c) bb) (2)).

(...)

15. Zulässigkeit einer Beschwerde durch einen Gesellschafter einer GmbH bei Nichtlöschung eines eingetragenen Geschäftsführers

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.03.2023, 3 Wx 55/22

FamFG § 59 Abs. 1, 2, § 395 Abs. 1 Satz 1, § 398

LEITSÄTZE:

1. Der Gesellschafter einer GmbH ist weder nach § 59 Abs. 1 FamFG noch nach § 59 Abs. 2 FamFG befugt, Beschwerde gegen die Entscheidung des Registergerichts einzulegen, die Eintragung einer Person als Geschäftsführer der GmbH nicht nach § 395 FamFG im Handelsregister zu löschen.
2. Dasselbe gilt, wenn das Registergericht die Löschung einer im Handelsregister eingetragenen nichtigen Geschäftsführerbestellung nach § 398 FamFG ablehnt.

16. Zu den Voraussetzungen der Eintragung einer grenzüberschreitenden Verschmelzung in das Handelsregister

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 02.02.2023, I-3 Wx 22/22

UmwG § 8 Abs. 3, § 122e Satz 3 a. F. (§ 309 Abs. 6 Satz 1 n. F.)

LEITSATZ:

Die Vorlage eines Verschmelzungsberichts ist bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften jedenfalls dann nicht erforderlich, wenn arbeitnehmerlose Gesellschaften in der Weise verschmolzen werden, dass eine 100%ige Tochtergesellschaft von der sie beherrschenden Muttergesellschaft aufgenommen wird und der Anteilinhaber des Mutterunternehmens auf die Erstellung eines Verschmelzungsberichts verzichtet.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragstellerin ist die 100%ige Tochtergesellschaft der in Belgien geschäftsansässigen und nach belgischem Recht gegründeten G. Am 19.07.2021 haben beide Gesellschaften einen notariell beurkundeten Verschmelzungsplan aufgestellt. Danach soll die G im Wege der Verschmelzung zur Aufnahme der Antragstellerin verschmolzen werden. Die Verschmelzung soll derart erfolgen, dass die Antragstellerin ihr Vermögen als Ganzes mit allen Rechten und Pflichten unter Ausschluss der Abwicklung mit Wirkung zum 01.01.2021 auf die G überträgt. Auswirkungen auf Arbeitnehmer besitzt die Verschmelzung nicht, weil weder die Antragstellerin noch die G über Arbeitnehmer verfügt.

2 Unter dem 20.08.2021 hat die Antragstellerin die vorgenannte Verschmelzung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet.

3 Das AG hat die Antragstellerin mit dem angefochtenen Beschluss darauf hingewiesen, dass die begehrte Handels-

registereintragung noch nicht erfolgen könne, weil der in § 122e UmwG geforderte Verschmelzungsplan der Antragstellerin nicht vorgelegt worden sei. Auch bei der Verschmelzung von arbeitnehmerlosen Kapitalgesellschaften bedürfe es des in § 122e UmwG genannten Verschmelzungsplans. Das gelte auch deshalb, weil dieser mittelbar dem Schutz der Gesellschaftsgläubiger diene. Ein Verzicht der Gesellschafter der an der Verschmelzung beteiligten Unternehmen auf Vorlage eines Verschmelzungsplans sei aus Rechtsgründen nicht möglich. Der im Laufe des Verfahrens vorgelegte Verschmelzungsbericht der Antragstellerin genüge inhaltlich nicht den Anforderungen. Es sei nicht festzustellen, dass der Verschmelzungsplan den Anteilseignern spätestens einen Monat vor der Versammlung der Anteilshaber zugänglich gemacht worden sei (§ 122e Satz 2, § 63 Abs. 1 Nr. 4 UmwG). Zudem fehle eine Erläuterung der Auswirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung auf die Gesellschaftsgläubiger (§ 122e Satz 1, §§ 122j, 122a Abs. 2, § 22 UmwG). Schließlich sei dem Erfordernis der Ausführlichkeit des Berichts (§ 122a Abs. 2, § 8 Abs. 1 Satz 11. Hs. UmwG) nicht Genüge getan.

4 Dagegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde. Sie ist der Auffassung, dass bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von arbeitnehmerlosen Kapitalgesellschaften ein Verschmelzungsbericht entbehrlich sei. Der Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes sei nicht tragfähig, weil der Verschmelzungsbericht den Gläubigern der beteiligten Gesellschaften nicht zugänglich gemacht werde. Eine inhaltliche Prüfung des Verschmelzungsberichts sei dem Registergericht verwehrt, weil es vorliegend nicht um die Beachtung zwingender gesetzlicher Anforderungen im öffentlichen Interesse gehe. Die Einhaltung der Zugangsfrist sei verzichtbar. Der Verzicht auf die Fristeinhaltung liege konkludent in dem Verzicht der Gesellschafter auf Vorlage eines Verschmelzungsberichts.

5 Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und mit Beschluss vom 31.01.2022 die Sache dem OLG Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt.

6 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Registerakte verwiesen.

7 II. Die zulässige Beschwerde hat Erfolg, weil die Handelsregistereintragung mit der vom AG gegebenen Begründung nicht versagt werden darf. Die Antragstellerin ist schon nicht verpflichtet, dem Registergericht einen Verschmelzungsbericht nach § 122e UmwG vorzulegen. Nach der genannten Vorschrift sind bei einer grenzüberschreitenden Verschmelzung im Verschmelzungsbericht nach § 8 UmwG auch die Auswirkungen der Verschmelzung auf die Gläubiger und Arbeitnehmer der an der Verschmelzung beteiligten Gesellschaft zu erläutern. Deshalb kommt es auf die vom AG reklamierten inhaltlichen Mängel des eingereichten Verschmelzungsberichts nicht an.

8 A. Eines Verschmelzungsberichts, in dem die Auswirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung auf die Arbeitnehmer der an der Verschmelzung beteiligten Unternehmen erläutert werden (§ 122e Satz 1 UmwG) und der dem Betriebsrat bzw. den Arbeitnehmern zugänglich zu

machen ist (§ 122e Satz 2 UmwG), bedarf es vorliegend nicht. Es liegt auf der Hand, dass der Gesichtspunkt des Arbeitnehmerschutzes dann nicht zum Tragen kommt, wenn die an der Verschmelzung beteiligten Unternehmen keine Arbeitnehmer beschäftigen. Zutreffend nimmt deshalb die ganz herrschende Ansicht in der Kommentarliteratur an, dass § 122e Satz 1 und 2 UmwG nach seinem Regelungs- und Schutzzweck einschränkend auszulegen ist und ein Verschmelzungsbericht für die Arbeitnehmer bei der Verschmelzung von arbeitnehmerlosen Gesellschaften entbehrlich ist (Kallmeyer/Marsch-Barner/Wilk, Umwandlungsgesetz, 7. Aufl. 2020, § 122e Rdnr. 13 ff., 16; Bayer/Vetter/Lutter, Umwandlungsgesetz, 6. Aufl. 2019, § 122e Rdnr. 9; Schmitt/Hörtnagl/Hörtnagl, Umwandlungsgesetz, 9. Aufl. 2020, § 122e Rdnr. 12; Habersack/Drinhausen/Kiem, UmwG, 3. Aufl. 2022, § 122e Rdnr. 23; Semler/Stengel/Leonard/Drinhausen, Umwandlungsgesetz, 5. Aufl. 2021, § 122e Rdnr. 13; Böttcher/Habighorst/Schulte/Althoff, Umwandlungsrecht, 2. Aufl. 2019, § 122e Rdnr. 13; Dauses/Ludwigs/Kalss/Klampfl, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Stand: August 2022, E III Rdnr. 194 in Verbindung mit Fn. 542; a. A.: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht/Oetker, 23. Aufl. 2023, § 122e UmwG Rdnr. 1).

9 Dies entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers. Das vom Bundestag am 20.01.2023 beschlossene Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) sieht in § 309 Abs. 6 Satz 3 UmwG zum Verschmelzungsbericht ausdrücklich vor, dass der Bericht für die Arbeitnehmer u. a. dann nicht erforderlich ist, wenn die an der Verschmelzung beteiligte Gesellschaft und ihre etwaigen Tochtergesellschaften keine anderen Arbeitnehmer haben als diejenigen, die dem Vertretungsorgan angehören.

10 B. Der Aspekt des Gläubigerschutzes rechtfertigt es – entgegen der Auffassung des AG – nicht, bei der Verschmelzung von arbeitnehmerlosen Unternehmen gleichwohl einen Verschmelzungsbericht nach § 122e UmwG zu fordern. § 122e UmwG ist eine Verfahrensbestimmung, die dem Schutz durch Information dient (Dauses/Ludwigs/Kalss/Klampfl, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, E III Rdnr. 191). Als solche will sie alleine die Interessen der Anteilshaber und Arbeitnehmer der an der Verschmelzung beteiligten Unternehmen schützen. Denn nur ihnen – und nicht auch den Gesellschaftsgläubigern – ist der Verschmelzungsbericht nach § 122e Satz 2 UmwG zugänglich zu machen. Die Belange der Gesellschaftsgläubiger der übertragenden Gesellschaft werden in § 122j UmwG durch ein Recht auf Sicherheitsleistung für näher bezeichnete Forderungen geschützt. Die Gläubiger können darüber hinaus im Rahmen des § 122e UmwG allenfalls reflexartig und faktisch begünstigt sein, und zwar dadurch, dass den Anteilseignern und Arbeitnehmern im Verschmelzungsbericht die Auswirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung auf die Gläubiger zu erläutern ist (§ 122e Satz 1 UmwG). Rechte und Pflichten in Bezug auf die Belange der Gesellschaftsgläubiger begründet § 122e UmwG dadurch nicht. Aus diesem Grund kann der Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes auch keine an sich nicht bestehende Verpflichtung zur Erstellung eines Verschmelzungsberichts auslösen.

11 C. Schließlich ist die Antragstellerin nicht im Hinblick auf die Anteilseigner gehalten, einen Verschmelzungsbericht zu erstellen. Denn es liegt ein wirksamer Verzicht auf die Erstellung eines solchen Berichts vor.

12 1. Zwar sieht § 122e Satz 3 UmwG nur für die grenzüberschreitende Verschmelzung von Personengesellschaften – und nicht auch für die hier in Rede stehende Verschmelzung von Kapitalgesellschaften – die Entbehrlichkeit eines Verschmelzungsberichts nach § 8 Abs. 3 UmwG vor, wenn sich (1) alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden oder wenn (2) die Anteilsinhaber aller an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger auf die Erstellung des Verschmelzungsberichts verzichten. Gleichwohl befürwortet die Kommentarliteratur auch bei Kapitalgesellschaften die Entbehrlichkeit eines Verschmelzungsberichts für die Anteilseigner, wenn eine 100%ige Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft verschmolzen wird und/oder wenn neben den Anteilseignern auch der Betriebsrat bzw. die Arbeitnehmer der beteiligten Unternehmen auf einen Verschmelzungsbericht verzichten oder arbeitnehmerlose Gesellschaften verschmolzen werden (Böttcher/Habighorst/Schulte/Althoff, Umwandlungsrecht, § 122e Rdnr. 14; Semler/Stengel/Leonard/Drinhausen, Umwandlungsgesetz, § 122e Rdnr. 13; Habersack/Drinhausen/Kiem, UmwG, § 122e Rdnr. 23; Bayer/Vetter/Lutter, Umwandlungsgesetz, § 122e Rdnr. 13 f.; zweifelnd unter Hinweis auf die Niederlassungsfreiheit der Art. 49, 54 AEUV: Kallmeyer/Marsch-Barner/Wilk, Umwandlungsgesetz, § 122e Rdnr. 13 ff., 16 und 19 f.; Gesell/Krömker, DB 2006, 2558, 2562).

13 2. Dem ist zuzustimmen. Bei einem am Regelungszweck der Vorschrift ausgerichteten Verständnis ist § 122e Satz 3 UmwG einschränkend dahin auszulegen, dass die Vorlage eines Verschmelzungsberichts bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften jedenfalls dann nicht erforderlich ist, wenn arbeitnehmerlose Gesellschaften in der Weise verschmolzen werden, dass eine 100%ige Tochtergesellschaft von der sie beherrschenden Muttergesellschaft aufgenommen wird, und der Anteilsinhaber des Mutterunternehmens auf die Erstellung eines Verschmelzungsberichts verzichtet. Denn der Bericht kann in einem solchen Fall die ihm gesetzlich zugewiesene Schutzfunktion für die Arbeitnehmer und Anteilsinhaber nicht erfüllen und wäre bloße Förmerei (im Ergebnis ebenso: Semler/Stengel/Leonard/Drinhausen, Umwandlungsgesetz, § 122e Rdnr. 13).

14 a) Arbeitnehmerbelange werden bei der Verschmelzung arbeitnehmerloser Unternehmen von vornherein nicht tangiert.

15 b) Die Interessen des Anteilseigners der zu übernehmenden Gesellschaft können bei der Verschmelzung eines 100%igen Tochterunternehmens auf die Muttergesellschaft durch einen Verschmelzungsplan aus Rechtsgründen nicht geschützt werden.

16 Sinn und Zweck des Verschmelzungsberichts für die zu übernehmende Gesellschaft ist es, ihren Gesellschaftern die rechtlichen, finanziellen und wirtschaftlichen Auswirkungen der grenzüberschreitenden Verschmelzung zu er-

läutern und durch diese Information eine Grundlage für die Entscheidung zu geben, ob dem Verschmelzungsplan zugestimmt werden soll oder nicht. Seine Informationsfunktion kann der Verschmelzungsbericht allerdings nur entfalten, wenn und soweit das zur Verschmelzung anstehende Unternehmen bei der Zustimmung zum Verschmelzungsplan einen eigenen Entscheidungsspielraum besitzt. Bei der Verschmelzung eines 100%igen Tochterunternehmens auf die Muttergesellschaft fehlt ein solcher Spielraum. Zum einen wird eine Tochtergesellschaft über den mehrheitlichen Anteilsbesitz gesellschaftsrechtlich von ihrer Muttergesellschaft beherrscht und kann schon aus diesem Grund keinen eigenen Willen in Bezug auf die Verschmelzung bilden und durchsetzen. Zum anderen besteht bei der Verschmelzung einer 100%igen Tochter auf die Muttergesellschaft ohnehin Identität zwischen dem Anteilseigner des aufnehmenden und des aufzunehmenden Unternehmens, weshalb die Zustimmung zum Verschmelzungsplan auch auf der Seite der Tochtergesellschaft von dem Anteilsinhaber der Muttergesellschaft getroffen wird. Dann ist ein Verschmelzungsbericht für die Anteilsinhaber des zu übernehmenden Tochterunternehmens aber ohne Relevanz und daher entbehrlich.

17 c) Schließlich erfordern auch die Belange des Inhabers der Muttergesellschaft nicht die Erstellung eines Verschmelzungsberichts. Dabei kann es auf sich beruhen, ob das in § 122e UmwG vorausgesetzte Schutzbedürfnis besteht, wenn die Muttergesellschaft – wie hier – im eigenen Interesse das von ihr beherrschte 100%ige Tochterunternehmen zur Aufnahme verschmilzt und ihr Anteilseigner alleine darüber entscheidet, ob und mit welchem Inhalt der Verschmelzungsplan gefasst und in die Tat umgesetzt wird. Selbst wenn man ein Schutzbedürfnis bejaht, ist die Erstellung eines Verschmelzungsberichts jedenfalls dann entbehrlich, wenn – wie vorliegend – der Anteilseigner der Muttergesellschaft auf den Bericht verzichtet. Dass ein solcher Verzicht bei der Verschmelzung von Kapitalgesellschaften rechtlich zulässig und wirksam ist, erkennt der Gesetzgeber in § 8 Abs. 3 UmwG ausdrücklich an und folgt bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen zusätzlich aus der Tatsache, dass § 122e UmwG ausschließlich individualrechtliche Interessen schützt, über welche der begünstigte Personenkreis (Anteilseigner, Arbeitnehmer) nach allgemeinen Grundsätzen disponieren kann. Infolge dessen stehen der befürworteten einschränkende Auslegung von § 122e Satz 3 UmwG keine rechtlichen Hindernisse entgegen.

18 Für die dargestellte Gesetzesauslegung spricht vielmehr der Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit innerhalb der Europäischen Union (Art. 49, 54 AEUV). Zu Recht wird in der Kommentarliteratur bezweifelt, ob die nach dem Wortlaut von § 8 Abs. 3 UmwG einerseits und § 122e Satz 3 UmwG andererseits bestehende ungleiche Behandlung von innerdeutschen und grenzüberschreitenden Verschmelzungen bei Kapitalgesellschaften europarechtlich zulässig ist. Nach § 8 Abs. 3 UmwG ist bei einer Verschmelzung von deutschen Personen- wie Kapitalgesellschaften der Verschmelzungsbericht entbehrlich, wenn entweder sich alle Anteile des übertragenden Rechtsträgers in der Hand des übernehmenden Rechtsträgers befinden oder die Anteilsinha-

ber aller an der Verschmelzung beteiligten Rechtsträger auf die Erstellung des Verschmelzungsberichts verzichten. § 122e Satz 3 UmwG lässt demgegenüber die genannte Ausnahme von dem Erfordernis eines Verschmelzungsberichts nur bei der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Personengesellschaften und nicht auch bei einer solchen von Kapitalgesellschaften zu, ohne dass der Gesetzesbegründung zu entnehmen oder sonst zu erkennen ist, dass zwingende Belange des Gemeinwohls diese Schlechterstellung der grenzüberschreitenden Verschmelzung von Kapitalgesellschaften erfordern (zu allem: Kallmeyer/Marsch-Barnier/Wilk, Umwandlungsgesetz, § 122e Rdnr. 20). Berücksichtigt man, dass § 309 Abs. 6 Satz 1, § 8 Abs. 3 UmwG in der Fassung des UmRUG die bislang nur für eine grenzüberschreitende Verschmelzung von Personengesellschaften normierte Befreiung von der Erstellung eines Verschmelzungsberichts im Zuge der Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (Richtlinie (EU) 2019/2021) uneingeschränkt auf Kapitalgesellschaften erweitert, findet der Vorwurf der europarechtswidrigen Behinderung der Niederlassungsfreiheit indiziell eine zusätzliche Stütze. Auch der Gesichtspunkt einer europarechtskonformen Auslegung des nationalen Rechts (Art. 4 Abs. 3 EUV) spricht mithin dafür, § 122e Satz 3 UmwG zur Gewährleistung der europäischen Niederlassungsfreiheit zumindest in dem erörterten Sinne einschränkend auszulegen.

19 Nach alledem hält die vom AG gegebene Begründung einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Das AG wird deshalb über den Antrag der Antragstellerin auf Eintragung der grenzüberschreitenden Verschmelzung mit ihrer Muttergesellschaft unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats neu zu befinden haben.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. **Heribert Heckschen**, Dresden

Die 100%ige Tochtergesellschaft einer belgischen Gesellschaft wird auf die (deutsche) Muttergesellschaft verschmolzen (grenzüberschreitende Verschmelzung nach §§ 122a ff. UmwG a. F.). Es gilt noch das nicht durch die Mobilitätsrichtlinie reformierte Umwandlungsrecht. Die beiden Gesellschaften sind arbeitnehmerlos. Der alleinige Anteilsinhaber der Gesellschaft verzichtet auf einen Verschmelzungsbericht (im Tatbestand des OLG-Urteils wird versehentlich vom Verzicht auf den Verschmelzungsplan gesprochen). Bei der Anmeldung der Verschmelzung beim deutschen Registergericht (AG Düsseldorf) wird kein Verschmelzungsbericht vorgelegt.

Das Registergericht beanstandet dies. Den in der Folge vorgelegten Verschmelzungsbericht hält es für inhaltlich unzureichend. Nach Auffassung des Registergerichts sei ein Verzicht auf einen Verschmelzungsbericht nicht möglich, da die Berichtspflicht auch die Interessen der Gläubiger schütze. Das ergebe sich daraus, dass man im Bericht auch auf diesen Gesichtspunkt einzugehen habe.

Das OLG Düsseldorf ist dieser Auffassung mit überzeugenden und sehr detailliert begründeten Argumenten entgegengetreten.

Das OLG sieht zwar, dass § 122e UmwG a. F. keine ausdrückliche Regelung zur Entbehrlichkeit bzw. zur Möglichkeit eines Verzichts auf einen Verschmelzungsbericht bei arbeitnehmerlosen Gesellschaften enthält, soweit nicht die Verschmelzung auf eine Personengesellschaft erfolgt. Der Schutzzweck der Norm lege dies aber entsprechend der herrschenden Meinung zwingend nahe. Dieses Verständnis der Norm könne man auch aus der mit dem UmRUG eingeführten Neuregelung des § 309 Abs. 6 Satz 3 UmwG entnehmen.

Gläubigerschutz werde nicht über § 122e UmwG a. F., sondern über § 122j UmwG a. F. (Recht auf Sicherheitsleistung) gewährleistet. Dies ergebe sich bereits daraus, dass der Verschmelzungsbericht den Gläubigern nicht zur Verfügung zu stellen sei.

Aus dem Gesichtspunkt des Schutzes der Anteilseigner sei schon deswegen kein Verschmelzungsbericht erforderlich, weil auf diesen wirksam verzichtet worden sei. Aus dem Sinn und Zweck des Berichts folge, dass dieser bei der Verschmelzung der Tochter auf die Mutter für den Anteilseigner der Mutter keinen Sinn ergebe. Der Anteilseigner der Mutter indes habe verzichtet. Bei dieser Konstellation müsse § 122e UmwG a. F. auch angesichts der nicht ganz eindeutigen Gesetzeslage aus dem Gesichtspunkt der Niederlassungsfreiheit so ausgelegt werden, dass bei der Verschmelzung der arbeitnehmerlosen Tochtergesellschaft auf die arbeitnehmerlose Muttergesellschaft zumindest ein Verzicht auf einen Verschmelzungsbericht möglich ist. Es sei letztlich auch aus europarechtlichen Gründen nicht nachvollziehbar, warum eine grenzüberschreitende Verschmelzung ansonsten anders behandelt werde als eine rein nationale, bei der ein Verzicht nach § 8 Abs. 3 UmwG möglich sei.

Die Entscheidung verdient uneingeschränkte Zustimmung.¹ Das OLG entscheidet eine in der Vergangenheit nicht völlig unumstrittene Rechtsfrage² in einer bedeutenden Umwandlungssituation: Die Mehrzahl der Verschmelzungen spielt sich auch in grenzüberschreitenden Situationen innerhalb des Konzerns ab. Nicht selten sind arbeitnehmerlose Gesellschaften betroffen. Gerade in der derzeit schwierigen wirtschaftlichen Situation werden durch Verschmelzungen Konzernbereinigungs- und Kostensparmaßnahmen realisiert. In der Praxis des Verfassers stellt dies derzeit ein Hauptmotiv für grenzüberschreitende Verschmelzungen dar.

Auch wenn inzwischen durch das UmRUG § 122e UmwG a. F. durch § 309 Abs. 6 Satz 3 UmwG ersetzt wurde, bleibt die Entscheidung aus zwei Gründen von entscheidender Bedeutung:

- 1 So auch *Leuring/Rubner*, NJW-Spezial 2023, 304; *Kittner*, GWR 2023, 157.
- 2 Zur Problematik sehr ausführlich *Mayer* in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, 178. Erg.-Lfg. 2019, § 122e UmwG Rdnr. 37 ff.; *Tomat*, GmbH-StB 2023, 277.

Entsprechend der Übergangsnorm des § 355 Abs. 1 Nr. 2 UmwG n. F. ist für den dort genannten Übergangszeitraum bis Dezember 2023 für zahlreiche bereits begonnene Verschmelzung das alte Recht noch anwendbar. Die Entscheidung hilft zudem beim Verständnis und der Auslegung des § 309 UmwG n. F.

17. Schenkweise Überlassung eines voll eingezahlten Kommanditanteils an Minderjährigen

OLG München, Beschluss vom 06.10.2022, 34 Wx 378/22

BGB §§ 181, 1629 Abs. 2, § 1643 Abs. 1, § 1809 Abs. 1 Satz 1 (§ 1909 Abs. 1 Satz 1 a. F.), § 1824 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 (§ 1795 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 a. F.), § 1852 Nr. 1 lit. b)
HGB § 171 Abs. 11. Hs., § 172 Abs. 4, § 176 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 HGB

LEITSÄTZE:

- Auch die mit der Gesellschafterstellung grundsätzlich einhergehende Treuepflicht stellt keinen rechtlichen Nachteil im Sinne von § 107 BGB dar. Bei dieser Treuepflicht handelt es sich um eine echte Nebenpflicht und nicht nur um eine im Hinblick auf § 107 BGB unbeachtliche Schutzpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Es bedarf stets einer Einzelfallbetrachtung, die insbesondere die konkrete vertragliche Ausgestaltung zum Gegenstand hat. Die Einzelfallbetrachtung ergibt hier, dass zum einen die gesellschaftsvertragliche und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht in § 6 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags soweit möglich und zulässig ausgeschlossen ist. Zum anderen handelt es sich bei der Beteiligten zu 5 gemäß § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags um eine rein vermögensverwaltende Gesellschaft, jedes Handelsgewerbe und der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts sind untersagt. Das im Zusammenhang mit der Treuepflicht des Kommanditisten angeführte Verbot, Geschäftschancen der Gesellschaft an sich zu ziehen, läuft daher unabhängig von einem Ausschluss hier offensichtlich leer. Soweit die Treuepflicht die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte betrifft, beschränkt sie wiederum lediglich von vornherein die erworbene Rechtsposition, beinhaltet aber keine Verpflichtungen, die in irgendeiner Weise über das geschenkte Gut hinausreichen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

- Zu notarieller Urkunde vom 29.12.2021 gründeten die Beteiligten zu 1-3 die J KG, die Beteiligte zu 5. Im Gesellschaftsvertrag ist u. a. Folgendes geregelt:

„§ 2 Gegenstand des Unternehmens

- Gegenstand des Unternehmens ist das Halten und Verwalten eigenen Vermögens, insbesondere von Immobilienvermögen. Jedes (Handels-)Gewerbe und

der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ist untersagt; die Gesellschaft ist ausschließlich eine rein vermögensverwaltende Gesellschaft im Sinne des § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 2 HGB.

2. [...]

§ 3 Gesellschaftskapital/Gesellschafter

- Das Gesellschaftskapital beträgt EUR 1.000.
- Persönlich haftender Gesellschafter (Komplementär) ist Frau J R [= Beteiligte zu 3]

[...].

(3) Kommanditisten sind

- Herr O R [= Beteiligter zu 1] [...] mit einem als Haften einlage in das Handelsregister einzutragenden Kommanditanteil in Höhe von EUR 500 und
- Frau Dr. Ch R [= Beteiligte zu 2] [...] mit einem als Haften einlage in das Handelsregister einzutragenden Kommanditanteil in Höhe von EUR 500.

[...]

§ 6 Geschäftsführung und Vertretung

[...]

- Gesellschaftsvertragliche und gesellschaftsrechtliche Treuepflichten der Kommanditisten werden, soweit nur irgend rechtlich zulässig und möglich, ausgeschlossen bzw. auf das gerade noch zwingend rechtlich notwendige Maß reduziert.

[...]

§ 15 Güterstands- und Pflichtteils Klausel

- Jeder unmittelbarer oder mittelbarer Gesellschafter, der eine natürliche Person und nicht Gründungsgesellschafter ist, ist verpflichtet, mit seinem Ehepartner den Güterstand der Gütertrennung nach deutschem Recht oder einen entsprechenden Güterstand nach ausländischem Recht zu vereinbaren und diesen Güterstand aufrechtzuerhalten, solange er Gesellschafter ist.

(2) [...]

- Jeder Gesellschafter, der nicht Gründungsgesellschafter ist, ist weiter verpflichtet, soweit rechtlich möglich und zulässig, mit seinem Ehepartner wirksam (ggf. entsprechend nach dem für den Gesellschafter geltenden ausländischen Erbstatut) eine Vereinbarung abzuschließen, die im Fall des Ablebens des Gesellschafters gewährleistet, dass bei der Berechnung etwaiger Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche des Ehepartners der Wert der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung, alle sonstigen Guthaben des Gesellschafters bei der Gesellschaft sowie alle vom Gesellschafter in die Gesellschaft eingebrachten Vermögenswerte und -gegenstände keine Berücksichtigung finden (gegenständlich beschränkter Pflichtteils(ergänzungs-)verzicht).

(4) [...]“

Zu weiterer notarieller Urkunde vom selben Tag erklärten die Beteiligten zu 1 und 3 im eigenen Namen und zugleich als gesetzliche Vertreter für ihre 2009 geborene Tochter L H R, die Beteiligte zu 4, u. a. Folgendes:

„B. Überlassung und Abtretung von Gesellschaftsanteilen

1. Überlassung und Abtretung

1) Herr O R – nachstehend insoweit „Veräußerer“ genannt – überlässt hiermit zu den nachfolgenden Bedingungen seinen Teil-Kommanditanteil in Höhe von EUR 500 – nachfolgend insoweit „Vertragsgegenstand“ genannt – an seine Tochter, Frau L R, – nachstehend insoweit „Erwerber“ genannt – zur alleinigen Berechtigung.

2) Frau Dr. Ch R – nachstehend insoweit „Veräußerer“ genannt – überlässt hiermit zu den nachfolgenden Bedingungen ihren Teil-Kommanditanteil in Höhe von EUR 500 – nachfolgend insoweit „Vertragsgegenstand“ genannt – an ihre Tochter, Frau L R, – nachstehend insoweit „Erwerber“ genannt – zur alleinigen Berechtigung.

3) Der jeweilige Veräußerer tritt den Vertragsgegenstand an den dies annehmenden Erwerber ab.

Die Überlassungen gemäß vorstehender Ziffer 1) und 2) sowie die Abtretungen gemäß dieser Ziffer 3) erfolgen in schuldrechtlicher und dinglicher Hinsicht jeweils unter der aufschiebenden Bedingung,

a) dass sämtliche Kommanditanteile in voller Höhe in bar einbezahlt sind und

b) dass die in Abschn. A. 1. genannte Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist und

zusätzlich nur in dinglicher Hinsicht unter der aufschiebenden Bedingung,

c) dass alle vorstehenden Abtretungen der Kommanditanteile im Wege der Sonderrechtsnachfolge im Handelsregister der KG eingetragen werden.

C. Vorbehaltsnießbrauch

1. Bestellung

Der jeweilige Veräußerer behält sich jedoch auf Lebensdauer den unentgeltlichen Nießbrauch an dem mit dieser Urkunde von ihm abgetretenen KG-Anteil vor. Für den Nießbrauch gelten vorbehaltlich der Regelungen dieser Urkunde die gesetzlichen Bestimmungen.

Klargestellt wird, dass der Nießbrauch sich auch auf alle etwaigen gewöhnlichen wie außergewöhnlichen Umbauarbeiten, Erneuerungs- und Modernisierungsmaßnahmen und die damit zusammenhängenden Kosten bezieht, soweit diese Maßnahmen Immobilien betreffen, die zum Gesellschaftsvermögen der KG gehören. Der Nießbrauch beginnt am jeweiligen Vertragsgegenstand jeweils mit der (schuldrechtlichen) Wirksamkeit der Übertragung.

1)

[...]

2)

Für die Dauer der Nießbrauchsbestellung stehen dem Nießbraucher sämtliche auf den Erwerber entfallenden Gewinne und Verluste sowie auf dessen Konto anfallenden Zinsen zu. Etwaige steuerliche und sonstige Belastungen des Erwerbers, die ihm aufgrund seiner Gesellschaftsbeteiligung entstehen, sind ihm vom Nießbrauchsberechtigten zu erstatten.

3)

Es ist Inhalt des Nießbrauchs, dass die Stimmrechte und sämtliche Verwaltungsrechte an dem vom Nießbrauch betroffenen Gesellschaftsanteil insgesamt allein vom Nießbraucher umfassend ausgeübt werden.

[...]

E. Widerrufs- und Rückübertragungsanspruch

1. Dem jeweiligen Veräußerer, Herr O R und Frau Dr. Ch R, (nachfolgend jeweils auch „der Berechtigte“ genannt) steht [...] auf Lebenszeit das Recht zu, bei Eintritt eines der folgenden Fälle vom schuldrechtlichen Teil dieses Vertrages in Bezug auf den betroffenen Erwerber zurückzutreten und die unentgeltliche Rückübertragung des dem betroffenen Erwerber vom Berechtigten übertragenen KG-Anteils an sich zu verlangen:

[...]

III.

Die durch die Rückübertragung entstehenden Kosten hat der Berechtigte zu tragen. Im Übrigen gilt gesetzliches Kondiktionsrecht der §§ 812 ff. BGB.“

Die Gesellschaft wurde am 17.01.2022 im Handelsregister eingetragen.

Am 25.01.2022 meldeten die Beteiligten zu 1-4 die Übertragung der Kommanditanteile zur Eintragung im Handelsregister an.

Das Registergericht erklärte mit Schreiben vom 14.07.2022, der Anmeldung stehe ein Vollzugshindernis entgegen, nämlich die Bestellung und Zustimmung eines Ergänzungspflegers, setzte zur Behebung eine Frist von vier Wochen, nach deren ergebnislosem Ablauf mit der Zurückweisung der Anmeldung gerechnet werden müsse, und erteilte eine Rechtsbehelfsbelehrung.

Mit Schreiben vom 21.07.2022 hat der Urkundsnotar namens der Beteiligten zu 1-4 Beschwerde eingelegt. Das Registergericht hat mit Beschluss vom 22.08.2022 nicht abgeholfen.

Wegen der Einzelheiten wird auf die Schreiben vom 14. und 21.07.2022 sowie den Beschluss vom 22.08.2022 Bezug genommen.

II. Die zulässige Beschwerde ist begründet.

1. Die Beschwerde ist zulässig. Sie ist insbesondere statthaft gemäß § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG. Das Schreiben des Registergerichts vom 14.07.2022 stellt, auch wenn es nicht als solche bezeichnet wurde, eine Zwischenverfügung im Sinne von Satz 1 der vorgenannten Bestimmung dar, da es deren wesentliche Merkmale – die knappe Bezeichnung der Eintragungshindernisse, die Begründung der bislang fehlenden Eintragungsfähigkeit, das kurze Aufzeigen der Möglichkeiten zur Behebung der Hindernisse, eine Fristsetzung und eine Rechtsbehelfsbelehrung (*Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rdnr. 167) – aufweist. Ob die Zwischenverfügung in Beschlussform hätte ergehen müssen (zum Meinungsstand siehe *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 166 Fn. 6), kann offenbleiben, da dies für die Statthaftigkeit der Beschwerde ohne Belang ist (OLG Stuttgart, FGPrax 2010, 257).

2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Das angenommene Eintragungshindernis besteht nicht.

Gemäß § 107 BGB bedarf ein Minderjähriger zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Besteht nach §§ 181, 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB insoweit ein Vertretungsverbot, so ist gemäß § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB die Bestellung eines Ergänzungspflegers erforderlich.

Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet (BGHZ 161, 170, 175); Entsprechendes gilt für den Erwerb eines Gesellschaftsanteils. Ob diese weitergehenden Verpflichtungen von den Parteien des Rechtsgeschäfts angestrebt worden sind, ist unerheblich. Es genügt, wenn sie gesetzliche Folge des Rechtsgeschäfts sind (BGHZ 161, 170, 178; *Grüneberg/Ellenberger*, 81. Aufl. 2022, § 107 Rdnr. 2). Ob das der Fall ist, bestimmt sich vorliegend nicht nach einer Gesamtbetrachtung des dinglichen und des schuldrechtlichen Teils des Rechtsgeschäfts, sondern nach einer isolierten Betrachtung allein des dinglichen Erwerbsgeschäfts, hier also der Anteilsübertragung. Denn wenn das schuldrechtliche Grundgeschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft sein sollte, ist dem Anliegen des Minderjährigenschutzes durch dessen Genehmigungsbedürftigkeit gemäß § 107 BGB Genüge getan. Demgegenüber besteht unter diesem Aspekt kein Anlass, dem dinglichen Erfüllungsgeschäft die Wirksamkeit zu versagen, wenn es für sich genommen lediglich rechtlich vorteilhaft ist; andernfalls greift ohnehin auch insoweit § 107 BGB.

a) Der in Abschnitt C. I. der Überlassungs- und Abtretungsvereinbarung bestellte Nießbrauch im Sinne von § 1030 Abs. 1 BGB begründet für die Beteiligte zu 4 keine weitergehenden Verpflichtungen oder sonstige Belastungen. Da sich die Beteiligten zu 1 und 3 den Nießbrauch jeweils bei der Übertragung des jeweiligen Kommanditanteils vorbehalten, erhält die Beteiligte zu 4 jeden Anteil von vorn-

herein mit dem Nießbrauch belastet. Dies schmälert lediglich den erlangten Vorteil, stellt aber jedenfalls dann keinen rechtlichen Nachteil im oben ausgeführten Sinne dar, wenn der Nießbrauchsberechtigte – wie hier – über §§ 1042 Satz 2, 1047 BGB hinaus die Kosten jeglicher an einem eventuellen Grundbesitz durchzuführenden Maßnahmen zu tragen hat, der Minderjährige insoweit also nicht zum Aufwendungs- oder Verwendungsersatz gemäß §§ 1049, 677 ff. BGB verpflichtet ist (BGHZ 161, 170, 177; OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288, 290; *MünchKomm-BGB/Spickhoff*, 9. Aufl. 2021, § 107 Rdnr. 86). Auch dass der Nießbraucher die Gewinnanteile beanspruchen kann sowie die Stimm- und Verwaltungsrechte ausübt, spielt keine Rolle. Denn das Vorliegen eines rechtlichen Nachteils ist ausschließlich anhand eventueller Verpflichtungen oder sonstiger Belastungen zu bestimmen. Der Beteiligten zu 4 werden jedoch auch insoweit lediglich aus den Kommanditanteilen fließende Rechte von vornherein vorenthalten. Somit verbessert sich ihre Rechtsposition nicht in dem Maße, wie es grundsätzlich möglich wäre, sie verschlechtert sich aber nicht im Vergleich zum status quo ante. Allein darauf kommt es jedoch an.

b) Die Beteiligte zu 4 haftet mit der Übertragung des Kommanditanteils auch nicht eventuellen Gläubigern der Gesellschaft nach § 171 Abs. 1 1. Hs. HGB. Denn diese Haftung ist gemäß 2. Hs. der Vorschrift ausgeschlossen, soweit die Einlage des Kommanditisten geleistet ist. Hier steht nach Abschnitt B. 1. 1) a) der Überlassungs- und Abtretungsvereinbarung bereits die Übertragung auch in dinglicher Hinsicht unter der aufschiebenden Bedingung, dass sämtliche Kommanditanteile in voller Höhe in bar einbezahlt sind. Somit ist von vornherein die Gefahr einer Haftung der Beteiligten zu 4 nach § 171 Abs. 1 1. Hs. HGB nicht gegeben. Die theoretische Möglichkeit der Rückgewähr der geleisteten Einlage mit der Folge des Wiederauflebens der Haftung gemäß § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB (OLG Frankfurt a. M., FGPrax 2008, 242, 243; *Ivo*, ZEV 2005, 193, 194) ist ebenfalls unschädlich, da dies eine weitere, ihrerseits gemäß § 107 BGB genehmigungsbedürftige Handlung erfordern würde; einen rechtlichen Nachteil der Übertragung selbst begründet die Regelung des § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB nicht (OLG Brandenburg, NZG 2020, 597, 598; OLG Oldenburg, FGPrax 2019, 178, 179; OLG Köln, FGPrax 2018, 118; *MünchKomm-BGB/Spickhoff*, § 107 Rdnr. 84). Ebenso scheidet eine Haftung vor Eintragung der Gesellschaft oder des Kommanditisten gemäß § 176 Abs. 1 Satz 1, auch i. V. m. Abs. 2 HGB hier schon deshalb aus, weil die Übertragung in Abschnitt B. 1. 1) b) und c) wiederum auf diese Eintragungen aufschiebend bedingt ist. Gegen die Zulässigkeit einer solchen Konstruktion bestehen keine Bedenken (BGHZ 82, 209, 212; OLG Brandenburg, NZG 2020, 597, 598; OLG Bremen, NZG 2008, 750, 751; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2001, 145, 146; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3026).

c) Der Erwerb der Kommanditanteile wird auch nicht dadurch rechtlich nachteilhaft, dass in Abschnitt E. 1. der Überlassungs- und Abtretungsvereinbarung die Möglichkeit eines Widerrufs mit der Folge der Entstehung eines Anspruchs auf Rückübertragung vorgesehen ist. Es ist bereits zweifelhaft, ob darin überhaupt ggf. eine rechtliche Folge des hier zu prüfenden Erfüllungsgeschäfts und nicht nur

des Grundgeschäfts liegt. Jedenfalls hat aber gemäß Abschnitt E. III. die durch die Rückübertragung ggf. entstehenden Kosten der zum Widerruf Berechtigte zu tragen; im Übrigen gilt Bereicherungsrecht. Somit beschränkt sich die Haftung der Beteiligten zu 4 nach § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB auf das Erlangte, unter Umständen sogar gemäß § 818 Abs. 3 BGB nur auf das in ihrem Vermögen noch Vorhandene (vgl. OLG Köln, NJOZ 2003, 3046, 3050; OLG Dresden, MittBayNot 1996, 288, 290); eine weitergehende Haftung insbesondere nach §§ 280 ff. BGB ist ausgeschlossen.

d) Im Hinblick auf § 107 BGB unschädlich ist auch die Güterstands- und Pflichtteils Klausel in § 15 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags, die sich mit dem Erwerb der Kommanditanteile durch die Beteiligte zu 4 auch auf diese erstreckt. Die Unschädlichkeit folgt allerdings nicht schon daraus, dass bei einem Verstoß gegen die Klausel dem betroffenen Gesellschafter lediglich der Verlust der Gesellschafterstellung drohe und sich hieraus keine Beeinträchtigung seines sonstigen Vermögens ergeben könne (so aber OLG Köln, FGPrax 2018, 118, 119). Denn mit der Vereinbarung von Gütertrennung geht der gesetzliche Anspruch auf Zugewinnausgleich nach §§ 1371 ff. BGB verloren, was rechtlich nachteilhaft ist. § 15 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags eröffnet jedoch die Möglichkeit, stattdessen gemäß § 1408 Abs. 1 BGB eine modifizierte Zugewinnsgemeinschaft zu vereinbaren, in der der Gesellschafter seinen Ausgleichsanspruch behält und letztlich insofern sogar bessergestellt wird als im gesetzlichen Güterstand, als der Wert der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung bei der Berechnung seines Anfangsvermögens außer Betracht bleibt. Von einer entsprechenden Möglichkeit ist auch bei Anwendung ausländischen Rechts auszugehen. Dies ist im Gesellschaftsvertrag zwar nicht ausdrücklich niedergelegt, ihm aber im Rahmen einer interessengerechten Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu entnehmen.

e) Schließlich stellt auch die mit der Gesellschafterstellung grundsätzlich einhergehende Treuepflicht hier keinen rechtlichen Nachteil im Sinne von § 107 BGB dar.

Bei dieser Treuepflicht handelt es sich um eine echte Nebenpflicht und nicht nur um eine im Hinblick auf § 107 BGB unbeachtliche Schutzpflicht nach § 241 Abs. 2 BGB (MünchKomm-BGB/Spickhoff, § 107 Rdnr. 84). Sie ist – unabhängig von ihrer dogmatischen Grundlage – untrennbar mit der Mitgliedschaft jedes Personengeschafters verbunden, gilt also auch für den Kommanditisten und besteht sowohl gegenüber der Gesellschaft als auch im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern. Der Kommanditist hat demnach allgemein im Rahmen der gemeinsamen Zweckverfolgung die Interessen der Mitgesellschafter und der Gesellschaft zu wahren und alles zu unterlassen, was diese Interessen schädigen könnte. Der konkrete Umfang der Treuepflicht hängt vom Einzelfall ab (Oetker/Oetker, HGB, 7. Aufl. 2021, § 161 Rdnr. 36). Indes ist nicht ersichtlich, dass im vorliegenden Fall der Beteiligten zu 4 unter diesem Aspekt die Stellung als Kommanditistin zu einem rechtlichen Nachteil gereichen würde. Denn die allgemeine Treuepflicht allein genügt zur Begründung eines solchen nicht (OLG Brandenburg, NZG 2020, 597, 599; a. A. offenbar OLG Oldenburg, FGPrax 2019, 178,

179; OLG Frankfurt a. M., FGPrax 2008, 242, 243; Ivo, ZEV 2005, 193, 194). Vielmehr bedarf es stets einer Einzelfallbetrachtung (OLG Brandenburg, NZG 2020, 597, 598; vgl. auch OLG Bremen, NZG 2008, 750 f.), die insbesondere die konkrete vertragliche Ausgestaltung zum Gegenstand hat. Für eine abstrakte oder generalisierende Herangehensweise besteht kein Anlass. Die Einzelfallbetrachtung ergibt hier, dass zum einen die gesellschaftsvertragliche und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht in § 6 Abs. 4 des Gesellschaftsvertrags soweit möglich und zulässig ausgeschlossen ist. Zum anderen handelt es sich bei der Beteiligten zu 5 gemäß § 2 Abs. 1 des Gesellschaftsvertrags um eine rein vermögensverwaltende Gesellschaft, jedes Handelsgewerbe und der Betrieb eines Erwerbsgeschäfts sind untersagt. Das im Zusammenhang mit der Treuepflicht des Kommanditisten angeführte Verbot, Geschäftschancen der Gesellschaft an sich zu ziehen (MünchKomm-BGB/Spickhoff, § 107 Rdnr. 84; Oetker/Oetker, HGB, § 161 Rdnr. 37), läuft daher unabhängig von einem Ausschluss hier offensichtlich leer. Soweit die Treuepflicht die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte betrifft, beschränkt sie wiederum lediglich von vornherein die erworbene Rechtsposition, beinhaltet aber keine Verpflichtungen, die in irgendeiner Weise über das geschenkte Gut hinausreichen (OLG Bremen, NZG 2008, 750, 751; Maier-Reimer/Marx, NJW 2005, 3025, 3026). Sonstige konkret fassbare Belastungen der Beteiligten zu 4 sind nicht erkennbar.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. Constantin Kemper, München

Die Entscheidung des OLG München behandelt die Frage, ob bei der schenkweisen Überlassung voll eingezahlter Kommanditanteile durch Eltern an ein minderjähriges Kind die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers erforderlich ist. Nachdem das OLG München das Problem bereits im Jahr 2017 gestreift hatte,¹ hat es nun die Gelegenheit ergriffen, die Thematik tiefergehend zu behandeln. Es vertritt im Ergebnis zutreffend, dass die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers entbehrlich sein kann. Dafür sind allerdings bei der Gestaltung der Anteilsübertragung und des Gesellschaftsvertrags einige „Fallstricke“ zu vermeiden, die im Folgenden dargestellt werden.

Gemäß § 1809 Abs. 1 Satz 1 BGB² ist ein Ergänzungspfleger zu bestellen, wenn die Eltern an der Besorgung des

- 1 OLG München, Beschluss vom 28.12.2017, 2 WF 1509/17, MittBayNot 2019, 132 Rdnr. 12 m. Anm. Egger. OLG München, Beschluss vom 06.11.2008, 31 Wx 76/08, MittBayNot 2009, 52 hatte sich hingegen ausschließlich mit der (von der Frage des Vertretungsausschlusses zu trennenden) Problematik befasst, ob die Anteilsabtretung gemäß § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 Alt. 3 BGB (a. F.) der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf.
- 2 Im Folgenden werden die Vorschriften in Fassung des zum 01.01.2023 in Kraft getretenen Gesetzes zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zitiert. In Bezug auf die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers ergeben sich aus der Reform keine inhaltlichen Änderungen.

Geschäfts gehindert sind. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sie gemäß § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 181 BGB von der Vertretung ihres minderjährigen Kindes ausgeschlossen sind, weil ein Elternteil selbst³ oder ein in gerader Linie mit einem Elternteil Verwandter⁴ an dem Geschäft beteiligt ist. Zweck dieser Normen ist es, Interessenkollisionen zwischen dem vertretenen Minderjährigen und den vertretenden Eltern zu vermeiden.⁵ Eine solche Interessenkollision ist ausgeschlossen, wenn das Geschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Daher entspricht es allgemeiner Meinung, dass §§ 1824, 181 BGB bei lediglich rechtlich vorteilhaften Geschäften teleologisch zu reduzieren sind und die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers nicht erforderlich ist.⁶

Sedes materiae ist somit, ob die schenkweise Überlassung eines voll eingezahlten Kommanditanteils „lediglich rechtlich vorteilhaft“ im Sinne von § 107 BGB ist. Nach der Rechtsprechung des BGH ist ein Rechtsgeschäft *nicht* lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn der Minderjährige dadurch mit Verbindlichkeiten belastet wird, für deren Erfüllung er nicht nur mit dem erworbenen Vermögensgegenstand, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet.⁷

1. Derivativer Erwerb durch unentgeltliche Anteilsabtretung

Stets rechtlich nachteilig ist die Beteiligung des Minderjährigen als Gründungsgesellschafter der Kommanditgesellschaft, da er in diesem Fall der Gesellschaft persönlich für die Leistung der vereinbarten Einlage haftet.⁸ Daher kommt, soll die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers vermieden werden, allein ein derivativer Erwerb durch den Minderjährigen in Betracht. Hierfür muss die Gesellschaft zunächst ohne Beteiligung des Minderjähri-

gen gegründet und der Übergeber als Kommanditist die vereinbarte Einlage leisten. Diese hat sowohl die gesellschaftsvertraglich geschuldete Einlage als auch die in das Handelsregister eingetragene Haftsumme abzudecken. Dieser voll eingezahlte Kommanditanteil wird sodann unentgeltlich an den Minderjährigen abgetreten.

Bei dieser Vorgehensweise kann den Minderjährigen weder eine Haftung gegenüber der Gesellschaft treffen, da der Anspruch auf Leistung der Einlage gem. § 362 Abs. 1 BGB erloschen ist,⁹ noch steht eine Außenhaftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft zu befürchten (§ 171 Abs. 1 2. Hs. HGB). Die Gefahr einer Haftung für Verbindlichkeiten, die vor Eintragung der Sonderrechtsnachfolge (§ 176 Abs. 2 HGB) begründet werden, kann (und muss) dadurch gebannt werden, dass die Abtretung aufschiebend bedingt auf die entsprechenden Eintragungen erfolgt.¹⁰ Die Vereinbarung gesellschaftsvertraglicher Beitrags- oder Nachschusspflichten zulasten des Kommanditisten verbietet sich.¹¹

Regelmäßig wünschen die Übergeber, als Komplementäre an der Gesellschaft beteiligt zu sein, um geschäftsführungs- und vertretungsbefugt zu sein. Diesbezüglich kann bereits im Gesellschaftsvertrag vorgesehen werden, dass sie mit Abtretung der Kommanditbeteiligung automatisch in die Stellung eines Komplementärs wechseln. Ebenso kann das Ausscheiden eines „übergangsweise“ im Rahmen der Gründung eingesetzten Komplementärs, etwa des Ehegatten oder eines volljährigen Geschwisterkindes, vereinbart werden.¹²

2. Haftung gemäß § 172 Abs. 4 HGB

Zu Recht stellt das OLG München in der vorliegenden Entscheidung fest, dass sich aus der Gefahr einer (zukünftigen) Haftung gemäß § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB kein rechtlicher Nachteil hinsichtlich der Anteilsübertragung

3 Ist nur ein Elternteil an der Vertretung verhindert, gilt dies auch für den verheirateten anderen Elternteil, BGH, Beschluss vom 28.04.2022, V ZB 4/21, NJW-RR 2022, 1027 Rdnr. 6. Bei unverheirateten, gemeinsam sorgeberechtigten Eltern ist eine Einzelfallprüfung vorzunehmen (§ 1629 Abs. 2 Satz 3, § 1789 Abs. 2 Satz 3, 4 BGB), vgl. Beschluss vom 24.03.2021, XII ZB 364/19, NJW 2021, 1875 Rdnr. 16 ff. m. Anm. *Löhnig*.

4 Diese Konstellation ergibt sich zum Beispiel bei Zuwendungen von den Großeltern an ein Enkelkind.

5 Grüneberg/Götz, 82. Aufl. 2023, § 1629 Rdnr. 14.

6 Grüneberg/Götz, § 1824 Rdnr. 8; *Münch*, FamRZ 2019, 1916, ebd.; BeckOK-BGB/Müller-Engels, Stand: 01.05.2023, § 1824 Rdnr. 16; MünchKomm-BGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 181 Rdnr. 34.

7 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, NJW 2005, 415; Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, NJW 2010, 3643; Beschluss vom 28.04.2022, V ZB 4/21, NJW-RR 2022, 1027 Rdnr. 8; OLG Köln, Beschluss vom 26.03.2018, 4 Wx 2/18, FGPrax 2018, 118.

8 Wer die Einlageleistung wirtschaftlich übernimmt, ist unerheblich, da es insofern allein auf den rechtlichen Nachteil der persönlichen Verpflichtung ankommt, *Menzel/Wolf*, Mitt-BayNot 2010, 186, ebd.

9 OLG Köln, Beschluss vom 26.03.2018, 4 Wx 2/18, FGPrax 2018, 118; OLG Schleswig, Beschluss vom 27.01.2020, 15 WF 70/19, DNotZ 2020, 696, 706 Rdnr. 35.

10 OLG Zweibrücken, Beschluss vom 02.03.2000, 5 UF 4/00, ZEV 2001, 76, 77; OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.07.2019, 7 W 53/17, NZG 2020, 597, 598 f., Rdnr. 15; OLG Köln, Beschluss vom 26.03.2018, 4 Wx 2/18, FGPrax 2018, 118; OLG München, Beschluss vom 28.12.2017, 2 WF 1509/17, MittBayNot 2019, 132 Rdnr. 12; OLG Schleswig, Beschluss vom 27.01.2020, 15 WF 70/19, DNotZ 2020, 696, 706 Rdnr. 36; *Christ* in Spiegelberger, Vermögensnachfolge, 3. Aufl. 2020, § 12 Rdnr. 90; *Münch*, FamRZ 2019, 1916, ebd.

11 Vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 27.01.2020, 15 WF 70/19, DNotZ 2020, 696, 706 Rdnr. 35.

12 Vgl. *KrauB*, Vermögensnachfolge, 6. Aufl. 2022, Rdnr. 2941 ff. Nicht abschließend geklärt ist, ob (ohne Mitwirkung eines Ergänzungspflegers) *uno actu* aus einer (voll eingezahlten) Komplementärbeteiligung ein Kommanditanteil gebildet und an den Minderjährigen abgetreten werden kann. In dieser Konstellation wird aufgrund des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Beteiligung vertreten, dass der abgetretene Anteil erst beim Minderjährigen zu einem Kommanditanteil wird, dieser damit für eine „logische“ Sekunde Komplementär ist und dadurch für Altverbindlichkeiten haftet (§ 137 HGB), vgl. DNotl-Report 2018, 26.

ergibt.¹³ Gemäß § 172 Abs. 4 Satz 1 HGB gilt die (Haft-) Einlage als nicht geleistet, soweit sie dem Kommanditisten zurückbezahlt wird, sodass die Haftung aus § 171 Abs. 1 1. Hs. HGB in Höhe der Rückzahlung und begrenzt auf die in das Handelsregister eingetragene Haftsumme wieder auflebt.¹⁴ Diese Haftung knüpft indes nicht unmittelbar an die Übertragung des Kommanditanteils an. Vielmehr ist die Entgegennahme der Rückzahlung an den Minderjährigen als weitere Handlung notwendig, die ihrerseits durch den Minderjährigen selbst nicht wirksam vorgenommen werden kann, sodass dessen Schutz in *dieser* Situation verwirklicht wird.¹⁵ Um dieses Ergebnis zu stützen, kann im Gesellschaftsvertrag geregelt werden, dass das Kapitalkonto, auf dem die Einlagen verbucht werden und welches damit für die Anwendung von § 172 Abs. 4 HGB maßgeblich ist,¹⁶ unveränderlich ist. Dann ist vor einer schädlichen Einlagenrückgewähr zusätzlich eine Änderung des Gesellschaftsvertrags erforderlich, an der ein Ergänzungspfleger mitwirken muss.¹⁷ Dadurch wird zumindest faktisch ein weiteres Hindernis für die Rückgewähr der Einlage gesetzt.

Richtigerweise kann die Gefahr einer Einlagenrückgewähr aber ohnehin keinen „rechtlichen Nachteil“ im Sinne von § 107 BGB darstellen: Die Einlagenrückgewähr kann lediglich zu einer persönlichen Haftung bis zur Höhe der in das Handelsregister eingetragenen Haftsumme führen, § 171 Abs. 1 1. Hs. HGB. Da der Betrag der geleisteten Einlage die Haftsumme erreichen muss, damit eine Übertragung ohne Ergänzungspfleger in Betracht kommt, dem Minderjährigen diese Einlage „mitgeschenkt“ wird und das Wiederaufleben der Haftung die Rückgewähr an den Minderjährigen voraussetzt, kann die Haftung bei Einlagenrückgewähr mithin nicht über das geschenkte Gut hinausreichen, sodass nicht von einem rechtlichen Nachteil gesprochen werden kann.¹⁸

3. Treupflichten

Zudem hatte das OLG München vorliegend Gelegenheit, sich zu der Frage zu äußern, ob die Beteiligung eines Minderjährigen an einer Kommanditgesellschaft stets rechtlich nachteilig ist, weil den Kommanditisten Treupflichten gegenüber der Gesellschaft und den anderen Gesellschaftern treffen. Das OLG München schließt sich dabei der überwiegenden Meinung an, dass dies nicht der Fall ist.¹⁹ Dieses Ergebnis überzeugt.

Die gesellschaftsrechtliche Treupflicht leitet sich aus der Verpflichtung der Gesellschafter ab, den gemeinsamen Gesellschaftszweck zu fördern (§ 705 BGB i. V. m. § 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB). Sie besteht sowohl im Verhältnis zur Gesellschaft als auch im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern und kann im Einzelfall Handlungs- oder Unterlassungspflichten sowie, bei schuldhafter Verletzung, auch Schadensersatzpflichten auslösen.²⁰ Kommanditisten sind ebenfalls grundsätzlich treupflichtig.²¹

Inhalt und Umfang der Treupflicht richten sich aber stets nach der realen Ausgestaltung der Beteiligung.²² Aus diesem Grund führt die allgemeine Feststellung, den minderjährigen Kommanditisten treffe mit der Beteiligung ein „Bündel“ wechselseitiger Rechte und Pflichten, weshalb deren Erwerb stets rechtlich nachteilig sei, nicht weiter.²³ Vielmehr ist im Einzelnen zu untersuchen, welche konkreten (Treue-)Pflichten den Minderjährigen aufgrund seiner Gesellschafterstellung treffen und ob diese der rechtlichen Vorteilhaftigkeit entgegenstehen.²⁴

Das OLG München hebt in diesem Zusammenhang zwei Aspekte hervor: erstens das Verbot, eine sich im Geschäftsbereich der Gesellschaft bietende Geschäfts-

13 Anders OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.05.2008, 20 W 123/08, ZEV 2008, 607; OLG Brandenburg, Beschluss vom 05.06.2018, 7 W 52/17, BeckRS 2018, 51272 Rdnr. 8; Everts in Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 21 Rdnr. 13c.

14 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.05.2008, 20 W 123/08, ZEV 2008, 607, 607; Ivo, ZEV 2005, 193, 194.

15 So auch OLG Brandenburg, Beschluss vom 05.06.2018, 7 W 52/17, BeckRS 2018, 51272, Rdnr. 8; OLG Oldenburg, Beschluss vom 17.07.2019, 12 W 53/19, NJW-RR 2019, 1127, 1129 Rdnr. 11; OLG Schleswig, DNotZ 2020, 696, 706, Rdnr. 35; OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.07.2019, 7 W 53/17, NZG 2020, 597, 598 f. Rdnr. 15; OLG Köln, Beschluss vom 26.03.2018, 4 Wx 2/18, FGPrax 2018, 118; Grunsky, ZEV 2008, 610, 611; Münch, FamRZ 2019, 1916, ebd.; Weinbrenner, FPR 2009, 265, 267.

16 BeckOK-HGB/Häublein/Beyer, Stand: 15.01.2023, § 172 Rdnr. 26.

17 Vgl. insofern OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.07.2019, 7 W 53/17, NZG 2020, 597, 598 f. Rdnr. 15.

18 OLG Bremen, Beschluss vom 16.06.2008, 2 W 38/08, RNotZ 2008, 625, 626; OLG Schleswig, Beschluss vom 27.01.2020, 15 WF 70/19, DNotZ 2020, 696, 706 Rdnr. 35; Maier-Reimerl/Marx, NJW 2005, 3025, 3026; Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 187; Münch, FamRZ 2019, 1916, ebd.; Pauli, ZErB 2016, 131, 133; MünchKomm-BGB/Spickhoff, § 107 Rdnr. 84; Weinbrenner, FPR 2009, 265, 267.

19 OLG Schleswig, Beschluss vom 27.01.2020, 15 WF 70/19, DNotZ 2020, 696 Rdnr. 35 ff.; OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.07.2019, 7 W 53/17, NZG 2020, 597, 598 f. Rdnr. 14 ff.; OLG Köln, Beschluss vom 26.03.2018, 4 Wx 2/18, FGPrax 2018, 118, 118 f.; OLG München, Beschluss vom 28.12.2017, 2 WF 1509/17, MittBayNot 2019, 132 Rdnr. 12 m. Anm. Egger; OLG Jena, Beschluss vom 22.03.2013, 2 WF 26/13, ZEV 2013, 521, 522; OLG Bremen, Beschluss vom 16.06.2008, 2 W 38/08, RNotZ 2008, 625, 626. A. A.: OLG Oldenburg, Beschluss vom 17.07.2019, 12 W 53/19, NJW-RR 2019, 1127, 1129 Rdnr. 12; OLG Celle, Beschluss vom 30.01.2018, 9 W 13/18, NZG 2018, 303 Rdnr. 14; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.05.2008, 20 W 123/08, ZEV 2008, 607.

20 Grüneberg/Sprau, § 705 Rdnr. 27; MünchKomm-BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 705 Rdnr. 231.

21 Oetker/Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 161 Rdnr. 36.

22 MünchKomm-HGB/Grunewald, 5. Aufl. 2022, § 161 Rdnr. 31.

23 So jedoch OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.05.2008, 20 W 123/08, ZEV 2008, 607; OLG Brandenburg, Beschluss vom 05.06.2018, 7 W 52/17, BeckRS 2018, 51272 Rdnr. 8; OLG Oldenburg, Beschluss vom 17.07.2019, 12 W 53/19, NJW-RR 2019, 1127, 1129 Rdnr. 11; Ivo, ZEV 2005, 193, 194. Ähnlich Everts in Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 21 Rdnr. 13c („Dauerschuldverhältnis“).

24 OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.07.2019, 7 W 53/17, NZG 2020, 597, 598 f. Rdnr. 14; Lüdecke, NJOZ 2018, 681, 687; Münch, FamRZ 2019, 1916.

chance selbst auszunutzen,²⁵ zweitens das Gebot, eigene Mitgliedschaftsrechte, insbesondere Stimm- und Auskunftsrechte nicht willkürlich und ohne Rücksicht auf die Interessen der Gesellschaft zu gebrauchen.²⁶ Zur sog. „Geschäftschancenlehre“ führt das OLG München aus, dass dieser bei der Beteiligung an einem rein vermögensverwaltenden „Familien-Pool“ keine Bedeutung zukommen kann, da eine vermögensverwaltende Gesellschaft von vornherein nicht aktiv am Wirtschaftsverkehr teil- und Geschäftschancen wahrnehme. Bezüglich etwaiger Stimmrechtsbeschränkungen folgert das OLG München, dass diese lediglich den Umgang mit dem geschenkten Gut einschränken, ohne darüberhinausgehende Verpflichtungen zu enthalten, sodass kein rechtlicher Nachteil vorliege.²⁷

Diese Überlegungen sind zutreffend. Wünschenswert wäre es gewesen, wenn das OLG München zusätzlich einen weiteren Gedanken stärker betont hätte: Die einen Kommanditisten treffenden Treupflichten sind im Regelfall nur schwach ausgeprägt. Kommanditisten sind aus ihrer Stellung heraus weder geschäftsführungs- noch vertretungsbefugt (§§ 164, 170 Abs. 1 HGB), unterliegen keinem Wettbewerbsverbot (§ 165 HGB) und verfügen nur über eingeschränkte Kontrollrechte (vgl. § 166 HGB).²⁸ Die Teilhabe eines minderjährigen Kommanditisten an einem Familien-Pool erfolgt regelmäßig allein aus Gründen einer steueroptimierten Nachfolgeplanung, echte Mitbestimmungsrechte soll er nicht erhalten. Seine Beteiligung beschränkt sich somit auf ein rein „kapitalistisches“ Interesse. In dieser Situation führt die Treupflicht lediglich zu geringen Bindungen, wie der Verpflichtung zur Verschwiegenheit über Gesellschaftsinterna.²⁹ Derartige Bindungen wohnen nahezu allen Rechtsverhältnissen inne und sei es nur aufgrund der allgemeinen Rücksichtnahmepflicht aus § 241 Abs. 2 BGB.³⁰ Gleichzeitig belegt die Existenz der Vorschrift des § 107 BGB, dass es Rechtsgeschäfte geben muss, die für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft sind. Hieraus hat der BGH zutreffend den Schluss gezogen, dass nicht jeder

Rechtsnachteil von § 107 BGB erfasst wird, weil ansonsten keine zustimmungsfreien Rechtsgeschäfte übrig bleiben. Rechtsnachteile, die typischerweise nur ein ganz unerhebliches Gefährdungspotenzial für das Vermögen des Minderjährigen aufweisen, seien deshalb nicht vom Schutzbereich der Norm umfasst.³¹ Vor dem Hintergrund der schwachen Ausprägung der Treupflicht, die den minderjährigen Kommanditisten bei der Beteiligung an einem vermögensverwaltenden „Familien-Pool“ trifft, ist es überzeugend, diese außer Betracht zu lassen. Aus ihr ergibt sich letztlich eine nur theoretische Möglichkeit künftiger Lasten, die im Rahmen einer schutzzweckorientierten Auslegung von § 107 BGB nicht als rechtlich nachteilig zu berücksichtigen sind.³²

Aus kautelarjuristischer Sicht kann dieses Ergebnis durch gesellschaftsvertragliche Regelungen gestützt werden. Zunächst bietet es sich an, die gesellschaftsrechtlichen Treupflichten der Kommanditisten gesellschaftsvertraglich auf das gerade noch rechtlich zulässige Maß zu begrenzen. Das ist möglich, weil die Treupflichtbindung zwar nicht vollständig abdingbar, aber gesellschaftsvertraglich ausgestaltbar ist.³³ Außerdem sollte vermieden werden, dem minderjährigen Kommanditisten Geschäftsführungsbefugnisse einzuräumen. Unabhängig davon, dass dies seitens der Beteiligten regelmäßig ohnehin nicht gewünscht wird, ist zu beachten, dass es sich bei der Geschäftsführung um ein uneigennütziges Gesellschafterrecht handelt, das im Interesse der Gesellschaft besteht. Der geschäftsführende Gesellschafter unterliegt daher engeren Treupflichtbindungen, so dass die Annahme eines rechtlichen Nachteils näher liegt.³⁴ Eine theoretisch mögliche Treupflichtverletzung im Zusammenhang mit der Stimmrechtsausübung kann dadurch verhindert werden, dass dem minderjährigen Kommanditisten nach den gesellschaftsvertraglichen Regelungen von vornherein kein Stimmrecht zusteht.³⁵ Der Rekurs auf die „Geschäftschancenlehre“ wird mit dem OLG München vermieden, wenn der Gegenstand des Unternehmens auf eine private Vermögensverwal-

25 BGH, Urteil vom 08.05.1989, II ZR 229/88, NJW 1989, 2687, 2688; MünchKomm-HGB/*Grunewald*, § 165 Rdnr. 4.

26 Grüneberg/*Sprau*, § 705 Rdnr. 27; MünchKomm-BGB/*Schäfer*, § 705 Rdnr. 234.

27 So auch OLG Bremen, Beschluss vom 16.06.2008, 2 W 38/08, RNotZ 2008, 625, ebd.; OLG Schleswig, Beschluss vom 27.01.2020, 15 WF 70/19, DNotZ 2020, 696, 706, Rdnr. 35; *Christl* in Spiegelberger, Vermögensnachfolge, § 12 Rdnr. 84; *Egger*, MittBayNot 2019, 135, 136; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3026; *Pauli*, ZErB 2016, 131, 133. A. A. OLG Oldenburg, Beschluss vom 17.07.2019, 12 W 53/19, NJW-RR 2019, 1127, 1129 Rdnr. 12.

28 *Lüdecke*, NJOZ 2018, 681, 687; *Münch*, FamRZ 2019, 1916, 1917; *Oetker/Oetker*, HGB, § 161 Rdnr. 36.

29 MünchKomm-HGB/*Grunewald*, § 161 Rdnr. 31; *Münch*, FamRZ 2019, 1916, 1917.

30 *Grunsky*, ZEV 2008, 610, 611; *Spiegelberger*, Vermögensnachfolge, § 1 Rdnr. 191; OLG Köln, Beschluss vom 26.03.2018, 4 Wx 2/18, FGPrax 2018, 118. Ablehnend: *Weinbrenner*, FPR 2009, 265, 268.

31 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, NJW 2005, 415, 418; OLG Schleswig, Beschluss vom 27.01.2020, 15 WF 70/19, DNotZ 2020, 696, 707; OLG Köln, Beschluss vom 26.03.2018, 4 Wx 2/18, FGPrax 2018, 118, 118 f.; *Münch*, FamRZ 2019, 1916, ebd.; *Lüdecke*, NJOZ 2018, 681, 687; allgemein Grüneberg/*Ellenberger*, § 107 Rdnr. 3.

32 OLG Köln, Beschluss vom 26.03.2018, 4 Wx 2/18, FGPrax 2018, 118; OLG Schleswig, Beschluss vom 27.01.2020, 15 WF 70/19, DNotZ 2020, 696, 706 Rdnr. 37; *Lüdecke*, NJOZ 2018, 681, 687; *Münch*, FamRZ 2019, 1916, 1917; *Weinbrenner*, FPR 2009, 265, 268. A. A. MünchKomm-BGB/*Spickhoff*, § 107 Rdnr. 84 aufgrund der „Geschäftschancenlehre“.

33 *Münch*, FamRZ 2019, 1916, 1919.

34 Vgl. BGH, Urteil vom 08.05.1989, II ZR 229/88, NJW 1989, 2687, 2688; MünchKomm-HGB/*Fleischer*, § 112 Rdnr. 67; MünchKomm-BGB/*Schäfer*, § 705 Rdnr. 231, 233.

35 Die Vereinbarung disquotaler Stimm- und Mitwirkungsrechte ist zivilrechtlich möglich, dabei müssen allerdings steuerrechtliche Implikationen beachtet werden, *Münch*, FamRZ 2019, 1916, 1919.

tung beschränkt und jeder Betrieb eines Handelsgewerbes untersagt wird.

4. Weitere Regelungen des Überlassungs- und des Gesellschaftsvertrags

Wenig überraschend ist die Feststellung des OLG München, dass ein Nießbrauch, den sich die Übergeber an dem übertragenen Kommanditanteil vorbehalten, keinen rechtlichen Nachteil darstellt, da er lediglich den erhaltenen Vorteil schmälert.³⁶ Die weiteren, an die Rechtsprechung zum Vorbehaltsnießbrauch bei Grundstückschenkungen angelehnten Ausführungen, dass ggf. eine Kostentragung für außergewöhnliche Aufwendungen und öffentliche Lasten des von der Gesellschaft gehaltenen Grundbesitzes (e contrario § 1041 Satz 2, § 1047 BGB) zu einem rechtlichen Nachteil führe,³⁷ sind indes irritierend. Selbst wenn die Gesellschaft Grundbesitz hält, ist Gegenstand des Nießbrauchs allein die Kommanditbeteiligung. Diesbezüglich drohen keine außergewöhnlichen Aufwendungen. Gleichwohl sollte der Vertragsgestalter etwaigen Zweifeln dadurch vorbeugen, dass ein sog. „Nettonießbrauch“ vereinbart wird, bei dem sämtliche Lasten den Nießbrauchsberechtigten treffen.³⁸ Wird als Inhalt des Nießbrauchs eine (nach wohl herrschender Meinung zulässige)³⁹ Stimmrechtsübertragung auf den Nießbraucher vereinbart, spricht auch dies gegen die Einordnung der Treupflichtbindung als rechtlichen Nachteil. Ein wesentlicher Anknüpfungspunkt für die Treupflicht ist das Abstimmungsverhalten des Gesellschafters. Wenn dieser ohnehin kein Stimmrecht hat, ist ein treupflichtwidriges Verhalten insofern von vornherein ausgeschlossen.

Nur im Ergebnis überzeugend sind die Ausführungen des OLG München zur Bewertung einer gesellschaftsvertraglichen Güterstandsklausel. Diese sei nur zulässig, wenn sie dem Gesellschafter auch die Möglichkeit zur Vereinbarung einer modifizierten Zugewinnngemeinschaft ermögliche, in der lediglich der Wert der gesellschaftsrechtlichen Beteiligung aus der Ausgleichsrechnung eliminiert wird. Wenn anderenfalls durch die Güterstandsklausel die Vereinbarung einer Gütertrennung gefordert wird, gehe der Gesellschafter seines Zugewinnausgleichsanspruchs verlustig, was einen rechtlichen Nachteil darstelle. Damit verkennt das OLG München die Wirkweise der gesellschaftsvertraglichen Güterstandsklausel: Sie legt dem Gesellschafter die Obliegenheit auf, einen Ehevertrag bestimmten Inhalts abzuschließen. Bei Nicht-

beachtung liegt ein Ausschlussgrund vor.⁴⁰ Folge der Güterstandsklausel ist mithin nicht der Verlust des Zugewinnausgleichsanspruchs, sondern der (mögliche) Verlust der Kommanditbeteiligung bei Nichtbeachtung. Dies stellt keinen rechtlichen Nachteil im Sinne von § 107 BGB dar: Es droht lediglich der Verlust des geschenkten Vermögensgegenstands.⁴¹

Gleiches gilt für im Rahmen der Anteilsübertragung auf schuldrechtlicher Ebene geregelte Widerrufsrechte und Rückübertragungsansprüche, deren Vereinbarung in der Praxis oftmals gewünscht ist.⁴² Zu beachten ist jedoch, dass im Fall der Rückabwicklung keine über die Rückgewähr hinausgreifenden Pflichten des Minderjährigen entstehen dürfen. Daher sollte vereinbart werden, dass sich die Durchführung der Rückabwicklung ausschließlich nach den §§ 812 ff. BGB richtet, damit dem Minderjährigen insbesondere der Einwand der Entreicherung, § 818 Abs. 3 BGB, offensteht.⁴³

Strittig und in der vorliegenden Entscheidung nicht behandelt ist die Einordnung einer Pflichtteilsanrechnungsbestimmung. Richtigerweise wird dadurch die rechtliche Vorteilhaftigkeit nicht in Frage gestellt, wenn die Anrechnungsbestimmung mit dem Widerruf der Schenkung entfällt und sich im Fall des Ausscheidens aus der Gesellschaft höchstens auf den realisierbaren Abfindungswert beschränkt.⁴⁴ Dann wird durch die Anrechnungsbestimmung lediglich der Erwerbszeitpunkt gegenüber der Geldtendmachung des Pflichtteils vorverlegt.⁴⁵

5. Einordnung

Die Entscheidung des OLG München ist im Ergebnis zutreffend und in weiten Teilen überzeugend begründet. Für den Bezirk des OLG München wird der Vertragsgestalter daher davon ausgehen können, dass die Beteiligung eines Minderjährigen an einer vermögensverwaltenden „Familien-Pool“-KG, die keine gewerbliche Tätigkeit entfaltet, ohne Mitwirkung eines Ergänzungspflegers möglich ist, wenn die oben skizzierten Vorgaben an die Ge-

36 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, NJW 2005, 415, 418; *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 188.

37 BFH, Urteil vom 31.10.1989, IX R 216/84, NJW-RR 1990, 1035, 1036; *Grüneberg/Ellenberger*, § 107 Rdnr. 4.

38 BGH, Beschluss vom 25.11.2004, V ZB 13/04, NJW 2005, 415, 417; OLG München, Beschluss vom 23.09.2011, NJW-RR 2012, 137, 138; BayObLG, Beschluss vom 15.02.1979, BReg. 2 Z 29/78, BayObLGZ 1979, 49, 54 f.

39 Vgl. MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, § 1068 Rdnr. 97 m. w. N.

40 Vgl. *Munzig* in Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 12 Rdnr. 88.

41 OLG Köln, Beschluss vom 26.03.2018, 4 Wx 2/18, FGPrax 2018, 118. Unabhängig von der Frage der rechtlichen Nachhaltigkeit stellt eine Güterstandsklausel, die ausschließlich Gütertrennung verlangt, einen ungerechtfertigten Eingriff in die Privatsphäre des Gesellschafters dar und ist daher unter diesem Gesichtspunkt zu vermeiden, *Neie* in Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 2 Rdnr. 102.

42 *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 188; *Weinbrenner*, FPR 2009, 265, 266.

43 *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186 188; *Münch*, FamRZ 2019, 1916, 1917. Unklar insofern OLG München, Beschluss vom 17.07.2007, 31 Wx 18/07, MittBayNot 2008, 299.

44 *Münch*, FamRZ 2019, 1916, 1919; *Menzel/Wolf*, MittBayNot 2010, 186, 188; *Weigl*, MittBayNot 2008, 275, 276; vgl. auch OLG München, Beschluss vom 17.07.2007, 31 Wx 18/07, MittBayNot 2008, 299.

45 *Lange*, DNotZ 2007, 84, 88.

staltung der Beteiligung und des Gesellschaftsvertrages eingehalten werden.

Darüber hinaus wird in diesen Fällen regelmäßig auch die Einholung einer familiengerichtlichen Genehmigung entbehrlich sein: Genehmigungsbedürftig ist die Beteiligung nur, wenn die Gesellschaft ein Erwerbsgeschäft betreibt (§ 1852 Nr. 1 lit. b) BGB i. V. m. § 1643 Abs. 1 BGB bzw. § 1813 Abs. 1, § 1799 Abs. 1 BGB).⁴⁶ Diesbezüglich hat das OLG München bereits im Jahr 2017 entschieden, dass ein Erwerbsgeschäft nicht bereits dann vorliegt, wenn der Zweck der Gesellschaft über die Verwaltung des selbstgenutzten Familienwohnheims hinausgeht. Vielmehr stellt auch das Halten und Verwalten von fremdvermieteten Immobilien erst dann ein Erwerbsgeschäft dar, wenn aufgrund des damit verbundenen Verwaltungsaufwands eine „geschäftsmäßige, gleichsam berufliche Tätigkeit erforderlich ist oder die Gesellschaft unternehmerisches Risiko übernimmt“.⁴⁷ Hypothetische, zukünftige Erweiterungen des Gesellschaftszwecks bleiben dabei unberücksichtigt.⁴⁸

Zu gegenwärtigen ist jedoch, dass aufgrund der anzustellenden Einzelfallbetrachtung hinsichtlich der Reichweite der gesellschaftsrechtlichen Treupflichten Unsicherheiten verbleiben. Insbesondere ist offen, wie die Entscheidung zur „lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit“ ausfällt, wenn die Beteiligung an einer gewerblich tätigen Gesellschaft im Raum steht, in der auch Kommanditisten erweiterten Treupflichtbindungen unterliegen.⁴⁹ Ist die Mitwirkung eines Ergänzungspflegers erforderlich, aber unterblieben, sind die Fehlerfolgen weitreichend: Die Willenserklärungen des Minderjährigen sind nichtig (§ 105 Abs. 1 BGB) bzw. schwebend unwirksam (§ 108 Abs. 1 BGB), die Grundsätze der fehlerhaften Gesellschaft finden aufgrund des überwiegenden Schutzinteresses Minderjähriger ihm gegenüber keine Anwendung.⁵⁰ Es bietet sich daher an, in Zweifelsfällen trotz des damit verbundenen

Zeit- und Kostenaufwands einen Ergänzungspfleger bestellen und mitwirken zu lassen. Das Pflugschaffterfordernis kann dann auch „künstlich“ herbeigeführt werden, indem eine (symbolische) Gegenleistung für die Anteilsübertragung vereinbart wird.⁵¹

51 Everts in Herrler, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 21 Rdnr. 13c.

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

18. Zur Vererbung und Übertragung eines Kommanditanteils

OLG Hamm, Urteil vom 15.02.2023, 8 U 41/22

BGB §§ 133, 157, 2084

EuErbVO Art. 1 Abs. 2 lit. h), 4, 39

LEITSÄTZE:

1. Ein Streit über die gesellschaftsrechtlich beschränkte Übertragbarkeit und Vererblichkeit von Gesellschaftsanteilen an einer Personengesellschaft unterfällt der Bereichsausnahme in Art. 1 Abs. 2 lit. h) EuErbVO, sodass der Anwendungsbereich dieser Verordnung nicht eröffnet ist.
2. Die internationale Zuständigkeit für derartige Rechtsstreite ergibt sich dann nicht aus Art. 4 EuErbVO.
3. Enthält ein Einantwortungsbeschluss nach österreichischem Erbrecht Aussagen über die Rechtsnachfolge in einen Kommanditanteil an einer deutschen Kommanditgesellschaft, ist dies für die Kommanditgesellschaft und ihre Gesellschafter nicht nach Art. 39 EuErbVO verbindlich, jedenfalls wenn der Anwendungsbereich der VO nicht eröffnet ist. In dem Fall kann die Anerkennung auch nicht auf Art. 1 Abs. 1 Satz 1, 4, 7 des Vertrages zwischen der Bundesrepublik Deutschland und der Republik Österreich über die gegenseitige Anerkennung und Vollstreckung von gerichtlichen Entscheidungen, Vergleichen und öffentlichen Urkunden in Zivil- und Handelssachen vom 06.06.1959 gestützt werden.
4. Zur Auslegung einer gesellschaftsvertraglichen Regelung über die Übertragbarkeit von Kommanditanteilen unter Lebenden und von Todes wegen.

46 Das gilt unverändert auch nach der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 01.01.2023, vgl. DNotl-Report, 2023, 185, 187, der jedoch dazu rät, sicherheitshalber stets von einer Genehmigungsbedürftigkeit auszugehen und ggf. ein (indes nicht bindendes) Negativattest einzuholen.

47 OLG München, Beschluss vom 28.12.2017, 2 WF 1509/17, MittBayNot 2019, 132 Rdnr. 14. So auch OLG Dresden, Beschluss vom 25.04.2018, 17 W 160/18, MittBayNot 2019, 270, 271: Erwerbsgeschäft erst, wenn „die Gesellschaft die Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert zum Gegenstand hat“.

48 OLG München, Beschluss vom 28.12.2017, 2 WF 1509/17, MittBayNot 2019, 132 Rdnr. 16; Egger, MittBayNot 2019, 135, 137.

49 Vgl. die Ausführungen in der Besprechungsentscheidung zur „Geschäftschancenlehre“.

50 BeckOK-BGB/Schöne, Stand: 01.08.2023, § 705 Rdnr. 88. Lediglich bei Beteiligung eines beschränkt Geschäftsfähigen kann die schwebend unwirksame Erklärung durch Genehmigung, nach Eintritt der Volljährigkeit auch des vormals Minderjährigen (§ 108 Abs. 3 BGB), rückwirkend wirksam werden, § 184 Abs. 1 BGB.

19. Unterschiedliche Bestimmung des Erbrechts und des Ehegüterrechts

OLG Brandenburg, Beschluss vom 26.01.2023, 3 W 71/22

BGB § 1371 Abs. 1

EGBGB Art. 14, 15 (i. d. F. bis zum 29.01.2019)

EuErbVO Art. 21 Abs. 1

FamFG §§ 59, 352e

LEITSÄTZE:

1. Für die Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO sind insbesondere die Dauer und die Regelmäßigkeit des Aufenthalts des Erblassers in dem betreffenden Staat sowie die damit zusammenhängenden Umstände und Gründe relevant. Hierbei ist auch auf den Schwerpunkt der familiären und sozialen Beziehungen als wichtiges Kriterium abzustellen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der gewöhnliche Aufenthalt soll auch eine besonders enge und feste Verbindung zwischen dem Nachlass und dem betreffenden Staat erkennen lassen. War der Erblasser Angehöriger eines Staates oder hatte er alle seine wesentlichen Vermögensgegenstände in diesem Staat, so kann seine Staatsangehörigkeit oder der Ort, an dem diese Vermögensgegenstände sich befinden, ein besonderer Faktor bei der Gesamtbeurteilung aller tatsächlichen Umstände sein, auch wenn sich der Erblasser etwa aus beruflichen oder wirtschaftlichen Gründen – unter Umständen auch für längere Zeit – in einen anderen Staat begeben hat, um dort zu arbeiten, aber eine enge und feste Bindung zu seinem Herkunftsstaat aufrechterhalten hat. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Bei der Beurteilung, mit welchem Land die Ehegatten bei Eheschließung gemäß Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB a. F. am engsten verbunden waren, sind sämtliche Umstände des Einzelfalles (gemeinsame soziale Bindungen der Ehegatten an einen Staat durch Herkunft, Sprache, Kultur, Religion und berufliche Tätigkeit; Ort der Eheschließung, sofern er nicht ganz zufällig gewählt ist; objektiv feststellbare gemeinsame Zukunftspläne der Ehegatten [insbesondere der bei der Eheschließung bereits in Aussicht genommenen Begründung eines gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes in einem bestimmten Staat] sowie gemeinsamer schlichter Aufenthalt) zu berücksichtigen. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Der Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nach kubanischem Recht kann nicht im Wege der Substitution dem Güterstand der Zugewinnngemeinschaft gleichgestellt werden. Nach dem Grundsatz der Substitution können zwar Erscheinungen unter einem fremden Recht den Figuren deutschen Rechts dann gleichgestellt werden, wenn sie funktional gleichwertig sind, was eine Übereinstimmung in den wesentlichen normprägenden Merkmalen voraussetzt. Daran fehlt es hier aber, da es bei dem gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft

nach kubanischem Recht an einer erbrechtlichen Lösung für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehepartners mangelt. Dies ist aber nach zutreffender herrschender Meinung ein normprägendes Merkmal der Zugewinnngemeinschaft deutschen Rechts. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Antragsteller und der Beteiligte zu 3 sind die einzigen Abkömmlinge des Erblassers, die Beteiligte zu 1 war vom 10.10.2010 mit dem Erblasser bis zu dessen Tod verheiratet.

2 Der Erblasser war deutscher Staatsangehöriger, die Beteiligte zu 1 ist Kubanerin.

3 Der Antragsteller begehrt die Erteilung eines Erbscheins, der ihn und den Beteiligten zu 3 als Erben zu jeweils $\frac{3}{8}$ und die Beteiligte zu 1 als Erbin zu $\frac{1}{4}$ ausweist. Er meint, die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe richteten sich über die Anknüpfungsregel der Art. 14, 15, Art. 229 § 47 Abs. 1, 2 EGBGB nach kubanischem Recht mit der Folge, dass § 1371 BGB keine Anwendung finde. § 1931 Abs. 4 BGB sei auch nicht entsprechend anwendbar. Die Ehe sei ausschließlich auf Kuba gelebt worden, ein Umzug nach Deutschland von den Eheleuten nicht beabsichtigt gewesen.

4 Die Beteiligte zu 1 tritt dem entgegen. Sie meint, sie sei Erbin zu $\frac{1}{2}$ geworden, weil deutsches Ehegüterrecht und damit § 1931 Abs. 3, § 1371 Abs. 1 BGB Anwendung finde. Denn die Ehegatten seien am engsten mit Deutschland verbunden gewesen, weil sie sich nach der Eheschließung in Deutschland hätten niederlassen wollen. Dazu sei es nicht gekommen, weil ihre Tochter zunächst noch minderjährig gewesen und sie diese – auch später als Studentin – ebenso wie ihre kranken Eltern nicht allein auf Kuba habe zurücklassen wollen.

5 Das AG hat mit Beschluss vom 30.03.2022 die zur Begründung des Antrags vom 27.04.2021 auf Erteilung eines Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses ausgesetzt. Zur Begründung hat es ausgeführt, nach § 21 Abs. 1 VO (EU) 650/2012 gelte deutsches Erbrecht, weil der Erblasser sich zum Zeitpunkt seines Todes gewöhnlich in Deutschland aufgehalten habe. Gemäß Art. 15 Abs. 1 EGBGB unterlägen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgeblichen Recht, also bei nicht getroffener Rechtswahl (Art. 15 Abs. 2 EGBGB) dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt hätten (Art. 14 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB), in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt während der Ehe zuletzt gehabt hätten, wenn einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt habe (Art. 14 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB), dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten angehörten (Art. 14 Abs. 2 Nr. 3 EGBGB), oder sonst dem Recht des Staates, mit dem die Ehegatten auf andere Weise gemeinsam am engsten verbunden seien (Art. 14 Abs. 2 Nr. 4 EGBGB). Hier sei die Ehe des Erblassers mit der Beteiligten zu 1 dem kubanischen Recht unterworfen, weil die Eheleute

keine Rechtswahl vorgenommen hätten und jedenfalls auf andere Weise gemeinsam am engsten mit Kuba verbunden gewesen seien. Aufgrund des beiderseitigen Vortrags und der Aussage des Zeugen A K stehe zur Überzeugung des Gerichts fest, dass die Eheleute ihre Ehe ausschließlich auf Kuba gelebt hätten. Der Ehemann habe sich drei bis sechs Monate im Jahr auf Kuba aufgehalten, die Beteiligte zu 1 sei hingegen nur zwei Mal zu Urlaubszwecken in Deutschland gewesen. Eine etwaige Absicht, eines Tages nach Deutschland zu ziehen, sei nicht ersichtlich. Gemeinsame Zukunftspläne der Ehegatten müssten objektiv feststellbar und hinreichend konkret sein. Konkrete Umzugspläne habe es aber nicht gegeben. Der Erblasser habe nach Aussage des Zeugen allenfalls vor der Ehe gedacht, die Beteiligte zu 1 künftig in den Sommermonaten mit nach Deutschland nehmen zu können. Ein dauerhafter Umzug der Ehefrau nach Deutschland sei aber zu keinem Zeitpunkt geplant gewesen. Vielmehr habe der Erblasser Kuba viel zu sehr geliebt und das dortige Klima – auch wegen seiner Krankheit – geschätzt. So seien auch in der Folgezeit weder nach dem Eintritt der Volljährigkeit der Tochter der Beteiligten zu 1 noch nach der dauerhaften Rückkehr des Erblassers nach Deutschland ein Umzug der Ehefrau nach Deutschland, geschweige denn längere Aufenthalte realisiert worden. Darüber hinaus habe der Erblasser fließend Spanisch gesprochen, während die Beteiligte zu 1 allenfalls bruchstückhaft Deutsch gelernt habe. Der Erblasser habe sich seit den 90er Jahren regelmäßig auf Kuba aufgehalten und dort zahlreiche Freundschaften geknüpft. Schließlich habe der Erblasser zusammen mit seiner Ehefrau auf dem Grundstück ihrer Eltern ein Haus gebaut. Nach Deutschland sei er wegen Visaangelegenheiten und zuletzt vor allem aufgrund der medizinischen Versorgung seiner Krankheit zurückgekehrt. Da nach kubanischem Recht der gesetzliche Güterstand der sog. Errungenschaftsgemeinschaft gelte, sei die Beteiligte zu 1 nur zu $\frac{1}{2}$ Erbin geworden.

6 Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1. Sie macht geltend, die angefochtene Entscheidung beruhe auf einem Wertungswiderspruch. Während für die Rechtsnachfolge deutsches Recht für anwendbar erklärt werde, weil der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland gehabt habe, stelle das AG für das Güterrecht auf kubanisches Recht ab, weil sowohl die Ehe als auch der Erblasser enger mit Kuba verbunden gewesen seien. Wäre der Erblasser mit Kuba enger verbunden gewesen, hätte konsequenterweise das einschlägige Erbrecht nach Art. 21 Abs. 2 i. V. m. Art. 34 Abs. 2 EuErbVO bestimmt werden müssen, zumal der Erblasser am Ende seines Lebens aufgrund seines Gesundheitszustandes unfreiwillig in Deutschland geblieben sei. Richtigerweise sei allerdings insgesamt deutsches Erbrecht anwendbar. Für die örtliche Zuständigkeit sei Art. 21 Abs. 1 EuErbVO maßgeblich. Art. 21 Abs. 2 EuErbVO scheidet aus, da sowohl der Erblasser als auch das Ehepaar enger mit Deutschland verbunden gewesen seien, jedenfalls lasse sich keine engere Verbindung zu Kuba feststellen. Auf die Frage der güterrechtlichen Einordnung der Ehe komme es nicht an. Das AG gehe fälschlich davon aus, dass § 1371 BGB eine güterrechtliche Norm sei. Der EuGH habe aber § 1371 Abs. 1 BGB

als erbrechtliche Norm qualifiziert (Entscheidung vom 01.03.2018, C-558/16). Da das deutsche Erbrecht anzuwenden sei, verbiete Art. 6 Abs. 1 EGBGB die Anwendung einer Rechtsnorm aus einem anderen Rechtssystem, wenn sie offensichtlich nicht mit den wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts vereinbar sei, insbesondere wenn sie gegen die deutsche Verfassung verstoße (Art. 6 Abs. 2 EGBGB). Die kubanische Errungenschaftsgemeinschaft widerspreche dem Grundsatz auf Vertragsfreiheit im Güterrecht (Art. 2 Abs. 1 GG). Da die Ehe vor dem 29.01.2019 geschlossen worden sei, sei Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB a. F. maßgeblich, nicht Art. 14 Abs. 2 Nr. 4 EGBGB. Bei der Anwendung der Norm habe das AG nur auf den Aufenthalt des Erblassers auf Kuba und ihren Aufenthalt in Deutschland abgestellt. Dabei sei außer Acht gelassen worden, dass nicht nur der Erblasser enge Freundschaften zu Kubanern geknüpft habe, sondern sie auch in den deutschen Freundeskreis des Erblassers eingeführt worden sei und hier enge Beziehungen gepflegt habe. Der gemeinsame Lebensunterhalt sei allein aus der deutschen Rente des Erblassers bestritten worden. Sie habe ihren kubanischen Arbeitsplatz aufgegeben, um sich völlig ihrem Ehemann und den Auswanderungsplänen zu widmen. Nicht berücksichtigt habe das AG, dass der Erblasser ihr Deutsch beigebracht habe, wie der Zeuge ausgesagt habe. Auch habe der Erblasser sie beim deutschen Finanzamt registrieren lassen und sei stets nur mit einem Touristenvisum nach Kuba eingereist, obwohl er ein dauerhaftes Visum hätte beantragen können. Auch aufgrund der chronischen Erkrankung des Erblassers sei eine enge Anbindung an das deutsche Gesundheitssystem zwingend notwendig gewesen. Dass sie nach Deutschland habe umziehen wollen, werde durch die von ihr beigebrachten schriftlichen Äußerungen des C, der R S, des B M und der G J bestätigt. Ihre Umzugspläne hätten sich auch objektiv manifestiert. So sei die Ehe vor dem deutschen Konsulat formalisiert und legalisiert worden. Auch habe sie den für einen dauerhaften Aufenthalt notwendigen Deutschkurs belegt. Notwendige Konten seien eingerichtet und sämtliche notwendigen Papiere vorbereitet worden. Dagegen spreche auch nicht, dass sie gemeinsam ihr kubanisches Haus ausgebaut und renoviert hätten. Denn sie hätten bis zum Umzug nach Deutschland, der für die Zeit nach Eintritt der Volljährigkeit ihrer Tochter geplant gewesen sei, eine Unterkunft benötigt. Eine engere Verbindung zu einem Land – Kuba oder Deutschland – könne nicht zweifelsfrei festgestellt werden. Demzufolge müsse das deutsche Güterrecht als maßgebliche Norm am Gerichtsort Anwendung finden. Das AG unterstelle ohne Weiteres die Glaubhaftigkeit des Zeugen. Dabei berücksichtige es nicht, dass der Zeuge versucht habe, sie – unter dem Vorwand, ihr bei Beantragung der Witwenrente zu helfen – zur Unterzeichnung einer Erbschaftsausschlagungserklärung unter Ausnutzung ihrer Ahnungslosigkeit zu bewegen. Er habe ihr nicht ermöglicht, ihren schwerkranken Ehemann in Deutschland zu besuchen und habe jegliche Kontaktversuche abgeblockt. Sie habe erst durch eine kubanische Freundin von dem kritischen Gesundheitszustand ihres Mannes und schließlich von dessen Tod erfahren. Auch habe der Zeuge unter Ausnutzung seiner Position als Vorsorgevollmächtigter beabsichtigt, ein Scheidungsverfahren einzuleiten, obwohl der

Erblasser sich zu diesem Zeitpunkt nicht mehr habe verbal äußern können. Sie habe ihre Reise im Jahr 2012 nach Deutschland nicht vorzeitig abgebrochen, weil es ihr nicht in Deutschland gefallen habe. Vielmehr habe sie Deutschland vom 05.07.2012 bis zum 30.09.2012 unter Ausnutzung des für den Zeitraum vom 04.07. bis 30.09.2012 erteilten Schengen-Visums bereist. Diese Reise habe der Umzugsvorbereitung gedient.

7 Das AG hat der Beschwerde unter Bezugnahme auf die Gründe in dem angefochtenen Beschluss nicht abgeholfen und die Sache dem Senat mit Beschluss vom 17.05.2022 vorgelegt.

8 Der Antragsteller verteidigt den angefochtenen Beschluss und meint, die Beschwerde sei schon unzulässig, weil die Beschwerdeführerin die Erteilung eines anderen Erbscheins in Abänderung des angefochtenen Beschlusses begehre, obwohl sie keinen Erbscheinsantrag gestellt habe. Im Übrigen sei die Beschwerde unbegründet. Die Anwendung deutschen Erbrechts stehe nicht im Widerspruch zur Anwendung kubanischen Ehegüterrechts. Die Vorschriften über das anzuwendende Erbrecht stellten allein auf die Person des Erblassers im Todeszeitpunkt ab, während es für die Bestimmung des anzuwendenden Ehegüterrechts auf die gemeinsame Verbindung der Eheleute zum Zeitpunkt der Eheschließung ankomme. Auch wenn das AG entgegen der Übergangsvorschrift fehlerhaft das aktuelle Recht anwende, komme es zum richtigen Ergebnis. Zwar sei für die Beurteilung der engsten gemeinsamen Verbindung zu einem Staat auf den Zeitpunkt der Eheschließung abzustellen. Der Verlauf der Ehe habe aber indizielle Bedeutung für die Umstände zum Zeitpunkt der Eheschließung. Der Gesetzgeber habe Beurteilungskriterien für die Anwendbarkeit des Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 a. F. EGBGB in der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 10/5632) niedergelegt, die der BGH in seiner Rechtsprechung auch angewendet habe. Die Würdigung der vorgenannten Kriterien führe zwangsläufig zur Feststellung der engsten gemeinsamen Verbindung der Eheleute zu Kuba. Denn das Sozialleben des Erblassers habe sich schon bei Eheschließung überwiegend auf Kuba abgespielt. Der Erblasser sei mit der kubanischen Kultur eng verbunden, gemeinsame Sprache der Eheleute sei Spanisch gewesen. Die Eheleute hätten ein gemeinsames Zusammenleben in einem auf Kuba gelegenen Haus geplant und schließlich auch umgesetzt. Nicht nur die Eheschließung, auch eine große Hochzeitsfeier habe auf Kuba stattgefunden. Eine entsprechende Verbindung mit Deutschland habe zum Zeitpunkt der Eheschließung nicht bestanden. Auf die Einkommensquellen des Erblassers könne es nicht entscheidend ankommen, auch wenn hieraus der Lebensunterhalt der Eheleute ganz oder teilweise bestritten worden sei. Denn diese habe der Erblasser schon begründet, bevor er die Beteiligte zu 1 kennengelernt habe. Anders als eine berufliche Tätigkeit habe er seine Einkünfte (Rente und Pacht) auch nicht an einen anderen Ort verlagern können. Im Übrigen seien die finanziellen Mittel des Erblassers in Kuba verwendet worden, insbesondere auch für die Sanierung des von den Eheleuten in Kuba bewohnten Hauses. Etwaige Zukunftsplanungen der Eheleute in Bezug auf einen Umzug könnten nur dann eine enge ge-

meinsame Verbindung zu Deutschland begründen, wenn diese objektiv feststellbar, konkret und verbindlich seien und auch alsbald nach der Eheschließung hätten umgesetzt werden sollen. Die Planung eines zeitnahen Umzugs trage die Beteiligte zu 1 aber selbst nicht vor. Auch eine Nachbeurkundung der Ehe habe in Deutschland nicht stattgefunden, andernfalls hätte diese in das Geburtenregister eingetragen werden müssen, was aber nicht geschehen sei. Vor dem Hintergrund, dass für die Ehe des Erblassers mit der Beteiligten zu 1 güterrechtlich die kubanische Errungenschaftsgemeinschaft bestanden habe, sei eine Anwendung der § 1371 Abs. 1, § 1931 Abs. 1 BGB nicht gerechtfertigt. Dass es sich bei den vorgenannten Normen um erbrechtliche Bestimmungen handele, sei ohne Belang, weil als Tatbestandsvoraussetzung für die darin geregelte Erbteilserhöhung ein Fall der Zugewinnngemeinschaft oder der Gütertrennung vorliegen müsse. Die Errungenschaftsgemeinschaft sei den Güterständen der Zugewinnngemeinschaft und der Gütertrennung nicht funktional gleichwertig. Das kubanische Ehegattengüterrecht sei auch nicht ausnahmsweise gemäß Art. 6 EGBGB unanwendbar. Ein geringerer Vergemeinschaftungsgrad sei hierfür nicht ausreichend, weil das deutsche Recht mit der Gütertrennung sogar die geringstmögliche Vergemeinschaftung vorsehe. Auch der auf Kuba zwingend vorgeschriebene Güterstand bzw. der Ausschluss einer Güterrechtswahl stelle nicht ohne Weiteres einen Verstoß gegen die öffentliche Ordnung dar. Im Übrigen würde der im Rahmen des Art. 6 EGBGB zu beachtende Grundsatz des geringst möglichen Eingriffes auch nur dazu führen, dass eine Güterstands- oder Rechtswahlvereinbarung der Eheleute als wirksam zu betrachten wäre. Eine derartige Vereinbarung hatten die Eheleute hier aber nicht getroffen.

9 II. Die gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde ist unbegründet.

10 1. Entgegen der Ansicht des Antragstellers ist die Beschwerde zulässig, insbesondere ist die Beschwerdeführerin durch den angefochtenen Beschluss im Sinne des § 59 FamG beschwert. Denn gegen einen Beschluss nach § 352e FamFG, in dem die zur Erteilung eines Erbscheins durch das Nachlassgericht erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet werden, ist derjenige beschwerdeberechtigt, der geltend macht, dass eine erbrechtliche Stellung in dem Feststellungsbeschluss nicht oder nicht richtig ausgewiesen wird; er muss also das für einen anderen bezugte Erbrecht ganz oder teilweise für sich selbst in Anspruch nehmen (OLG Hamm, Beschluss vom 18.07.2013, I-15 86/13, juris; Sternal/*Jokisch*, FamFG, 21. Aufl., § 59 Rdnr. 79). Ein solcher Fall liegt hier vor. Die Beschwerdeführerin beansprucht eine Erbquote von $\frac{1}{2}$ und nicht von nur $\frac{1}{4}$, wie in dem angefochtenen Beschluss ausgewiesen.

11 Soweit der Antragsteller meint, die Beschwerdeführerin habe beantragt, in Abänderung des angefochtenen Beschlusses einen inhaltlich anderen Erbschein als von ihm beantragt zu erteilen, und daraus eine vermeintliche Unzulässigkeit der Beschwerde herleitet, ist dies aus mehreren Gründen falsch. Denn die Beschwerdeführerin hat zur Erreichung ihres Rechtsschutzziels zutreffend beantragt, den

Antrag des Antragstellers in Abänderung des angefochtenen Beschlusses abzuweisen. Selbst wenn sie aber den von dem Antragsteller behaupteten Antrag gestellt hätte, wäre ihre Beschwerde nicht unzulässig. Denn nach § 65 Abs. 1 FamFG soll der Beschwerdeführer zwar die Beschwerde begründen, das Rechtsmittel ist aber auch zulässig, wenn der Beschwerdeführer weder bei Einreichung des Rechtsmittels noch innerhalb einer durch das Gericht gesetzten Frist eine förmliche Begründung nachreicht (Sternal/Sternal, FamFG, § 65 Rdnr. 6). Ebenso wenig ist ein förmlicher Antrag erforderlich. Die Beschwerde muss letztlich nur auf der Grundlage einer wohlwollenden Auslegung erkennen lassen, in welchem Umfang der Beschwerdeführer die angegriffene Entscheidung bekämpft. Das Beschwerdegericht hat dann aufgrund des aktenkundigen Sach- und Streitstandes unter Beachtung der auch im Beschwerdeverfahren bestehenden Amtsermittlungspflicht die zur Entscheidung erheblichen Tatsachen von Amts wegen festzustellen (Sternal/Sternal, a. a. O.).

12 Die im Beschwerderechtzug zu prüfende (BGH, Beschluss vom 26.06.2019, XII ZB 299/18, Rdnr. 10; Sternal/Sternal, FamFG, § 65 Rdnr. 21) internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte ist jedenfalls gemäß Art. 10 Abs. 1 lit. a) EuErbVO (VO (EU) 650/2012) gegeben. Die im Eigentum des Erblassers stehenden Immobilien stellen gemäß Art. 10 Abs. 1 EuErbVO im Inland befindliches Nachlassvermögen dar. Außerdem besaß der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes die deutsche Staatsangehörigkeit (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.09.2020, 21 W 59/20, juris Rdnr. 17).

13 2. Die Beschwerde ist unbegründet, da die in dem angefochtenen Feststellungsbeschluss genannten Erbquoten zutreffen.

14 Maßgeblich für die Ermittlung der Erbquoten ist das deutsche Erbrecht, das hier gemäß Art. 21 Abs. 1 EuErbVO anwendbar ist. Danach unterliegt die Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, in dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.

15 Der gewöhnliche Aufenthalt ist im Sinne eines Daseinsmittelpunkts bzw. eines Mittelpunkts des Lebensinteresses zu verstehen, für dessen Ermittlung eine Gesamtbeurteilung der Lebensumstände des Erblassers in den Jahren vor seinem Tod und im Zeitpunkt des Todes erforderlich ist (Burandt/Rojahn/Burandt/Schmuck, Erbrecht, 4. Aufl., EuErbVO Art. 21 Rdnr. 3).

16 Nach den beachtlichen Hinweisen in den Erwägungsgründen 23 und 24 sind insbesondere die Dauer und die Regelmäßigkeit des Aufenthalts des Erblassers in dem betreffenden Staat sowie die damit zusammenhängenden Umstände und Gründe relevant (EuGH, Urteil vom 16.07.2020, C-80/19, Rdnr. 37; Burandt/Rojahn/Burandt/Schmuck, Erbrecht, EuErbVO Art. 21 Rdnr. 4). Hierbei ist auch auf den Schwerpunkt der familiären und sozialen Beziehungen als wichtiges Kriterium abzustellen (Burandt/Rojahn/Burandt/Schmuck, Erbrecht, EuErbVO Art. 21 Rdnr. 5). Der gewöhnliche Aufenthalt soll aber auch eine besonders

enge und feste Verbindung zwischen dem Nachlass und dem betreffenden Staat erkennen lassen. War der Erblasser Angehöriger eines Staates oder hatte er alle seine wesentlichen Vermögensgegenstände in diesem Staat, so kann – wie es im letzten Satz des Erwägungsgrundes 24 heißt – seine Staatsangehörigkeit oder der Ort, an dem diese Vermögensgegenstände sich befinden, ein besonderer Faktor bei der Gesamtbeurteilung aller tatsächlichen Umstände sein, auch wenn sich der Erblasser etwa aus beruflichen oder wirtschaftlichen Gründen – unter Umständen auch für längere Zeit – in einen anderen Staat begeben hat, um dort zu arbeiten, aber eine enge und feste Bindung zu seinem Herkunftsstaat aufrechterhalten hat (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.09.2020, 21 W 59/20, juris Rdnr. 27). Im Rahmen der Gesamtbetrachtung kann auch die Willensrichtung des Erblassers zu berücksichtigen sein. Dabei kann das aufgrund eines fortbestehenden Rückkehrwillens für sich genommen geringere Gewicht des einfachen Bleibewillens im Rahmen der Gesamtabwägung trotz bestehen gebliebenen Rückkehrwillens durch längere Dauer des Aufenthalts im Fremdstaat und dortige Verwurzelung des Erblassers aufgewogen werden (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.09.2020, 21 W 59/20, juris Rdnr. 29). Ein vorbehaltloser Bleibewille unter Ausschluss jeder Rückkehrabsicht ist jedenfalls nicht erforderlich (OLG Frankfurt a. M., a. a. O., juris Rdnr. 30).

17 Die Gesamtumstände sprechen hier dafür, dass der gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers im Zeitpunkt seines Todes in Deutschland zu verorten ist.

18 Soziale und familiäre Beziehungen hatte der Erblasser allerdings sowohl in Kuba als auch in Deutschland. In Kuba leben die Beschwerdeführerin sowie zahlreiche kubanische Freunde des Erblassers, in Deutschland leben seine beiden Söhne – die Beteiligten zu 2 und 3 – sowie sein Bruder, der Zeuge K. Diesbezüglich ist kein Schwerpunkt in einem der beiden Länder festzustellen. Der Erblasser hat aber seit dem 28.03.2018 bis zu seinem Tod am 02.11.2020, mithin mehr als zweieinhalb Jahre, ununterbrochen in Deutschland gelebt, nachdem er sich zuvor seit Mitte der 90er Jahre etwa jeweils hälftig im Jahr in Kuba und Deutschland aufgehalten hatte. Er hatte die deutsche Staatsangehörigkeit. Sein gesamtes Vermögen in Form von Immobilien und Kontoguthaben befand sich in Deutschland. Ob der Erblasser angesichts seines Krankheitsrückfalls ab dem Jahr 2018 – er war unheilbar an einem Hirntumor erkrankt – noch den Willen hatte, nach Kuba zu fahren, ist sehr zweifelhaft (insbesondere vor dem Hintergrund des Krankheitsverlaufs, einhergehend mit einem Sprachverlust, zunehmender Pflegebedürftigkeit und der Erteilung der Vorsorgevollmacht am 07.12.2019 an seinen Sohn – den Beteiligten zu 3 – und seinen Bruder), letztlich aber angesichts der vorgenannten Kriterien auch nicht entscheidend. Denn die Aufenthaltsdauer von zweieinhalb Jahren vor seinem Tod und seine Verwurzelung in Deutschland überwiegen.

19 3. Nach dem somit hier anzuwendenden § 1931 Abs. 1 BGB ist die Beschwerdeführerin zu $\frac{1}{4}$ als gesetzliche Erbin berufen. Die Erbquote der Beteiligten zu 2 und 3 beträgt nach § 1924 Abs. 1 und 4 BGB jeweils $\frac{3}{8}$.

20 Andere Erbquoten ergeben sich hier nicht aus dem bei Gütertrennung anwendbaren § 1931 Abs. 4 BGB oder aus dem für die Zugewinnngemeinschaft maßgeblichen § 1371 Abs. 1 BGB. § 1371 Abs. 1 BGB ist eine erbrechtliche Vorschrift (EuGH, Urteil vom 01.03.2018, C-558/16, NJW 2018, 1377 Rdnr. 41) und kommt deshalb hier unmittelbar zur Anwendung (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 21.03.2019, 10 W 31/17, Rdnr. 28).

21 Die Beschwerdeführerin und der Erblasser haben weder in einer Zugewinnngemeinschaft noch in Gütertrennung gelebt. Vielmehr galt für sie güterrechtlich die Errungenschaftsgemeinschaft nach kubanischem Recht.

22 Art. 15 Abs. 1 EGBGB a. F. bestimmt, dass – sofern die Parteien, wie hier, keine Rechtswahl getroffen haben – die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem Recht unterliegen, das für die allgemeinen Wirkungen der Ehe zum Zeitpunkt der Eheschließung maßgeblich ist. Das zum Zeitpunkt der Ehe maßgebliche Güterrecht ergibt sich aus Art. 14 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB in der bis zum 28.01.2019 geltenden Fassung (a. F.).

23 Nach Art. 14. Abs. 1 EGBGB a. F. unterliegen mangels Rechtswahl die allgemeinen Wirkungen der Ehe

1. dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten angehören oder während der Ehe zuletzt angehört, wenn einer von ihnen diesem Staat noch angehört, sonst

2. dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt haben oder während der Ehe zuletzt hatten, wenn einer von ihnen dort noch seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, hilfsweise

3. dem Recht des Staates, mit dem die Ehegatten auf andere Weise gemeinsam am engsten verbunden sind.

24 Ziffer 1. greift hier nicht, weil der Erblasser und die Beschwerdeführerin nie dieselbe Staatsangehörigkeit hatten, vielmehr hat die Beschwerdeführerin ausschließlich die kubanische Staatsangehörigkeit, während der Erblasser allein die deutsche Staatsangehörigkeit hatte. Ob Ziffer 2. hier greift, nachdem im Hinblick auf den gewöhnlichen Aufenthalt der Beschwerdeführerin nur Kuba in Betracht kommt, ist zweifelhaft, weil der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts in der Regel mindestens einen sechsmonatigen Aufenthalt im betreffenden Staat erfordert (BeckOGK-EGBGB/Hertel, Stand: 01.03.2020, Art. 14 Rdnr. 94). Dies dürfte auf den Erblasser, der vor und nach der Eheschließung in der Regel zweimal jährlich mit einem für drei Monate gültigen Touristenvisum nach Kuba einreiste und sich dort demnach maximal sechs Monate aufhielt, eher nicht zutreffen. Letztlich kann dies aber dahinstehen, denn nach Ziffer 3. ist jedenfalls Kuba das Land, mit dem die Ehegatten gemeinsam am engsten verbunden waren.

25 Bei der Beurteilung, mit welchem Land die Ehegatten bei Eheschließung am engsten verbunden waren, sind sämtliche Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen. Außer den gemeinsamen sozialen Bindungen der Ehegatten an einen Staat durch Herkunft, Sprache, Kultur, Religion und berufliche Tätigkeit kommen vor allem dem Ort der Eheschließung, sofern er nicht ganz zufällig gewählt ist, und den

objektiv feststellbaren gemeinsamen Zukunftsplänen der Ehegatten (insbesondere der bei der Eheschließung bereits in Aussicht genommenen Begründung eines gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthaltes in einem bestimmten Staat) sowie einem gemeinsamen schlichten Aufenthalt, sofern dieser nicht nur von ganz vorübergehender Natur ist, wesentliche Bedeutung zu (Staudinger/Henrich, Neub. 2010, Art. 14 EGBGB Rdnr. 67; Hausmann, Internationales und Europäisches Familienrecht, 2. Aufl., Kap. B. Rdnr. 416; MünchKomm-BGB/Looschelders, 8. Aufl., EGBGB Art. 14 Rdnr. 125, BeckOK-BGB/Mörsdorf, Stand: 01.11.2022, EGBGB Art. 14 Rdnr. 43).

26 Unter Berücksichtigung aller Umstände waren die Ehegatten zum maßgeblichen Zeitpunkt der Eheschließung am engsten mit Kuba verbunden. Dies ergibt sich schon unter Zugrundelegung des Vorbringens der Beschwerdeführerin bzw. des übereinstimmenden Vortrags aller Beteiligten. Die Ehegatten haben nicht zufällig in Kuba geheiratet, sie haben dort auch ihre gemeinsamen sozialen Beziehungen gehabt und beabsichtigt, dort in den nachfolgenden Jahren ihre Ehe zu leben. Der Erblasser konnte sich mühelos auf Spanisch verständigen und fühlte sich schon vor der im Jahr 2010 erfolgten Eheschließung dem Land Kuba seit Mitte der 90er Jahre kulturell eng verbunden; Freundschaften mit Kubanern und Liebesbeziehungen mit Kubanerinnen hatte er schon Jahre zuvor und unabhängig von der Beschwerdeführerin gepflegt. Auch hielt er sich vor und nach der Eheschließung in der Regel etwa bis zu sechs Monate jährlich in Kuba auf. Die Beschwerdeführerin hatte hingegen bei Eheschließung keinerlei Bezug zu Deutschland, weder sprach sie in nennenswertem Umfang Deutsch noch hatte sie dorthin familiäre oder soziale Beziehungen. Sie besuchte erstmalig mehrere Jahre nach der Eheschließung Deutschland, nämlich 2012, und dann nochmals vom 12.05. bis 06.08.2016. Auch hatten die Ehepartner bei Eheschließung vor, ihre gemeinsame Ehezeit auf Kuba zu verbringen, zumindest jedenfalls die darauf folgenden Jahre bis zum Eintritt der Volljährigkeit der Tochter der Beschwerdeführerin, die bei Eheschließung 15 Jahre alt war. Zu diesem Zweck hatten sie bereits bei ihrer Heirat die Absicht, ein der Beschwerdeführerin in Santiago de Cuba gehörendes Haus zu renovieren und umzubauen, wie sich etwa aus einer von der Beschwerdeführerin vorgelegten E-Mail des Erblassers vom 20.06.2010 ergibt (...), was sie (worauf es allerdings nicht ankommt, siehe MünchKomm-BGB/Looschelders, EGBGB Art. 14 Rdnr. 126) in der Folgezeit auch umsetzten.

27 Ob sie für die fernere Zukunft einen Wechsel des gemeinsamen Aufenthalts nach Deutschland ins Auge gefasst haben, ist dagegen ohne Belang (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 15.04.2015, 4 WF 169/14, BeckRS 2015, 16000 Rdnr. 6).

28 Deshalb kann dahinstehen, ob es solche Überlegungen der Ehegatten überhaupt gab und ob es sich dabei – wie erforderlich (vgl. KG, Urteil vom 20.12.2006, 3 UF 59/06, BeckRS 2008, 1367 Rdnr. 18) – auch um eine objektiv feststellbare konkretisierte und verbindliche Zukunftsplanung handelte. Die weitere Entwicklung nach der Eheschließung

spricht jedenfalls dagegen, weil die Ehegatten bis zur endgültigen Rückreise des Erblassers nach Deutschland am 28.03.2018 ihre gemeinsame Zeit und den gemeinsamen Alltag (mit Ausnahme zweier Urlaubsreisen der Beschwerdeführerin nach Deutschland) in Kuba verbrachten. Auch ist es der Beschwerdeführerin nicht gelungen, ausreichende Deutschkenntnisse zu erwerben oder soziale Beziehungen nach Deutschland aufzubauen. Deshalb erfuhr sie auch nur durch Zufall über eine ihr bekannte Kubanerin, die mit einem Deutschen liiert war, von dem Tod ihres Mannes. Dies indiziert, dass es schon bei Eheschließung keine solchen Zukunftspläne gab (vgl. BGH, NJW 2019, 2935 Rdnr. 31).

29 4. Der Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nach kubanischem Recht kann auch nicht im Wege der Substitution dem Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft gleichgestellt werden. Nach dem Grundsatz der Substitution können zwar Erscheinungen unter einem fremden Recht den Figuren deutschen Rechts dann gleichgestellt werden, wenn sie funktional gleichwertig sind, was eine Übereinstimmung in den wesentlichen normprägenden Merkmalen voraussetzt (OLG Hamm, Beschluss vom 21.03.2019, 10 W 31/17, BeckRS 2019, 8475 Rdnr. 30). Daran fehlt es hier aber, da es bei dem gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft nach kubanischem Recht an einer erbrechtlichen Lösung für den Fall der Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehepartners mangelt. Dies ist aber nach zutreffender herrschender Meinung ein normprägendes Merkmal der Zugewinnsgemeinschaft deutschen Rechts (BGH, Beschluss vom 13.05.2015, IV ZB 30/14, Rdnr. 33; OLG Hamm, a. a. O. Rdnr. 31). Güterstände der Errungenschaftsgemeinschaft sind außerdem auch deshalb nicht funktional äquivalent, weil sie im Todesfall eines Ehegatten dazu führen würden, dass dem überlebenden Partner neben der vollen güterrechtlichen Beteiligung am Gesamtgut auch noch die Erhöhung seines gesetzlichen Erbteils um ein Viertel nach deutschem Erbrecht zugutekäme (Hausmann/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl., 1. Teil § 3 Rdnr. 94a).

30 5. Entgegen der Ansicht der Beschwerdeführerin ergibt sich auch kein Wertungswiderspruch dadurch, dass hier deutsches Erbrecht anzuwenden ist, das eheliche Güterrecht sich aber nach kubanischem Recht richtet. Die Anwendbarkeit des deutschen Erbrechts ergibt sich aus den Umständen zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers am 01.11.2020, während sich das maßgebliche Ehegattengüterrecht aus den Umständen bei Eheschließung am 10.10.2010 ableitet. Welches Güterrecht für die Ehe des Erblassers mit der Beschwerdeführerin galt, ist für das vorliegende Erbscheinsverfahren auch nur insofern relevant, als eine mögliche Erhöhung der Erbquote zugunsten der Beschwerdeführerin nach den § 1931 Abs. 4, § 1371 Abs. 1 BGB zu prüfen und im Ergebnis auszuschließen war.

31 6. Dass sich hier das eheliche Güterrecht nach kubanischem Recht richtet, verstößt auch nicht gegen Art. 6 EGBGB. Angesichts der im Ehegüterrecht bestehenden Vertragsfreiheit sind Verstöße gegen den ordre public ohnehin selten (BeckOGK-BGB/Stürner, Stand: 01.11.2022,

EGBGB Art. 6 Rdnr. 368). Ein Verstoß ist hier nicht ersichtlich. Insofern wird auf die zutreffende Begründung in der Beschwerdeerwiderung Bezug genommen.

(...)

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

20. Zur Durchführung einer Verwahranweisung

BGH, Beschluss vom 02.08.2023, VII ZB 28/20 (Vorinstanz: LG Berlin, Beschluss vom 25.08.2020, 84 T 28/20)

BeurkG § 57 Abs. 2 Nr. 1, § 60 Abs. 2

BGB § 401

BNotO § 15 Abs. 2

LEITSÄTZE:

- Der Verstoß des Notars gegen die lediglich an ihn gerichtete Verbotsnorm des § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG gebietet es nicht, die regelmäßig im Grundgeschäft enthaltene öffentlichrechtliche Verwahranweisung an den Notar und die davon zu unterscheidende zivilrechtliche Verwahrvereinbarung zwischen den Vertragsparteien, die ebenfalls regelmäßig Bestandteil des Grundgeschäfts ist, für unwirksam zu erachten.**
- Bei einer Abwicklung der Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto erstreckt sich das mit der Pfändung des Kaufpreisanspruchs entstandene Pfandrecht auf den Auszahlungsanspruch des Verkäufers gegen den Notar. Der Auskehrungsanspruch gegen den Notar ist im Verhältnis zur Kaufpreisforderung als ein Nebenrecht im Sinne von § 401 BGB einzuordnen (Anschluss an BGH, Beschluss vom 09.06.2016, V ZB 37/15, DNotZ 2016, 957). Für die Abtretung des Kaufpreisanspruchs – auch wenn sie zur Sicherung erfolgt – gilt nichts anderes.**
- Soweit die Wirksamkeit der Abtretung des Kaufpreisanspruchs oder sonstige Vorfragen der Empfangsberechtigung im mehrseitigen Verwahrungsverhältnis zu klären sind, ist der Prüfungsmaßstab des Notars im Rahmen einer auf Auszahlung des hinterlegten Geldes gerichteten Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO auf eine Evidenzkontrolle beschränkt.**

AUS DEN GRÜNDEN:

I.

1 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 20.10.2016 (UR-Nr. [...] des Notars B) veräußerte die S GmbH (nachfolgend: Verkäuferin) die von ihr noch zu errichtenden Eigentumswohnungen Nr. 81 und 88 der Wohnungseigentumsanlage Sp in B nebst den Sondernutzungsrechten an zwei Stellplätzen zu einem Kaufpreis von insgesamt 2.010.000 € an den Beteiligten zu 1.

2 In § 3 Nr. 4 des Vertrages wurde die Zahlung von Kaufpreisraten nach Baufortschritt gemäß § 3 Abs. 2 der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) vereinbart. Zahlungen sollten nach § 3 Nr. 5 des Vertrages auf ein Konto der Verkäuferin geleistet werden.

3 § 7 Nr. 2 enthält folgende Vertragsklausel:

„Verkäufer übergibt Erwerber den Besitz nach Bezugsfertigkeit gegen vollständige Zahlung der geschuldeten Vertragssumme (...). Ist der Vertragsgegenstand bei Bezugsfertigkeit noch nicht vollständig fertig gestellt oder sind noch Mängel zu beseitigen, ist Erwerber berechtigt, noch ausstehende Raten, insbesondere die letzte Rate von 3,5 % der geschuldeten Vertragssumme bei dem Notar auf Anderkonto zu hinterlegen mit der Weisung, diesen Betrag erst an Verkäufer auszusahlen, wenn Erwerber dem Notar schriftlich bestätigt, dass die Bauleistungen für die ausstehenden Raten jeweils erbracht sind und bezüglich der letzten Rate von 3,5 %, dass der Vertragsgegenstand ohne wesentliche Mängel rechtzeitig fertig gestellt und die im Abnahmeprotokoll festgestellten Mängel beseitigt sind.

Mit Hinterlegung der ausstehenden Raten einschließlich der letzten Rate von 3,5 % auf Notaranderkonto ist der Verkäufer zur Besitzübergabe verpflichtet (...).“

4 Soweit Zahlungen auf ein Anderkonto des beurkundenden Notars erfolgten, wurde der Notar nach § 3 Nr. 6 des Vertrages unwiderruflich angewiesen, die Auszahlung entsprechend den Voraussetzungen des Ratenplans und unter Beachtung etwaiger Zurückbehaltungsrechte des Beteiligten zu 1 vorzunehmen.

5 Der Beteiligte zu 1 zahlte den gesamten Kaufpreis auf das Anderkonto des Notars B ein. Dieser Betrag wurde entsprechend dem vereinbarten Ratenplan bis auf einen 8,5 % des Gesamtkaufpreises entsprechenden Restbetrag von 170.850 € an die Verkäuferin ausgezahlt. Dieser Restbetrag setzte sich zusammen aus einer vereinbarungsgemäßen Reduzierung der ersten Kaufpreisrate um 5 % als Sicherheitseinbehalt des Beteiligten zu 1 bis zur rechtzeitigen Herstellung des Objekts ohne wesentliche Mängel sowie weiteren 3,5 %, die als letzte Kaufpreisrate gemäß § 3 Nr. 4 lit. k des Vertrages erst nach vollständiger Fertigstellung und Beseitigung der im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel zu zahlen waren.

6 Am 20.09.2017 gab die Verkäuferin gegenüber der Beteiligten zu 2 ein notariell beurkundetes Schuldanerkenntnis über 200.000 € ab. Zur Sicherung dieser Forderung erklärten die Verkäuferin und die Beteiligte zu 2 in derselben Urkunde die Abtretung „fälliger Kaufpreisforderungen“ der Verkäuferin an die Beteiligte zu 2, unter anderem aus dem Kaufvertrag zwischen der Verkäuferin und dem Beteiligten zu 1 betreffend die Eigentumswohnung Nr. 81 nebst dem zugehörigen Sondernutzungsrecht an einem der beiden Stellplätze in Höhe von 8,5 % (= 82.025 €). Weiter wies die Verkäuferin den Notar B. an, auf seinem Anderkonto eingehende Beträge bis zu dieser Höhe an die Beteiligte zu 2 auszuzahlen, sobald sie nach dem Kaufvertrag zur Auszahlung an die Verkäuferin fällig seien.

7 Am 11.03.2019 wurde über das Vermögen der Verkäuferin das Insolvenzverfahren eröffnet. Nachdem der Insolvenzverwalter am 20.11.2019 den auf dem Notaranderkonto befindlichen Restkaufpreis zugunsten des Beteiligten zu 1 freigegeben hatte, überwies Notar K (nachfolgend: Notar), dem die Verwahrung der Notariatsakten des zwischenzeitlich aus dem Amt geschiedenen Notars B übertragen worden war, das auf dem Anderkonto vorhandene Guthaben bis auf einen Teilbetrag i. H. v. 82.025 € an den Beteiligten zu 1. Mit Schreiben vom 28.11.2019 teilte der Notar dem Beteiligten zu 1 mit, diesen Betrag nur mit Zustimmung der Beteiligten zu 2 an den Beteiligten zu 1 auszahlen zu können, welche nicht vorliege.

8 Dagegen hat der Beteiligte zu 1 Beschwerde eingelegt und die Auszahlung des auf dem Anderkonto verbliebenen Betrages an sich verlangt. Der Notar hat der Beschwerde mit Schreiben vom 16.01.2020 nicht abgeholfen. Auf die Beschwerde hat das LG ihn angewiesen, den auf dem Anderkonto noch befindlichen Restbetrag von 82.025 € an den Beteiligten zu 1 auszuzahlen. Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 2 mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

9 II. Die nach § 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i. V. m. § 70 Abs. 1 und 2 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 2 ist begründet.

10 1. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung – soweit für das Rechtsbeschwerdeverfahren von Bedeutung – im Wesentlichen wie folgt begründet:

11 Die Pflicht des Notars zur Auskehr des auf dem Notaranderkonto befindlichen Restbetrags an den Beteiligten zu 1 folge aus § 57 Abs. 2 BeurkG. Der Betrag sei an den Einzahler zurückzuzahlen, da es jedenfalls an einer wirksamen Verwahranweisung für den Restbetrag fehle und auch nicht damit zu rechnen sei, dass eine solche noch nachträglich erteilt werde.

12 Als Verwahranweisung im Sinne von § 57 Abs. 2 Nr. 2 BeurkG komme nur die Bestimmung in § 7 Nr. 2 des notariellen Kaufvertrags in Betracht. Diese sei unwirksam, weil für eine Verwahrung mit dieser Anweisung kein berechtigtes Sicherungsinteresse nach § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG bestehe, weshalb der Notar sie nicht annehmen dürfe. Beide Vertragsparteien hätten bei einem Bauträgervertrag wie dem vorliegenden kein rechtliches Sicherungsinteresse an der notariellen Verwahrung des Kaufpreises.

13 Unabhängig davon sei die Verwahranweisung auch deshalb unwirksam, weil die Verkäuferin durch die Verwahrung der noch nicht fälligen Kaufpreisteilbeträge gegen das gesetzliche Verbot des § 3 Abs. 2 MaBV verstoße, wonach sie als Bauträgerin vor Eintritt der dort festgelegten Voraussetzungen keine Vermögenswerte des Auftraggebers zur Ausführung des Auftrags entgegennehmen dürfe. Wenngleich nicht der Bauträger, sondern der Notar die auf das Anderkonto eingezahlten Zahlungsmittel entgegennehme, begründe die den Bauträger zum Empfangsberechtigten bestimmende Verwahranweisung für diesen bereits eine rechtlich gesicherte Auszahlungsanwartschaft.

14 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Notar hat sein Tätigwerden nicht ohne ausreichenden Grund verweigert.

15 Die Verweigerung der Amtsausübung durch den Notar ist nur zulässig und damit pflichtgemäß, wenn sie auf einen ausreichenden Grund gestützt werden kann (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 BNotO). Das nach § 15 Abs. 2 BNotO für die Prüfung der Verweigerung einer notariellen Amtstätigkeit zuständige Beschwerdegericht ist hierbei nicht an die Beschwerdebegründung gebunden, sondern hat das Ersuchen im Hinblick auf alle Umstände zu prüfen, die der Beschwerde zum Erfolg verhelfen können (BGH, Beschluss vom 09.12.2021, V ZB 25/21, NJW-RR 2022, 428 Rdnr. 5, 9). Solche liegen indes nicht vor.

16 a) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts lässt sich die Verpflichtung des Notars zur Auskehr des auf dem Anderkonto befindlichen Restbetrags an den Beteiligten zu 1 nicht auf ein fehlendes Sicherungsinteresse an der Verwahrung im Sinne von § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG und eine damit einhergehende Unwirksamkeit der in § 7 Nr. 2 des notariellen Kaufvertrags enthaltenen Verwahrungsanweisung stützen.

17 Nach § 57 Abs. 2 BeurkG darf der Notar Geld zur Verwahrung unter anderem nur entgegennehmen, wenn hierfür ein berechtigtes Sicherungsinteresse der am Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen gegeben ist (Nr. 1) und ihm ein Antrag auf Verwahrung verbunden mit einer Verwahrungsanweisung näher geregelten Inhalts vorliegt (Nr. 2).

18 Inwieweit für die Abwicklung von Kaufpreistraten über ein Notaranderkonto bei einem Bauträgervertrag ein entsprechendes berechtigtes Sicherungsinteresse besteht (vgl. zum Streitstand *Basty*, Der Bauträgervertrag, 10. Aufl., Kap. 1 Rdnr. 94; *Kämper* in *Bremkamp/Kindler/Winnen*, BeurkG, § 57 Rdnr. 31 ff.; jew. m. w. N.), kann für den Streitfall dahinstehen. Denn ein Notar, der – wie hier – einen Verwahrungsantrag angenommen hat, hat die mit dem Verwahrungsantrag verbundene Verwahrungsanweisung auch dann zu beachten, wenn ein berechtigtes Sicherungsinteresse der Beteiligten fehlt.

19 Das Erfordernis eines berechtigten Sicherungsinteresses gemäß § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG soll einer „formulärmäßigen“ – kostenpflichtigen – Verwahrung entgegenwirken und die Zahl der Verwahrungsgeschäfte niedrig halten (vgl. BT-Drucks. 13/4184, S. 37 f.; BGH, Urteil vom 16.11.2020, NotSt (Brfg) 2/19 Rdnr. 27, NJW-RR 2021, 784; jeweils zu § 54a Abs. 2 Nr. 1 BeurkG a. F. als Vorgängerregelung von § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG). Ein berechtigtes Sicherungsinteresse ist anzunehmen, wenn die notarielle Verwahrung gegenüber der Direktzahlung eine Absicherung der Beteiligten zumindest deutlich erleichtert (BGH, Urteil vom 16.11.2020, NotSt (Brfg) 2/19 Rdnr. 29, NJW-RR 2021, 784). Ausgehend hiervon hat der Notar bei fehlendem berechtigtem Sicherungsinteresse zwar die Amtspflicht, die Verwahrungstätigkeit abzulehnen (BGH, Urteil vom 16.11.2020, NotSt (Brfg) 2/19 Rdnr. 33, NJW-RR 2021, 784). Der Verstoß des Notars gegen die lediglich an ihn gerichtete Verbotsnorm des § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG gebietet es indes nicht,

die regelmäßig im Grundgeschäft enthaltene öffentlich-rechtliche Verwahrungsanweisung an den Notar und die davon zu unterscheidende zivilrechtliche Verwahrungvereinbarung zwischen den Vertragsparteien, die ebenfalls regelmäßig Bestandteil des Grundgeschäfts ist, für unwirksam zu erachten (allg. Meinung; vgl. BeckOGK-BeurkG/*Franken*, Stand: 01.09.2022, § 57 Rdnr. 32; *Hertel* in *Frenz/Miermeister*, BNotO, 5. Aufl., § 57 BeurkG Rdnr. 24; *Mayer* in *Armbrüster/Preuß*, BeurkG mit NotAktVV und DONot, 9. Aufl., Vor §§ 57 ff. BeurkG Rdnr. 26).

20 Aus einem fehlenden berechtigten Sicherungsinteresse der Beteiligten folgt daher nicht, dass der Notar den verwahrten Kaufpreisteilbetrag wieder an den Beteiligten zu 1 als diejenige Vertragspartei auszahlen muss, die den Teilkaufpreis auf das Notaranderkonto eingezahlt hat. Die vom Beschwerdegericht für seine gegenteilige Auffassung als alleiniger Beleg angeführte Literaturstelle („vgl. *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl., § 57 Rdnr. 59“) bezieht sich auf § 57 Abs. 5 BeurkG und den hier nicht gegebenen Fall der Rückzahlung bei – von vorneherein – fehlendem Treuhandauftrag.

21 b) Eine Pflicht des Notars zur Auszahlung des Restkaufpreises auf dem Anderkonto an den Beteiligten zu 1 folgt, anders als vom Beschwerdegericht angenommen, auch nicht aus einem – etwaigen – Verstoß der Regelung zur Hinterlegung der Kaufpreistraten in § 7 Nr. 2 des Kaufvertrags gegen materiellrechtliche Vorschriften, insbesondere § 3 Abs. 2, § 12 MaBV.

22 Nach § 3 Abs. 2 Satz 1 MaBV darf ein Bauträger Vermögenswerte des Auftraggebers nur entsprechend dem Bauablauf in bis zu sieben Teilbeträgen entgegennehmen oder sich zu deren Verwendung ermächtigen lassen. Ein von § 3 MaBV abweichender Ratenplan ist unzulässig (§ 12 MaBV).

23 Es kann dahinstehen, ob die in § 7 Nr. 2 des Kaufvertrags getroffene Regelung zur notariellen Verwahrung der Kaufpreistraten nach § 134 BGB i. V. m. § 3 Abs. 2, § 12 MaBV unwirksam ist. Denn ein etwaiger Verstoß gegen § 3 Abs. 2, § 12 MaBV, der zur Unwirksamkeit der zivilrechtlichen Verwahrungvereinbarung der Parteien führt (vgl. *Hertel* in *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 5. Aufl., Kap. 4 Rdnr. 79 f.), ist vom Notar nur zu beachten und die Verwahrung nicht weiter durchzuführen, wenn die Unwirksamkeit der Verwahrungvereinbarung für ihn evident ist. Eine evidente Unwirksamkeit der Verwahrungvereinbarung liegt hier indes nicht vor. Dies gilt gleichermaßen im Hinblick auf einen etwaigen Verstoß gegen die Klauselverbote nach §§ 305 ff. BGB.

24 aa) Im Rahmen einer auf Rückzahlung des hinterlegten Geldes an den Käufer gerichteten Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO gilt aufgrund der Aufgabenverteilung zwischen dem Notar und den Zivilgerichten ein beschränkter Prüfungsmaßstab. Es ist nicht Aufgabe des Notars und damit nicht Aufgabe der über eine Notarbeschwerde entscheidenden Gerichte der freiwilligen Gerichtsbarkeit, über materiellrechtliche Fragen zu befinden. Diese sind daher nicht in einem Beschwerdeverfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO, sondern in einem Zivilprozess der Beteiligten untereinander zu entscheiden. Anders verhält es sich nur dann,



wenn die Unwirksamkeit einer vertraglichen Regelung für den Notar ohne jeden vernünftigen Zweifel erkennbar ist. Eine evident unwirksame Vertragsbestimmung darf ein Notar weder beurkunden noch vollziehen (BGH, Beschluss vom 09.12.2021, V ZB 25/21 Rdnr. 5, NJW-RR 2022, 428; Beschluss vom 01.10.2015, V ZB 171/14 Rdnr. 21, NJW-RR 2016, 695). Ist die zivilrechtliche Verwahrungsvereinbarung für den Notar evident unwirksam, ist die Verwahrung für den Notar undurchführbar und darf nicht mehr abgewickelt werden (vgl. *Brambring*, DNotZ 1990, 615, 640; siehe auch *Bräu*, Verwahrungstätigkeit des Notars, Rdnr. 94; *Zimmermann*, DNotZ 1980, 451, 467 f.).

25 bb) Es ist nicht davon auszugehen, dass die Klausel in § 7 Nr. 2 des Kaufvertrags offensichtlich und ohne jeden vernünftigen Zweifel unwirksam ist und der Notar dies erkennen musste. Zur Frage der Wirksamkeit einer Verwahrungsvereinbarung wie derjenigen in § 7 Nr. 2 des Kaufvertrags besteht in Rechtsprechung und Schrifttum kein einheitliches Meinungsbild. Die Klausel räumt dem Beteiligten zu 1 die Möglichkeit („[...] ist Erwerber berechtigt, [...]“) ein, die bei Bezugsfertigkeit der Wohnungen noch ausstehenden Raten auf einem Notaranderkonto zu verwahren, sofern das Kaufobjekt zu diesem Zeitpunkt noch nicht vollständig fertiggestellt ist oder noch Mängel zu beseitigen sind; macht er von dieser Option Gebrauch, erhält er nach § 7 Nr. 2 Abs. 2 Satz 1 des Vertrages einen Anspruch auf Besitzübertragung gegen den Bauträger. Zwar stößt die Übernahme einer Verpflichtung des Käufers zur Einzahlung der Raten auf ein Notaranderkonto bei einem Bauträgervertrag vor dem Hintergrund der § 3 Abs. 2, § 12 MaBV sowie der Klauselverbote nach §§ 305 ff. BGB in Rechtsprechung und Schrifttum unter bestimmten Voraussetzungen auf Bedenken (vgl. BGH, Urteil vom 11.10.1984, VII ZR 248/83, BauR 1985, 93, juris Rdnr. 17 ff. zu § 11 Nr. 2a AGBG [jetzt § 309 Nr. 2a BGB]; zum Streitstand allgemein *Hertel* in *Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, Kap. 4 Rdnr. 80; *Mayer* in *Armbrüster/Preuß*, BeurkG mit NotAktVV und DONot, § 57 BeurkG Rdnr. 26 ff.). Die bloße Option zur Hinterlegung von Kaufpreistraten auf einem Notaranderkonto soll aber eine – auch formularvertraglich – zulässige Gestaltung sein können (vgl. etwa *Basty*, Der Bauträgervertrag, Kap. 1 Rdnr. 103; siehe auch *Brambring*, DNotZ 1999, 381, 391 f.; *Meyer*, RNotZ 2006, 497, 513 ff.).

26 cc) Nach alledem kann offenbleiben, ob dem Notar im Falle einer – hier nicht vorliegenden – evident unwirksamen Verwahrungsvereinbarung über die Einstellung der weiteren Vertragsabwicklung hinaus überhaupt gestattet ist, den hinterlegten Kaufpreis kraft seines Amtes wieder an den Einzahlenden zurückzuüberweisen (in diesem Sinne wohl KG, Beschluss vom 30.07.2002, 1 W 59/02, juris Rdnr. 3 ff. für den Fall des einseitigen Widerrufs mehrseitiger Verwahrungsanweisungen nach § 54c Abs. 3 BeurkG a. F.; anders *Mayer* in *Armbrüster/Preuß*, BeurkG mit NotAktVV und DONot, § 60 BeurkG Rdnr. 32).

27 3. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 15 Abs. 2 Satz 3 BNotO i. V. m. § 74 Abs. 2 FamFG).

28 Entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 1 ist der Notar nicht verpflichtet, einem vom Beteiligten zu 1 und dem Insolvenzverwalter übereinstimmend erklärten Widerruf der Verwahrungsanweisung Folge zu leisten und den auf dem Anderkonto befindlichen Restkaufpreis wunschgemäß an den Beteiligten zu 1 auszuzahlen. Der Notar ist vielmehr berechtigt, die Auszahlung wegen fehlender Zustimmung der Beteiligten zu 2 zu verweigern.

29 Nach § 60 Abs. 2 BeurkG hat ein Notar den Widerruf einer von mehreren Anweisenden erteilten Anweisung – vorbehaltlich einer abweichenden Regelung (§ 60 Abs. 4 BeurkG) – nur zu beachten, wenn er durch alle Anweisenden gemeinsam erfolgt. Diese Voraussetzung liegt nicht vor.

30 a) Bei der in § 7 Nr. 2 des Kaufvertrags erteilten Verwahrungsanweisung handelt es sich um eine mehrseitige Anweisung der Verkäuferin und des Beteiligten zu 1.

31 aa) Für die Abgrenzung einer einseitigen von einer mehrseitigen Verwahrungsanweisung kommt es entscheidend darauf an, wessen Sicherungsinteresse die mit der Anweisung verbundene Übertragung der Verfügungsbefugnis auf den Notar dient. Dient die Weisung dem Interessenschutz mehrerer Beteiligter, ist eine mehrseitige Anweisung gegeben (vgl. BayObLG, Beschluss vom 01.06.1995, 3 Z BR 49/95, BayObLGZ 1995, 204, juris Rdnr. 29; *Hertel* in *Frenz/Miermeister*, BNotO, § 60 BeurkG Rdnr. 17 m. w. N.).

32 bb) Nach der gebotenen Auslegung der hier in Rede stehenden Vertragsbestimmung, die der Senat mangels weiterer zu erwartender Feststellungen selbst vornehmen kann, liegt eine mehrseitige Anweisung vor. Die Klausel sichert sowohl die Interessen des Beteiligten zu 1 als auch die der Verkäuferin bei der Abwicklung der Kaufpreiszahlung. Sie trägt einerseits den Interessen des Beteiligten zu 1 Rechnung, weil die bei Bezugsfertigkeit der Eigentumswohnungen hinterlegten noch nicht fälligen Kaufpreistraten erst nach dessen schriftlicher Bestätigung einer mangelfreien und vollständigen Erbringung der jeweiligen Bauleistung von dem Notar an die Verkäuferin ausgezahlt werden dürfen. Andererseits liegt die Regelung im Interesse der Verkäuferin am vollständigen Erhalt der Kaufpreiszahlung nach erfolgter Besitzübertragung auf den Beteiligten zu 1 bei ordnungsgemäßer Erbringung ihrer Bauleistungen. Die Verwahrung schützt die Verkäuferin vor ungerechtfertigten Mängelrügen sowie der grundlosen Zahlungsverweigerung des Erwerbers (vgl. BGH, Urteil vom 11.10.1984, VII ZR 248/83, BauR 1985, 93, juris Rdnr. 21).

33 b) Diente die Verwahrungsanweisung in § 7 Nr. 2 des Kaufvertrags auch den Interessen der Verkäuferin, durfte der Notar davon ausgehen, dass der Widerruf dieser Anweisung der Zustimmung der Beteiligten zu 2 bedarf, die kraft Abtretung in die Rechtsposition der Verkäuferin eingetreten ist.

34 aa) Zwar war die Beteiligte zu 2 ursprünglich nicht am notariellen Verwahrungsverhältnis beteiligt. Unter der Annahme, dass die Beteiligte zu 2 durch die am 20.09.2017 erklärte notarielle Abtretung Inhaberin der Kaufpreisforderung in Höhe der auf dem Anderkonto noch befindlichen 82.025 € geworden ist, ist die Beteiligte zu 2 aber verfahren-

rensrechtlich als Beteiligte an der Verwahrung in die Stellung der Verkäuferin gerückt. Wird eine Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto abgewickelt, geht mit der Abtretung des Kaufpreisanspruchs automatisch auch der Auskehrungsanspruch gegen den Notar als Nebenrecht des Kaufpreisanspruchs im Sinne des § 401 BGB auf den Abtretungsempfänger über.

35 In der Rechtsprechung des BGH ist anerkannt, dass sich bei einer Abwicklung der Kaufpreiszahlung über ein Notaranderkonto das mit der Pfändung des Kaufpreisanspruchs entstandene Pfandrecht auf den Auszahlungsanspruch des Verkäufers gegen den Notar erstreckt. Der Anspruch gegen den Notar wird nur deshalb begründet, weil der Verkäufer von seinem Vertragspartner nicht Zahlung an sich verlangen kann; er ergänzt die vertragliche Forderung. Der Auskehrungsanspruch gegen den Notar ist daher im Verhältnis zur Kaufpreisforderung als ein Nebenrecht im Sinne von § 401 BGB einzuordnen (BGH, Beschluss vom 09.06.2016, V ZB 37/15 Rdnr. 20 ff., DNotZ 2016, 957). Für die Abtretung des Kaufpreisanspruchs – auch wenn sie zur Sicherung erfolgt – gilt nichts anderes. Mit dem Übergang des zivilrechtlichen Anspruchs geht der Auskehrungsanspruch auch ohne ausdrückliche Mitabtretung als Nebenrecht kraft Gesetzes mit über und der Zessionar rückt auch verfahrensrechtlich in die sich aus dem notariellen Verwahrungsverhältnis ergebende Beteiligtenstellung des Zedenten ein. Zu einer Änderung oder einem Widerruf einer Verwahrungsanweisung ist fortan seine Zustimmung als Empfangsberechtigter erforderlich und im Umfang der Abtretung die Mitwirkung des Zedenten entbehrlich (*Hertel* in Frenz/Miermeister, BNotO, § 23 BNotO Rdnr. 33, 37; vgl. für den Pfändungsgläubiger auch BayObLG, Beschluss vom 17.12.2004, 1 Z BR 64/04, DNotZ 2005, 616, juris Rdnr. 14; *Sandkühler* in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 23 Rdnr. 189; a. A. KG, Beschluss vom 09.01.1996, 9 U 8386/94, KG-Report 1996, 143).

36 bb) Der Notar durfte ferner annehmen, dass die Beteiligte zu 2 infolge der Abtretung der Teilkaufpreisforderung Empfangsberechtigte hinsichtlich des auf dem Anderkonto noch befindlichen Restbetrags sein kann.

37 (1) Soweit die Wirksamkeit der Abtretung des Kaufpreisanspruchs oder sonstige Vorfragen der Empfangsberechtigung im mehrseitigen Verwahrungsverhältnis zu klären sind, ist der Prüfungsmaßstab des Notars im Rahmen einer auf Auszahlung des hinterlegten Geldes gerichteten Beschwerde nach § 15 Abs. 2 BNotO auf eine Evidenzkontrolle beschränkt, da die Prüfung solcher Fragen grundsätzlich nicht Aufgabe des Notars ist (siehe oben unter II. 2. b) aa)). In Fallgestaltungen, in denen für den Notar etwa ohne jeden vernünftigen Zweifel feststeht, dass die Abtretung materiellrechtlich unwirksam ist, darf er annehmen, dass der Zessionar nicht in die verfahrensrechtliche Stellung des Zedenten eingetreten ist. Der Notar handelt hingegen nicht pflichtwidrig, wenn er sich bei begründeten Zweifeln über die Empfangsberechtigung entschließt, den hinterlegten Betrag nicht auszuzahlen, sondern weiter zu verwahren und die Beteiligten auf den Zivilprozess gegeneinander zu verweisen (KG, Beschluss vom 16.03.1999, 1 W 8724/98, DNotZ

1999, 994, juris Rdnr. 11; OLG Hamm, Beschluss vom 09.02.1993, 15 W 198/92, OLGZ 1994, 115, juris Rdnr. 23; *Hertel* in Frenz/Miermeister, BNotO, § 23 BNotO Rdnr. 36; *Sandkühler* in Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, § 15 Rdnr. 74; vgl. auch schon BGH, Urteil vom 21.12.1959, III ZR 180/58, DNotZ 265, 270 f.).

38 (2) Gemessen daran stellt sich die Verweigerung der Auszahlung durch den Notar nicht als pflichtwidrig dar. Eine Empfangsberechtigung der Beteiligten zu 2 infolge der Abtretung der Teilkaufpreisforderung kann vom Notar derzeit nicht evident ausgeschlossen werden.

39 Der Beteiligte zu 1 hat im Rahmen seiner Notarbeschwerde die Auffassung vertreten, eine wirksame Abtretung des Kaufpreisanspruchs durch die Verkäuferin habe nicht stattgefunden. Die notarielle Abtretung habe allein fällige Kaufpreisforderungen umfasst, wobei der noch auf dem Anderkonto verwahrte Kaufpreisrest nicht zu den fälligen Beträgen gehöre und Fälligkeit aufgrund der Verweigerung der weiteren Erfüllung durch den Insolvenzverwalter nicht mehr eintreten könne. Demgegenüber hat der Notar in seinem Nichtabhilfescheiben vom 16.01.2020 ausgeführt, er könne die Fälligkeit der Kaufpreisraten nicht beurteilen, da sich diese nach dem Bautenstand richte, zu dessen Überprüfung er außer Stande sei. Insbesondere könne er nicht feststellen, ob die bislang von dem Beteiligten zu 1 an die Verkäuferin gezahlten Kaufpreisraten dem erreichten Bautenstand entsprächen. Da er nicht zu erkennen vermöge, ob noch Ansprüche der Verkäuferin bestünden, müsse er im Rahmen der gebotenen Evidenzprüfung von der Wirksamkeit der Abtretung ausgehen.

40 Diese Bedenken des Notars hinsichtlich des Kreises der Empfangsberechtigten, namentlich die Annahme einer möglichen Empfangsberechtigung der Beteiligten zu 2, sind nicht von der Hand zu weisen. Selbst wenn der Insolvenzverwalter die Nichterfüllung weiterer Bauverpflichtungen aus dem Bauträgervertrag erklärt haben mag (§ 103 Abs. 2 InsO), käme ein fälliger und durchsetzbarer Anspruch der Verkäuferin gegen den Beteiligten zu 1 auf anteilige Kaufpreiszahlung für bereits erbrachte, aber noch nicht bezahlte Bauleistungen in Betracht, der kraft Abtretung auf die Beteiligte zu 2 übergegangen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2009, IX ZR 214/08, NJW-RR 2010, 773 Rdnr. 12; MünchKomm-InsO/Huber, 4. Aufl., § 103 Rdnr. 32; jeweils zu Ansprüchen des Insolvenzverwalters bei fehlender Erfüllungswahl nach § 103 Abs. 2 InsO und teilweiser Vorleistung des Schuldners). Ob aufgrund des erreichten Bautenstandes noch offene Zahlungspflichten bestehen, kann vom Notar, der keine genaue Kenntnis vom Bautenstand hat, jedenfalls nicht zweifelsfrei verneint werden. Im Ergebnis nichts anderes gilt für etwaige weitere Folgewirkungen aus der Eröffnung des Insolvenzverfahrens für die Empfangszuständigkeit der Beteiligten zu 2, vgl. insbesondere § 51 Nr. 1, § 166 Abs. 2, § 170 Abs. 2 InsO. In Ermangelung einer Zustimmung der Beteiligten zu 2 ist die Verweigerung der Auszahlung an den Beteiligten zu 1 nach alledem sachlich nicht zu beanstanden.

(...)

STEUERRECHT

21. Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs bei einer Kapitalgesellschaft

BFH, Urteil vom 25.04.2023, II R 38/20 (Vorinstanz):
FG Hessen, Urteil vom 22.10.2020, 5 K 35/20

GrEStG § 16 Abs. 1 Nr. 1

LEITSÄTZE:

1. Die tatsächliche und vollständige Rückgängigmachung im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG setzt grundsätzlich die Löschung einer zugunsten des Ersterwerbers eingetragenen Auflassungsvormerkung voraus.
2. Die Anwendung des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ist allerdings nur dann ausgeschlossen, wenn der Ersterwerber bei der Rückgängigmachung des Grundstückserwerbs den aufgrund der Auflassungsvormerkung bestehenden Anschein einer Rechtsposition in seinem eigenen (wirtschaftlichen) Interesse verwertet hat.
3. Ist die Ersterwerberin eine Kapitalgesellschaft, muss sie sich die Interessen ihrer Gesellschafter bzw. Geschäftsführer zurechnen lassen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) – eine GmbH – wurde durch notariell beurkundeten Vertrag vom 05.07.2016 gegründet. Die beiden zu gleichen Teilen beteiligten Gesellschafter waren die F-GmbH und die E-GmbH. Gesellschafter der F-GmbH waren zu gleichen Teilen die Herren H und I. Gesellschafter der E-GmbH war Herr G. Dieser war ab Januar 2017 mittelbar über eine GmbH & Co. KG als deren alleiniger Kommanditist und Gesellschafter der Komplementär-GmbH an der E-GmbH beteiligt. Zu alleinvertretungsberechtigten und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführern der Klägerin waren die Herren G und H bestellt.

2 Die Klägerin erwarb als GmbH in Gründung mit notariell beurkundetem Kaufvertrag vom 05.07.2016 Grundbesitz zu einem Kaufpreis i. H. v. 6.330.000 €. Zugunsten der Klägerin wurde eine Auflassungsvormerkung bewilligt und im Grundbuch am 15.07.2016 eingetragen. Mit Bescheid vom 25.08.2016 setzte das damals zuständige FA gegen die Klägerin unter dem Vorbehalt der Nachprüfung Grunderwerbsteuer i. H. v. 379.800 € (6.330.000 € × 6 %) fest.

3 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 09.05.2017 schloss die Klägerin – vertreten durch ihre einzelvertretungsberechtigten Geschäftsführer G und H – mit der Verkäuferin auf ihre Kosten einen Vertrag über die Aufhebung des Grundstückskaufvertrags vom 05.07.2016. Unter § 2 des Aufhebungsvertrags wurde die seinerzeit erklärte Auflassung aufgehoben und die Verkäuferin verpflichtet, den bereits gezahlten Kaufpreis an die Klägerin zurückzuzahlen. Unter § 3 des Aufhebungsvertrags beantragten die Vertragsbeteiligten mit der Bewilligung der Klägerin die Löschung der Auflassungsvormerkung. Unter § 6 des Auf-

hebungsvertrags wurde die Notarin beauftragt, den Aufhebungsvertrag dem Grundbuchamt und dem Finanzamt erst vorzulegen, sobald ihr die Rückzahlung des Kaufpreises an die Klägerin nachgewiesen worden sei. Eine Rückzahlung des Kaufpreises erfolgte trotz Anmahnungen der Klägerin nicht.

4 Mit notariell beurkundeten Kaufverträgen vom 29.06.2017 wurden die ursprünglich von der Klägerin erworbenen Grundstücke durch die Herren G und H von der ehemaligen Verkäuferin erworben. Der Kaufpreis betrug insgesamt 6.330.000 € und wurde seitens der Neuerwerber durch Zahlung unmittelbar an die Klägerin erbracht. Hinsichtlich dieser Grundstückserwerbe erfolgten – nicht streitgegenständliche – Grunderwerbsteuerfestsetzungen.

5 Mit Schreiben vom 15.01.2018 wurde die Löschung der zugunsten der Klägerin eingetragenen Auflassungsvormerkung beim Grundbuchamt durch die Notarin beantragt. Die Löschung der Auflassungsvormerkung im Grundbuch erfolgte am 18.06.2018.

6 Am 09.06.2017 beantragte die Klägerin beim seinerzeit zuständigen FA die Aufhebung der Grunderwerbsteuerfestsetzung vom 25.08.2016 nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Mit Bescheid vom 15.11.2018 lehnte der nunmehr zuständige Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) die Aufhebung des Grunderwerbsteuerbescheids vom 25.08.2016 ab.

7 Nach erfolglosem Einspruchsverfahren (Einspruchsentscheidung vom 09.12.2019) wies das FG die Klage als unbegründet zurück. Das Urteil ist in EFG 2021, 393 veröffentlicht.

8 Dagegen richtet sich die Revision der Klägerin. Sie vertritt die Auffassung, die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Grunderwerbsteuerfestsetzung vom 25.08.2016 nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG lägen vor, da der Erwerbsvorgang binnen zwei Jahren rückgängig gemacht worden sei. Grund für die Rückgängigmachung sei unter anderem gewesen, dass die Klägerin nicht in der Lage gewesen sei, die für die intendierte Projektentwicklung nötige Finanzierung über Fremdkapital oder Eigenkapital durch die Gesellschafter aufzubringen.

9 Die Verkäuferin habe mit Abschluss des Aufhebungsvertrags vom 09.05.2017 wieder uneingeschränkt über ihre Grundstücke verfügen können. Sie sei in der Lage gewesen, bei Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug ggf. im Wege eines abgekürzten Zahlungsweges die Löschung der Auflassungsvormerkung zu erreichen. Die Auflassungsvormerkung selbst habe keine Rechtswirkungen mehr entfaltet und der Klägerin keine verwertbare Rechtsposition vermittelt. Das Grundbuch sei ab Erteilung der Löschungsbewilligung unrichtig geworden. Die Verkäuferin hätte es jederzeit berichtigen lassen können, eine Mitwirkung der Klägerin sei dafür nicht erforderlich gewesen. Zudem habe die Klägerin weder tatsächlich an den Zweitverträgen mitgewirkt noch daran mitwirken müssen.

10 Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und das FA unter Aufhebung des Ablehnungsbescheids vom 15.11.2018 und der Einspruchsentscheidung

vom 09.12.2019 zu verpflichten, den Grunderwerbsteuerbescheid vom 25.08.2016 aufzuheben.

11 Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

12 II. Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Zutreffend ist das FG davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen für eine Aufhebung der Grunderwerbsteuerfestsetzung für den Grundstückserwerb vom 05.07.2016 nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG im Streitfall nicht erfüllt sind.

13 1. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG wird eine Steuerfestsetzung auf Antrag aufgehoben, wenn ein Erwerbsvorgang vor dem Übergang des Eigentums am Grundstück auf den Erwerber durch Vereinbarung der Vertragspartner innerhalb von zwei Jahren seit der Entstehung der Steuer rückgängig gemacht wird.

14 a) „Rückgängig gemacht“ ist ein Erwerbsvorgang, wenn über die zivilrechtliche Aufhebung des den Steuertatbestand erfüllenden Rechtsgeschäfts hinaus die Vertragspartner sich derart aus ihren vertraglichen Bindungen entlassen haben, dass die Möglichkeit zur Verfügung über das Grundstück nicht beim Erwerber verbleibt, sondern der Veräußerer seine ursprüngliche Rechtsstellung wiedererlangt (st. Rspr., vgl. Urteile des BFH vom 05.09.2013, II R 9/12, BFHE 242, 177 = BStBl. II 2014, S. 588 Rdnr. 11 und vom 19.09.2018, II R 10/16, BFHE 262, 465 = BStBl. II 2019, S. 176 Rdnr. 14).

15 b) Wird im Zusammenhang mit der Aufhebung eines Kaufvertrags über ein Grundstück dieses weiterveräußert, ist für die Anwendung des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG entscheidend, ob für den früheren Erwerber trotz der Vertragsaufhebung die Möglichkeit der Verwertung einer aus dem „rückgängig gemachten“ Erwerbsvorgang herzuleitenden Rechtsposition verblieben war (vgl. BFH-Urteile vom 05.09.2013, II R 9/12, BFHE 242, 177 = BStBl. II 2014, S. 588 Rdnr. 12 und vom 19.09.2018, II R 10/16, BFHE 262, 465 = BStBl. II 2019, S. 176 Rdnr. 15).

16 2. Die tatsächliche und vollständige Rückgängigmachung im Sinne des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG setzt grundsätzlich die Löschung einer zugunsten des Ersterwerbers eingetragenen Auflassungsvormerkung voraus.

17 a) Die Auflassungsvormerkung beeinträchtigt die Verkehrsfähigkeit eines Grundstücks unabhängig vom Fortbestand des zivilrechtlichen Übereignungsanspruchs (BFH, Urteil vom 01.07.2008, II R 36/07, BFHE 220, 555 = BStBl. II 2008, S. 882 unter II. 1.). Die Beeinträchtigung der Verkehrsfähigkeit entfällt erst dann, wenn der Erwerber des Grundstücks dem Veräußerer eine Löschungsbewilligung in grundbuchrechtlich gebotener Form erteilt hat und der Veräußerer im Verhältnis zum Erwerber darüber frei und ohne Einflussnahme seitens des Erwerbers verfügen kann (vgl. BFH, Urteil vom 01.07.2008, II R 36/07, BFHE 220, 555 = BStBl. II 2008, S. 882 unter II. 1.). Bis dahin geht von der eingetragenen Auflassungsvormerkung ein Rechtsschein aus, der dem Erwerber ermöglicht, auf die Weiterveräußerung Einfluss zu nehmen.

18 b) Ist die Löschungsbewilligung nach § 19 GBO zwar erteilt, der Antrag auf Löschung nach § 13 GBO jedoch – wie im Rechtsverkehr üblich – schuldrechtlich noch von der Rückzahlung des ursprünglich gezahlten Kaufpreises abhängig, kann der ursprüngliche Veräußerer im Verhältnis zum Erwerber noch nicht frei über das Grundstück verfügen. Üblicherweise wird dies im Rechtsverkehr dadurch bewirkt, dass der Notar von beiden Vertragsparteien beauftragt wird, die Löschungsbewilligung für die Auflassungsvormerkung dem Grundbuchamt erst dann vorzulegen, wenn der Kaufpreis zurückgezahlt wurde. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, ob der Veräußerer das nach Erteilung der Löschungsbewilligung für die Auflassungsvormerkung unrichtige Grundbuch unter Missachtung dieser schuldrechtlichen Absprache berichtigen lassen könnte. Solange er dazu im Innenverhältnis nicht berechtigt ist und die Auflassungsvormerkung auch tatsächlich nicht löschen lässt, hat er seine ursprüngliche Rechtsposition noch nicht wiedererlangt. Umgekehrt kann der Erwerber, solange die Auflassungsvormerkung im Innenverhältnis schuldrechtlich zu Recht besteht und noch eingetragen ist, weiter Einfluss auf die Weiterveräußerung nehmen.

19 3. Die Anwendung des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ist allerdings nur dann ausgeschlossen, wenn der Ersterwerber nach der Rückgängigmachung des Erwerbsvorgangs die verbliebene Rechtsposition oder den Anschein der Rechtsposition auch in seinem eigenen (wirtschaftlichen) Interesse verwertet hat (vgl. BFH-Urteile vom 05.09.2013, II R 9/12, BFHE 242, 177 = BStBl. II 2014, S. 588 Rdnr. 14 und vom 19.09.2018, II R 10/16, BFHE 262, 465 = BStBl. II 2019, S. 176 Rdnr. 17).

20 a) Übt der Ersterwerber bei der erneuten Veräußerung eine ihm aus dem Erwerbsvorgang verbliebene Rechtsposition oder deren Anschein tatsächlich nicht aus (so zum Beispiel bei der Benennung eines Ersatzkäufers allein aufgrund des Verlangens des Verkäufers, vgl. BFH, Urteil vom 06.10.2010, II R 31/09) oder handelt der Ersterwerber insoweit im ausschließlichen Interesse eines Dritten, steht dies einer Rückgängigmachung nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG nicht entgegen. Handelt der Ersterwerber dagegen zumindest auch im eigenen Interesse, sind die Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG nicht erfüllt (vgl. BFH, Urteil vom 06.10.2010, II R 31/09).

21 b) Eine Kapitalgesellschaft als Ersterwerberin muss sich dabei die Interessen der für sie handelnden Personen zu rechnen lassen. Dies gilt nicht nur für das Handeln eines Alleingeschafters (vgl. zur Zurechnung der Interessen des Alleingeschafters BFH, Urteil vom 25.08.2010, II R 35/08). Eine Verwertung im eigenen wirtschaftlichen Interesse liegt auch dann vor, wenn die Aufhebung des ursprünglichen Erwerbsvorgangs im Interesse des Geschäftsführers der Kapitalgesellschaft erfolgt (vgl. BFH, Urteil vom 21.02.2006, II R 60/04, BFH/NV 2006, 1700).

22 c) Ob ein Ersterwerber die ihm verbliebene Rechtsposition oder deren Anschein auch im eigenen (wirtschaftlichen) Interesse verwertet hat, ist im Rahmen einer Gesamtwürdigung aller Tatsachen festzustellen.

23 4. Ausgehend von diesen Rechtsgrundsätzen ist das FG im Streitfall zutreffend davon ausgegangen, dass die Klägerin trotz Aufhebung des ursprünglichen Kaufvertrags und Erteilung der Löschungsbewilligung für die eingetragene Auflassungsvormerkung Einfluss auf die Weiterveräußerung nehmen konnte und diese Einflussmöglichkeit auch in ihrem eigenen (wirtschaftlichen) Interesse verwertet hat. Diese tatsächliche Würdigung ist möglich, verstößt nicht gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze und bindet daher den Senat im Revisionsverfahren (§ 118 Abs. 2 FGO; vgl. BFH, Urteil vom 20.10.2021, XI R 19/20, Rdnr. 41).

24 a) Im Zeitpunkt des Erwerbs der Grundstücke durch die Herren G und H am 29.06.2017 war zugunsten der Klägerin noch die Auflassungsvormerkung aus dem ursprünglichen Kaufvertrag im Grundbuch eingetragen. Sie vermittelte zumindest den Rechtsschein, dass der Klägerin weiterhin ein Übereignungsanspruch zustand. Damit konnte die Klägerin Einfluss auf die Weiterveräußerung nehmen. Die bereits erteilte Löschungsbewilligung steht – entgegen der Auffassung der Klägerin – dem nicht entgegen, denn die Veräußerin durfte im Verhältnis zur Klägerin bis zur Rückzahlung des Kaufpreises davon keinen Gebrauch machen. Die Rückzahlung des Kaufpreises an die Klägerin war zum Zeitpunkt des Erwerbs des Grundstücks durch G und H jedoch noch nicht erfolgt. Sie wurde erst nach dem Abschluss des Kaufvertrags vom 29.06.2017 von den Neuwerberrn G und H im abgekürzten Zahlungsweg durch die Zahlung des Kaufpreises an die Klägerin erbracht. Erst zu diesem Zeitpunkt waren die schuldrechtlichen Voraussetzungen für die Löschung der Auflassungsvormerkung erfüllt.

25 b) Die Klägerin hat den Anschein der ihr verbliebenen Rechtsposition aufgrund der noch nicht gelöschten Auflassungsvormerkung auch im eigenen wirtschaftlichen Interesse verwertet. Das FG ist rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass die Veräußerung der Grundstücke an die Geschäftsführer und mittelbaren Gesellschafter der Klägerin letztlich der Verwirklichung des von der Klägerin betriebenen Bauprojekts diene. Diesbezüglich muss sich die Klägerin als Kapitalgesellschaft das Handeln ihrer Geschäftsführer zurechnen lassen.

(...)

22. Anlaufhemmung der Festsetzungsfrist für den Erlass eines Grunderwerbsteuerbescheids

BFH, Urteil vom 25.04.2023, II R 10/21 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 18.03.2021, 8 K 3173/18 GrE)

AO §§ 163, 169 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 171 Abs. 10, § 227

GrEStG § 1 Abs. 3 Nr. 1, § 17 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, § 18 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, § 20 Abs. 1 Nr. 2 und 3

LEITSATZ:

Bei einer Besteuerung gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG kommt einer Anzeige nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GrEStG oder

nach § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GrEStG jedenfalls dann keine die Anlaufhemmung (§ 170 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 AO) beendende Wirkung für die Feststellungs- und für die Festsetzungsfrist der zu erlassenden Bescheide zu, wenn die nach § 20 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG erforderlichen Angaben in Bezug auf ein Grundstück vollständig fehlen.

23. Keine Identität zwischen einer Erbengemeinschaft und einer aus den Miterben gebildeten GbR

BFH, Urteil vom 19.01.2023, IV R 5/19 (Vorinstanz: FG Köln, Urteil vom 18.12.2018, 8 K 3086/16)

AO § 179 Abs. 2 Satz 2, § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a, § 41 Abs. 1 Satz 1

BGB § 125 Satz 1, § 311b Abs. 1, §§ 705, 2032 Abs. 1, § 2033 Abs. 2, § 2040 Abs. 1

EStG § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 1, Abs. 4 Satz 3 und 4

LEITSÄTZE:

1. Im Verfahren der gesonderten und einheitlichen Feststellung nach § 179 Abs. 2 Satz 2, § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a AO sind eine Erbengemeinschaft und eine aus den Miterben gebildete GbR als jeweils selbstständige Feststellungsobjekte zu behandeln. Bestehen beide Feststellungsobjekte fort, ist für jedes ein eigenständiges Feststellungsverfahren durchzuführen.
2. Ein identitätswahrender Formwechsel einer Erbengemeinschaft in eine GbR ist nach dem UmwG nicht möglich.
3. Der Grundsatz, dass eine Erbengemeinschaft nebeneinander Gewinn- und Überschusseinkünfte erzielen kann, gilt nicht mehr, wenn diese in eine GbR als „andere Personengesellschaft“ i. S. v. § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 EStG überführt wird.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Die Beteiligten streiten über die steuerliche Behandlung von Einnahmen (2008) bzw. Aufwendungen (2009 bis 2012) aus einem Swap-Geschäft in den Streitjahren (2008 bis 2012).

2 Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist die X und Y GbR Grundstücksgemeinschaft. Nach den Feststellungen des FG soll diese aus einer Erbengemeinschaft hervorgegangen sein. Die Gesellschafter der Klägerin, A, B und C, sind Geschwister. Sie erbten zum 01.03.2005 diversen Grundbesitz, u. a. ein Grundstück, auf dem die D-GmbH ihr Hotel betreibt, das Grundstück E-Straße 116 in F-Stadt sowie sämtliche Geschäftsanteile an der D-GmbH. A und C übertrugen ihre Geschäftsanteile an der D-GmbH zum 29.03.2011 auf B. Das FG ist davon ausgegangen, dass zwischen den Beteiligten unstreitig vom Erbanfall bis zu dieser Übertragung eine Betriebsaufspaltung zwischen der Klägerin und der D-GmbH bestanden habe. Nach Übertragung

aller Geschäftsanteile auf B soll nach den Feststellungen des FG die Klägerin ihr Verpächterwahlrecht ausgeübt haben.

3 Die Geschwister erkundigten sich Ende 2006/Anfang 2007 bei der Sparkasse (S) über die Finanzierung des Erwerbs des Erbbaurechts für das Grundstück G-Straße 1 in F-Stadt und den Umbau des aufstehenden Hauses in behindertengerechte Wohnungen sowie die Finanzierung der Bebauung des ererbten Grundstücks E-Straße 116 mit einem Mehrfamilienhaus. Hierzu sind in der vom Beklagten und Revisionskläger (FA) überlassenen Prüferhandakte zwei Angebote der S vom 20.11.2006 und vom 12.01.2007 enthalten. Das Schreiben vom 20.11.2006 beinhaltet unter dem Betreff „Objekt: Kauf (...)“ ein Angebot über ein Darlehen i. H. v. 370.000 € mit einer Laufzeit von 35 Jahren und einem für zehn Jahre festen Zinssatz von 4,55 %. Das Schreiben vom 12.01.2007 beinhaltet unter dem Betreff „Objekt: Kauf (...) und Neubau MFH“ ein Angebot über ein Darlehen in Höhe von 1,2 Mio. Schweizer Franken (CHF) mit einer Laufzeit von 35 Jahren und einem für zehn Jahre festen Zinssatz von 3,919 %. Die Angebote nahmen die Geschwister nicht an.

4 Am 29.01.2007 schlossen die Geschwister (bezeichnet als „in GbR“) mit der S einen Rahmenvertrag für Finanztermingeschäfte. Aufgrund dieses Rahmenvertrags vereinbarten die Geschwister (wiederum bezeichnet als „in GbR“) mit der S am 30.01.2007 einen Zins- und Währungsswap, den die S mit Schreiben vom 31.01.2007 – von A, B und C am 04.02.2007 unterzeichnet – bestätigte. Die Geschwister verpflichteten sich, an die S jeweils quartalsweise bis zum 28.02.2017 einen festen Zinssatz von 3,8 % auf eine Summe von 1,62 Mio. CHF zu zahlen. Die S verpflichtete sich im Gegenzug, an A, B und C „in GbR“ jeweils quartalsweise bis zum 28.02.2017 einen grundsätzlich an der Euribor Interest Settlement Rate für Dreimonatsgelder orientierten variablen Zinssatz auf einen Betrag von 1 Mio. € zu zahlen. Zudem vereinbarten die Vertragsparteien, am 28.02.2017 – also zum Ende der Swap-Laufzeit – einen Kapitaltausch dergestalt vorzunehmen, dass A, B und C „in GbR“ 1,62 Mio. CHF an die S und die S 1 Mio. € an die Geschwister zahlen.

5 Am 31.08.2007 nahmen die Geschwister (bezeichnet als „in Erbengemeinschaft“) bei der S ein Darlehen über 750.000 € mit einem an der Euribor Interest Settlement Rate für Dreimonatsgelder orientierten variablen Zinssatz von zunächst 5,291 % auf. Als Laufzeit ist dort der 28.02.2017 vorgedruckt, wobei die 2017 handschriftlich gestrichen und eine 2042 handschriftlich ergänzt ist. In einer Neuausfertigung des Darlehensvertrags vom 17.09.2007 (Datum auf dem Vertrag) bzw. 20.09.2007 (Datum der Unterzeichnung) ist die Laufzeit mit 28.02.2017 aufgeführt und der handschriftliche Zusatz „wegen irrtümlicher handschriftlicher Änderung im Befristungsdatum“ wieder herausgenommen. Als Darlehenszweck ist die „Finanzierung des Baus eines Mehrfamilienhauses mit 6 Wohneinheiten und Stellplätzen auf dem Baugrundstück (...) / E-Straße (...)“ angegeben.

6 Mit Kauf- und Erbbaurechtsvertrag vom 17.04.2008 erwarben die Geschwister jeweils zu $\frac{1}{3}$ das Erbbaurecht an dem Grundstück G-Straße 1.

7 Am 31.10.2009 sowie am 05.08.2010 nahmen die Geschwister (bezeichnet als „in Erbengemeinschaft“) zwei weitere Darlehen bei der S über jeweils 125.000 € auf.

8 Die Klägerin erklärte zunächst für 2008 und 2009 Mieteinnahmen aus diversem Grundbesitz und ordnete die unter Abzug von Werbungskosten errechneten Überschüsse teilweise den Einkünften aus Gewerbebetrieb und teilweise den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu. Unter anderem erklärte sie Überschüsse der Werbungskosten über die Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung eines zum 01.01.2008 neu angeschafften Grundstücks G-Straße 1 („betreutes Wohnen“) sowie eines „im Bau befindlichen“ Objekts E-Straße 116.

9 Das FA folgte den Erklärungen für 2008 und 2009 zunächst weitgehend und stellte die Besteuerungsgrundlagen unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gesondert und einheitlich fest.

10 Aufgrund einer Prüfungsanordnung vom 23.10.2013 führte das FA eine steuerliche Außenprüfung betreffend die Jahre 2008 und 2009 bei der Klägerin durch. Die Prüferin hielt ihre Feststellungen zunächst in ihrem Prüfungsbericht vom 26.11.2014 fest. Hinsichtlich des noch streitigen Zins- und Währungsswaps führte sie in Rdnr. 2.10 aus, der Zins- und Währungsswap sei als Termingeschäft i. S. d. § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG einzuordnen. Das Swap-Geschäft sei nicht den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zuzurechnen, da kein unmittelbarer wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Zins- und Währungsswap und Darlehensvertrag vorliege. Der Darlehensvertrag sei erst sieben Monate nach dem Swap-Geschäft abgeschlossen worden und weder die Beträge noch die Personen stimmten überein (Swap 1 Mio. €, „in GbR“/Darlehen 750.000 €, „in Erbengemeinschaft“). Sie führte folgende Einkünfte aus Termingeschäften i. S. d. § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG auf:

	2008 €	2009 €
Zinsgutschriften	57.232,92	29.275,13
Zinsbelastungen	50.487,36	40.754,45
	6.745,56	./ 11.479,32
Rücktrag	6.745,56	6.745,56
Verbleibender Betrag		./ 4.733,76

11 Auf der Grundlage einer zwischenzeitlich eingereichten Feststellungserklärung 2010 stellte das FA die während der laufenden Betriebsprüfung geschätzten Besteuerungsgrundlagen 2010 mit Bescheid vom 30.12.2014 geändert fest. Mangels Abgabe von Steuererklärungen stellte das FA die Besteuerungsgrundlagen der Klägerin mit Bescheiden vom 30.12.2014 für die Jahre 2011 und 2012 in geschätzter Höhe und unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gesondert und einheitlich fest.

12 Gegen die Feststellungsbescheide für 2010 bis 2012 legte die Klägerin Einspruch ein und reichte im Einspruchsverfahren Feststellungserklärungen für 2011 und 2012 nach.

Einnahmen aus den Objekten G-Straße 1 und E-Straße 116 erklärte die Klägerin erstmals für 2011. Aus dem Swap erklärte die Klägerin insgesamt folgende Salden aus Einzahlungen und Auszahlungen:

2010:	./ 34.391,90 €
2011:	./ 31.053,27 €
2012:	./ 35.641,72 €

13 Aufgrund zwischenzeitlichen Schriftverkehrs und des Ergebnisses einer am 24.09.2015 durchgeführten Schlussbesprechung erstellte die Prüferin einen geänderten Prüfungsbericht vom 29.09.2015, der hinsichtlich des Swaps jedoch unverändert blieb. In dem Bericht ordnete die Prüferin die Einkünfte aus dem Objekt E-Straße 116 den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung (Rdnr. 2.12 des geänderten Prüfungsberichts) und die Einkünfte aus dem Objekt G-Straße 1 unter Anwendung von § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG (Abfärbetheorie, Rdnr. 2.7 des geänderten Prüfungsberichts) den Einkünften aus Gewerbebetrieb zu.

14 Das FA schloss sich den Ausführungen der Prüferin an und erließ mit Datum vom 09.10.2015 geänderte Feststellungsbescheide für 2008 und 2009. Auch hiergegen legte die Klägerin Einspruch ein.

15 Im weiteren Verlauf der Einspruchsverfahren erließ das FA mit Datum vom 18.07.2016 geänderte Feststellungsbescheide 2010 bis 2012. Dabei wich es – soweit hier noch relevant – dahin gehend von den Erklärungen ab, dass es die Aufwendungen aus dem Swap-Geschäft – entsprechend den Ausführungen der Prüferin in ihrem Prüfungsbericht vom 26.11.2014 für die Streitjahre 2008 und 2009 – insgesamt den Betriebsausgaben zuordnete und diese gemäß § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG im Ergebnis nicht zum Abzug zuließ.

16 Mit Einspruchsentscheidung vom 25.10.2016 wies das FA die Einsprüche als unbegründet zurück und hob die Vorbehalte der Nachprüfung auf. Es vertrat u. a. die Ansicht, das Zins- und Währungsswap-Geschäft sei den gewerblichen Einkünften der Klägerin zuzuordnen und unterliege der Verlustausgleichsbeschränkung des § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG, weil es zeitlich und unter Berücksichtigung der vereinbarten Konditionen in keinem Sicherungszusammenhang mit den abgeschlossenen Darlehensverträgen stehe.

17 Die nachfolgende Klage hatte Erfolg. Mit Urteil vom 18.12.2018, 8 K 3086/16 änderte das FG unter Aufhebung der Einspruchsentscheidung vom 25.10.2016 die Bescheide über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für 2008 und 2009 vom 09.10.2015 und für 2010 bis 2012 vom 18.07.2016 antragsgemäß dahin, dass die Einkünfte aus Gewerbebetrieb 2008 auf 40.052,79 € und die Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung wie folgt festgestellt werden: 2008: ./ 11.931 €; 2009: ./ 18.695 €; 2010: ./ 2.307 €; 2011: 22.307 €; 2012: 17.265 €. Zudem hob das FG die Feststellungen hinsichtlich der positiven Einkünfte aus Termingeschäften i. S. d. § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG für das Streitjahr 2008 sowie hinsichtlich der negativen Einkünfte aus Termingeschäften i. S. d. § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG für die Streitjahre 2009 bis 2012 auf.

18 Zur Begründung führte das FG u. a. aus, das FA sei zwar zu Recht davon ausgegangen, dass die Einkünfte der Klägerin aus dem Objekt E-Straße 116 den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zuzuordnen seien. Bei einer Erbengemeinschaft beschränke sich die gewerbliche Betätigung der Miterben grundsätzlich auf den zum Nachlass gehörenden Betrieb. Auch wenn die Klägerin mit der Vermietung eines anderen Grundstücks an die D-GmbH aus einer Betriebsaufspaltung bzw. Betriebsverpachtung in sämtlichen Streitjahren auch gewerbliche Einkünfte erzielt habe, habe dies keine Auswirkungen auf die Zuordnung der aus dem Mehrfamilienhaus E-Straße 116 erzielten Einkünfte, denn dieses Grundstück sei nicht Bestandteil des zum Nachlass gehörenden Betriebs der Betriebsaufspaltung gewesen. Die Abfärbetheorie des § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 EStG sei im Streitfall nicht anwendbar. Zu Unrecht habe das FA die Einnahmen und Aufwendungen aus dem Zins- und Währungsswap den Einkünften aus Gewerbebetrieb zugeordnet, denn diese seien den aus dem Grundstück E-Straße 116 erzielten Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zuzuordnen, wo sie keiner Abzugsbeschränkung unterlägen. Der Swap sei sowohl subjektiv dazu bestimmt als auch objektiv dazu geeignet gewesen, das Zinsänderungsrisiko aus dem bereits geplanten und am 31.8.2007 aufgenommenen Darlehen i. H. v. 750.000 € abzusichern.

19 Mit seiner Revision rügt das FA die Verletzung materiellen Rechts. Es trägt u. a. vor, die Klägerin habe sich als „X und Y GbR Grundstücksgemeinschaft“ bereits 1994 konstituiert und werde beim FA seit 2003 geführt. Seit dieser Zeit seien die Geschwister A, B und C – soweit ersichtlich – zu gleichen Teilen Gesellschafter der Klägerin. Zum 01.03.2005 hätten die Geschwister ebenfalls zu gleichen Teilen diversen Grundbesitz geerbt. Mit Erbanfall habe die Erbengemeinschaft aus einer Betriebsverpachtung Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt. Unmittelbar nach Erbanfall, jedenfalls aber ab 2008, hätten die Geschwister sämtliche Einkünfte einheitlich unter der Steuernummer der Klägerin (GbR) erklärt. Zwar sei die Betriebsaufspaltung zum 29.03.2011 beendet worden, gleichwohl erziele die Klägerin weiterhin, jedenfalls aber bis einschließlich 2012, Einkünfte aus Gewerbebetrieb, weil das Verpächterwahlrecht ausgeübt worden sei. Die Einnahmen und Aufwendungen der Klägerin aus dem Zins- und Währungsswap seien den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuzuordnen, weil die bestehende Betriebsaufspaltung auf diese gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG abfärbe. Dort unterliege ein Verlust aus dem Swap der Abzugsbeschränkung nach § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG.

20 Soweit bei einer Erbengemeinschaft die Abfärbewirkung nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG nur eintrete, wie diese Betriebsvermögen geerbt habe, gelte diese Privilegierung nur, solange sich die Erbengemeinschaft nicht auseinandergesetzt habe. Dies gelte auch, wenn sich eine Erbengemeinschaft faktisch dahin gehend auseinandersetze, dass sie auf unbestimmte Zeit das ererbte Vermögen insgesamt (also auch das Privatvermögen) über dasjenige hinaus „verwalte“, was zu dessen Erhaltung erforderlich sei. Hierin sei ein gemeinsamer Zweck der Miterben zu erblicken, der über den Zweck der Abwicklung der Erbengemeinschaft hinausgehe und hierdurch zu einer zumindest konkluden-

ten Gründung einer GbR führe, an der die ehemaligen Miterben entsprechend ihrer Erbquote als Gesellschafter beteiligt seien. Das FG sei hingegen fälschlich von einer ungeteilten Erbengemeinschaft ausgegangen. Denn dessen Feststellungen könnten nur dahin verstanden werden, dass die durch den Erbanfall 2005 von Gesetzes wegen entstandene Erbengemeinschaft der Geschwister durch gemeinschaftlichen Willensakt in die vorhandene GbR überführt und insoweit bereits im streitgegenständlichen Zeitraum von 2008 bis 2012 geteilt gewesen sei. Zumindest sei eine Auseinandersetzung faktisch dadurch erfolgt, dass die Geschwister das ererbte Vermögen aus der Erbengemeinschaft (unentgeltlich) in die bestehende Personengesellschaft überführt hätten, um auch das ererbte (Betriebs- und Privat-)Vermögen fortzuführen und mit Gewinnerzielungsabsicht weiter zu verwalten bzw. zu vermehren. Sämtliche Einkünfte der Klägerin würden daher durch die gewerblichen Einkünfte aus der Betriebsaufspaltung – die auch keine gewerbliche Tätigkeit von nur untergeordneter Bedeutung darstelle – gewerblich „gefärbt“.

21 Sei die Tätigkeit der Klägerin gemäß § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG in vollem Umfang als Gewerbebetrieb anzusehen, greife im Streitfall auch die Abzugsbeschränkung nach § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG, die nur für Verluste aus Termingeschäften gelte, die dem betrieblichen Bereich zuzuordnen seien.

22 Bei dem im Streitfall vorliegenden kombinierten Zins- und Währungsswap handele es sich um ein Termingeschäft i. S. v. § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG, welches nicht ausschließlich Sicherungszwecken diene, sondern zusätzlich eine Spekulationskomponente aufweise und deswegen insgesamt der Abzugsbeschränkung unterliege. Zwar möge das Termingeschäft – soweit es die Zinskomponente betreffe – sowohl subjektiv dazu bestimmt als auch objektiv dazu geeignet gewesen sein, das aufgenommene Darlehen abzusichern, jedoch sei die zusätzliche Aufnahme einer Währungskomponente im Hinblick auf das Vorliegen eines Sicherungsgeschäfts (§ 15 Abs. 4 Satz 4 Alt. 2 EStG) schädlich. Dies zeige auch der Umstand, dass es mit der S zum Streit über eine ordnungsgemäße Beratung hinsichtlich des hohen Wechselkursrisikos gekommen sei. Aus Sicht der S sei es die Absicht der Klägerin gewesen, neben der Absicherung des Zinsgefälle zwischen den Zinsen in der Bundesrepublik Deutschland und den Zinsen in der Schweiz zu nutzen und von einer möglichen Abwertung des Schweizer Franken gegenüber dem Euro zu profitieren.

23 Das FA beantragt,

das vorinstanzliche Urteil aufzuheben und die Klage abzuweisen.

24 Die Klägerin beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

25 Sie trägt u. a. vor, soweit das FA angebe, sie – die Klägerin – habe sich als GbR bereits 1994 konstituiert, handele es sich um neuen Tatsachenvortrag. Ihre Gesellschafter hätten sich nie einen Gesellschaftsvertrag gegeben und sich auch nicht als Gesellschaft gefühlt. Ihr Wille sei allein darauf gerichtet gewesen, das ererbte Unternehmen in geschwis-

terlicher Verbundenheit im Sinne ihrer Eltern zu verwalten und fortzuführen. Bis heute wickelten sie ihren gesamten geschäftlichen und privaten Zahlungsverkehr über ein einziges Bankkonto ab.

26 Zutreffend sei das FG davon ausgegangen, dass die mit der Vermietung des Objekts E-Straße 116 erzielten Einkünfte solche aus Vermietung und Verpachtung seien. Erstmals mit der Revisionsbegründung bemühe das FA die Rechtsfigur einer (faktischen) Erbaueinandersetzung, um den Sachverhalt dem Anwendungsbereich der Abfärberegelung nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG zu unterwerfen. Eine Erbaueinandersetzung in diesem Sinne habe nicht stattgefunden. Dagegen spreche bereits der Umstand, dass die „Kläger“ – sinngemäß die Geschwister – die Finanzierungsdarlehen für das Objekt E-Straße 116 sämtlich „in Erbengemeinschaft“ aufgenommen hätten. Dies zeige, dass sich die Miterben jedenfalls in Ansehung dieses Objekts nicht auseinandergesetzt hätten. Ursprünglich habe die Klägerin ausschließlich Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erklärt, weil sie ihre gesamte Tätigkeit als Vermögensverwaltung betrachtet habe. Erstmals mit Schreiben vom 12.10.2004 – also noch vor dem Erbanfall im Jahr 2005 – habe das FA die Klägerin im Zusammenhang mit der Feststellung der Einkünfte 2002 und 2003 darauf hingewiesen, dass aufgrund der Vermietung an die D-GmbH eine Betriebsaufspaltung und damit Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorlägen. Zugleich habe es darauf hingewiesen, dass mit der Vermietung der Wohnungen weiterhin Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt würden. Als juristische Laien hätten die Gesellschafter der Klägerin keine Veranlassung gesehen, von sich aus getrennte Erklärungen abzugeben oder die Erteilung einer weiteren Steuernummer für die Erbengemeinschaft zu beantragen. Ausgehend davon, dass die Einkünfte aus der Vermietung des Mehrfamilienhauses E-Straße 116 nicht in den Anwendungsbereich der Abfärberegelung fielen, sondern solche aus Vermietung und Verpachtung seien, stelle sich die Frage, ob die Aufwendungen, die der Klägerin durch die Wechselkursänderungen entstanden seien, unter den Werbungskostenbegriff zu subsumieren seien. Dies habe das FG zutreffend bejaht. Ein Veranlassungszusammenhang sei zu bejahen, weil der Zins- und Währungsswap nach den Feststellungen des FG zur Finanzierung des Objekts E-Straße 116 abgeschlossen worden sei. Dem stehe auch nicht entgegen, dass dem Swap mit der in ihm enthaltenen Währungskomponente ein „hochspekulatives Element“ beigefügt gewesen sei. Dass sie ein erhebliches Wechselkursrisiko eingingen, sei den Gesellschaftern der Klägerin nicht bewusst gewesen.

27 Zur Begründung ihres gegen den Gerichtsbescheid des Senats vom 29.09.2022 gerichteten Antrags auf mündliche Verhandlung hat die Klägerin vorgetragen, aus den Grundbüchern ergebe sich, dass neben einer vom erkennenden Senat für möglich gehaltenen Erbengemeinschaft auch eine Bruchteilsgemeinschaft bestehe.

28 II. Die Revision des FA ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).

29 I. Gegenstand des Verfahrens sind neben den in den angefochtenen Feststellungsbescheiden getroffenen Feststellungen zur Höhe eines laufenden Gesamthandsgewinns 2008 bei den Einkünften aus Gewerbebetrieb sowie zur Höhe eines Überschusses 2008 bis 2012 bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung auch die Feststellungen, nach denen in den festgestellten gewerblichen Einkünften (positive – 2008 – oder negative – 2009 bis 2012 –) Einkünfte aus Termingeschäften i. S. d. § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG enthalten (2008) bzw. nicht enthalten (2009 bis 2012) sind.

30 1. Nach ständiger Rechtsprechung des BFH kann ein Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen nach §§ 179, 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a AO eine Vielzahl selbstständiger und damit auch selbstständig anfechtbarer Feststellungen enthalten, die eigenständig in Bestandskraft erwachsen. Solche selbstständigen Feststellungen sind insbesondere die Qualifikation der Einkünfte, das Bestehen einer Mitunternehmerschaft und wer an ihr beteiligt ist, die Höhe des laufenden Gesamthandsgewinns sowie dessen Verteilung auf die Mitunternehmer und die Höhe eines Sondergewinns bzw. einer Sondervergütung (zum Beispiel BFH-Urteile vom 01.10.2020, IV R 4/18, BFHE 271, 154 Rdnr. 25 m. w. N.; vom 29.09.2022, IV R 18/19, zur amtlichen Veröffentlichung bestimmt, Rdnr. 14).

31 2. Ob und in welcher Höhe in den gewerblichen Einkünften einer Personengesellschaft – hier einer GbR als „anderer Personengesellschaft“ i. S. v. § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG (zum Beispiel BFH, Urteil vom 28.09.2017, IV R 50/15, BFHE 259, 341 = BStBl. II 2018, S. 89 Rdnr. 19 m. w. N.) – (positive oder negative) Einkünfte aus Termingeschäften i. S. d. § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG enthalten sind und wie sich diese auf die Gesellschafter verteilen, ist gemäß § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 20 lit. a AO ebenfalls im Verfahren der gesonderten und einheitlichen Feststellung zu entscheiden. Es handelt sich um eine mit der gesonderten Feststellung der gewerblichen Einkünfte im Zusammenhang stehende Besteuerungsgrundlage. Die Entscheidung über die daran geknüpften Rechtsfolgen – bei Verlusten insbesondere die Versagung des vertikalen Verlustausgleichs – ist hingegen erst bei den Einkommensteuerveranlagungen der Gesellschafter zu treffen (vgl. BFH, Urteil vom 28.04.2016, IV R 20/13, BFHE 253, 260 = BStBl. II 2016, S. 739 Rdnr. 8 m. w. N.). Der erkennende Senat hat in seinem Urteil in BFHE 253, 260 = BStBl. II 2016, S. 739 Rdnr. 8 ausgeführt, dass für den Fall, dass in den gewerblichen Einkünften einer Personengesellschaft (positive oder negative) Einkünfte aus Termingeschäften i. S. d. § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG enthalten sind, in dem Feststellungsbescheid zunächst die gewerblichen Einkünfte (einschließlich der Einkünfte aus Termingeschäften i. S. d. § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG) und deren Verteilung auf die einzelnen Gesellschafter als selbstständige Besteuerungsgrundlagen festzustellen seien. Daneben seien als weitere selbstständige Besteuerungsgrundlagen die in den festgestellten gewerblichen Einkünften enthaltenen (positiven oder negativen) Einkünfte aus Termingeschäften i. S. d. § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG und deren Verteilung auf die Gesellschafter gesondert festzustellen. Im Fall von festzustellenden

negativen Einkünften aus Termingeschäften hat der Senat indes keine Bedenken, die Feststellung der beiden selbstständigen Besteuerungsgrundlagen (gewerbliche Einkünfte sowie die darin enthaltenen Einkünfte aus Termingeschäften i. S. d. § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG) auch in der Weise zu treffen, dass die Einkünfte aus Gewerbebetrieb ohne die negativen Einkünfte aus Termingeschäften festgestellt werden und des Weiteren die negativen Einkünfte aus Termingeschäften mit dem Zusatz, dass diese in den zuvor festgestellten gewerblichen Einkünften nicht enthalten sind. Denn diese Darstellungsweise spiegelt wider, dass negative Einkünfte aus Termingeschäften nach § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG (u. a.) nicht mit anderen (positiven) Einkünften aus Gewerbebetrieb ausgeglichen werden dürfen. Zudem werden auch bei einer solchen Darstellung die Besteuerungsgrundlagen rechnerisch nachvollziehbar festgestellt. Soweit dem BFH-Urteil in BFHE 253, 260 = BStBl. II 2016, S. 739 Rdnr. 10 etwas anderes zu entnehmen sein sollte, hält der Senat daran nicht mehr fest. Sowohl der Feststellung der gewerblichen Einkünfte als auch der Feststellung der Einkünfte aus Termingeschäften i. S. d. § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG kommt bindende Wirkung für die nachfolgende Veranlagung des einzelnen Gesellschafter zu (BFH-Urteil in BFHE 253, 260 = BStBl. II 2016, S. 739 Rdnr. 8).

32 3. a) Das FA hat für 2008 die gewerblichen Einkünfte der Klägerin (sinngemäß einen laufenden Gesamthandsgewinn) betragsmäßig einschließlich positiver Einkünfte aus Termingeschäften festgestellt und darüber hinaus, dass in den gewerblichen Einkünften der Klägerin – genau bezifferte – positive Einkünfte aus Termingeschäften i. S. d. § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG enthalten sind. Insoweit hat die Klägerin vor dem FG beantragt, die festgestellten Einkünfte aus Gewerbebetrieb um die positiven Einkünfte aus Termingeschäften zu mindern. Damit ist (auch) die Höhe des laufenden Gesamthandsgewinns bei den Einkünften aus Gewerbebetrieb 2008 als selbstständige Feststellung angefochten.

33 b) Für die anderen Streitjahre hat das FA gewerbliche Einkünfte der Klägerin betragsmäßig ohne negative Einkünfte aus Termingeschäften festgestellt und darüber hinaus, dass in den gewerblichen Einkünften der Klägerin – jeweils genau bezifferte – negative Einkünfte aus Termingeschäften nicht enthalten sind. Der erkennende Senat ist in seinem Urteil in BFHE 253, 260 = BStBl. II 2016, S. 739 Rdnr. 10 f. in einer solchen Situation davon ausgegangen, dass nicht die Höhe der gewerblichen Einkünfte angefochten sei, weil von der Feststellung gewerblicher Einkünfte der Höhe nach (richtigerweise) einschließlich der darin enthaltenen negativen Einkünfte aus Termingeschäften i. S. d. § 15 Abs. 4 Satz 3 EStG auszugehen sei. Ungeachtet der Frage, ob daran nach den vorgenannten Maßstäben festzuhalten ist, greift diese Überlegung im Streitfall schon deshalb nicht, weil vom FA neben Einkünften aus Gewerbebetrieb auch Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung festgestellt worden sind und von der Klägerin die Berücksichtigung des streitbefangenen Termingeschäfts betragsmäßig bei letztgenannter Einkunftsart begehrt wird (für 2008 unter gleichzeitiger Minderung der Einkünfte aus Gewerbebetrieb und Erhöhung der Einkünfte aus Vermietung und Ver-

pachtung, für 2009 bis 2012 unter Minderung der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung). Insoweit ist im Streitfall davon auszugehen, dass für die Streitjahre 2009 bis 2012 die Höhe der Einkünfte aus Gewerbebetrieb (jeweils der Betrag ohne negative Einkünfte aus Termingeschäften) nicht im Streit steht, stattdessen jedoch die Höhe eines Überschusses i. S. v. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung als jeweils selbstständige Feststellung angefochten ist.

34 c) Darüber hinaus ist als weitere selbstständige Besteuerungsgrundlage für alle Streitjahre die Feststellung der (positiven oder negativen) Einkünfte aus Termingeschäften i. S. d. § 15 Abs. 4 EStG Gegenstand des Verfahrens.

35 d) Nicht Gegenstand des Verfahrens sind hingegen die weiteren jeweils selbstständigen Feststellungen des Bestehens einer Mitunternehmerschaft in Gestalt einer GbR und wer an dieser beteiligt ist. Die streitbefangenen Feststellungsbescheide enthalten die Feststellungen, dass die Klägerin (GbR) als eigenständige Mitunternehmerschaft besteht und an dieser die Geschwister A, B und C als Gesellschafter beteiligt sind. Diese Feststellungen hat die Klägerin nicht angefochten. Deshalb sind die diesbezüglichen Feststellungen bestandskräftig. Ungeachtet dessen, dass es sich bei dem auf Grundbucheinträge bezogenen Vorbringen der Klägerin in der mündlichen Verhandlung um neuen und deshalb im Revisionsverfahren nicht berücksichtigungsfähigen Tatsachenvortrag handelt (vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 15.12.2021, XI R 31/21 (XI R 6/18), Rdnr. 22 m. w. N.), kann die Klägerin deshalb mit ihrem Hinweis auf das mögliche Bestehen einer Bruchteilsgemeinschaft nicht mehr – wie sie möglicherweise meint – die Feststellung des Bestehens einer Mitunternehmerschaft in Gestalt einer GbR und der daran beteiligten Gesellschafter anfechten.

36 II. Der Senat vermag aufgrund der bisherigen tatsächlichen Feststellungen des FG nicht zu entscheiden, ob bzw. inwieweit die streitbefangenen Feststellungen für das „richtige“ Feststellungssubjekt getroffen worden sind (B. II. 1.). Denn das FG hat nicht näher untersucht, ob bzw. in welchen Streitjahren zwei eigenständige Feststellungssubjekte, nämlich die Klägerin als GbR und eine Erbengemeinschaft, bestehend jeweils aus denselben natürlichen Personen (den Geschwistern A, B und C) als Gesellschafter bzw. als Miterben, existiert haben oder ob für alle Streitjahre nur von einem Feststellungssubjekt, nämlich der Klägerin, auszugehen ist. Je nach Beantwortung dieser Frage ergeben sich im Streitfall unterschiedliche steuerliche Folgerungen (B. II. 2.). Das Urteil des FG war deshalb aufzuheben.

37 1. Das FG hat einerseits festgestellt, dass die Geschwister A, B und C zum 01.03.2005 „diversen“ Grundbesitz, u. a. ein Grundstück, auf dem die D-GmbH ihr Hotel betreibt, und das Grundstück E-Straße 116 in F-Stadt sowie sämtliche Geschäftsanteile an der D-GmbH geerbt hätten. In der Folgezeit haben die Geschwister A, B und C nach den Feststellungen des FG „in Erbengemeinschaft“ u. a. verschiedene Darlehen aufgenommen, in den Streitjahren zuletzt im Jahr 2010. Andererseits hat das FG festgestellt, dass die Klägerin als GbR, in den Streitjahren bestehend aus den

Gesellschaftern A, B und C, aus einer Erbengemeinschaft „hervorgegangen“ sei. Allein diese Feststellungen tragen nicht die – teilweise unter Anwendung der für eine Erbengemeinschaft gültigen Maßstäbe getroffene – sinngemäße Würdigung des FG, dass sämtliche streitbefangenen Feststellungen allein für die Klägerin (GbR) als „richtiges“ Feststellungssubjekt zu treffen seien.

38 a) Hinterlässt der Erblasser mehrere Erben, so wird der Nachlass gemeinschaftliches Vermögen der Erben (§ 2032 Abs. 1 BGB). Die Erbengemeinschaft ist zwar wie zum Beispiel die GbR (§§ 705 ff. BGB) eine Gesamthandsgemeinschaft. Sie ist gekennzeichnet durch die Bildung eines gemeinsamen Sondervermögens, das dem Gesamthandszweck gewidmet und rechtlich vom Privatvermögen der Gesamthänder derart getrennt ist, dass diese über die einzelnen Gegenstände ihres Sondervermögens nur gemeinsam „zur gesamten Hand“ verfügen können (§ 2040 Abs. 1 BGB), während jedem Einzelnen die Verfügung über seinen Anteil an den einzelnen Gegenständen verwehrt ist (§ 2033 Abs. 2 BGB; Erman/Bayer, BGB, 16. Aufl., Vor § 2032 Rdnr. 3). Sie beruht jedoch nicht auf einem freien Willensentschluss der Miterben, sondern auf gesetzlicher Erbfolgeordnung, dem Entschluss des Erblassers oder beidem. Sie ist keine verbundene Gemeinschaft, sondern erreicht ihren Zweck schon dadurch, dass sie das Vermögen zur Befriedigung der Nachlassgläubiger und zum besten Nutzen der Miterben erhält (Erman/Bayer, BGB, Vor § 2032 Rdnr. 5). Insoweit lässt sich die Erbengemeinschaft im Gegensatz zu einer Personengesellschaft, die auf Willensübereinstimmung beruht und einen gemeinsamen Zweck verfolgt, auch als Zufallsgemeinschaft auf gesetzlicher Grundlage verstehen, der ein gemeinsamer Zweck fehlt (vgl. BFH, Urteil vom 13.11.1974, II R 26/74, BFHE 114, 288 = BStBl. II 1975, S. 249). Anders als Personengesellschaften, die, abgesehen von Gelegenheitsgesellschaften, grundsätzlich auf Dauer ausgelegt sind, ist die Erbengemeinschaft von vornherein auf ihre Beendigung durch Erbaueinandersetzung angelegt (vgl. BFH-Urteile in BFHE 114, 288 = BStBl. II 1975, S. 249; vom 21.12.2021, IV R 13/19, Rdnr. 20). Dabei können sich die Miterben auch dahin gehend auseinandersetzen, dass sie zukünftig im Rahmen einer Personengesellschaft einen gemeinsamen Zweck verfolgen wollen (BFH-Urteil in BFHE 114, 288 = BStBl. II 1975, S. 249); die Auseinandersetzung kann dann in der Weise erfolgen, dass die Erbengemeinschaft (notwendig im Wege der Einzelrechtsübertragung) den gesamten Nachlass in Bruchteilseigentum einer von den (bisherigen) Miterben gebildeten GbR überträgt (jurisPK-BGB/Otto, Aufl. 2020, § 2032 Rdnr. 23 m. w. N.; vgl. auch Tamoj/Schiemann, ErbR 2018, 124, 126). Ein identitätswahrender Formwechsel einer Erbengemeinschaft in eine GbR nach dem UmwG ist allerdings nach wohl überwiegender Meinung, der sich der erkennende Senat anschließt, nicht möglich (vgl. BFH-Urteil in BFHE 114, 288 = BStBl. II 1975, S. 249; Urteil des LG Rottweil vom 14.08.2015, 2 O 267/14, ErbR 2017, 283, unter 1. b) cc) (2) Rdnr. 51 ff.; Tamoj/Schiemann, ErbR 2018, 124, 126). Eine Identität zwischen einer Erbengemeinschaft und der aus den Miterben gebildeten GbR ist folglich nicht gegeben (so auch BFH-Urteil in BFHE 114, 288 = BStBl. II 1975, S. 249 m. w. N.; Urteil

des LG Rottweil in ErbR 2017, 283 unter 1. b) cc) (2) Rdnr. 51 ff.). Sind alle Erbteile auf eine durch die Miterben gebildete Personengesellschaft übergegangen, so ist die Erbengemeinschaft beendet (vgl. BFH-Urteil in BFHE 114, 288 = BStBl. II 1975, S. 249).

39 b) Kommt nach den vorgenannten Maßstäben nur eine „Umwandlung“ der Erbengemeinschaft in eine GbR im Wege der Einzelrechtsnachfolge, d. h. durch Gründung der Gesellschaft und Einlageleistung in Betracht und gehören – wie hier – zum Gesamthandsvermögen der Erbengemeinschaft ein oder mehrere Grundstücke, so kann sich eine solche „Umwandlung“ insbesondere aus folgenden Umständen ergeben, zu denen das FG jedoch keine Feststellungen getroffen hat.

40 aa) Es muss der gemeinsame Wille der Miterben ersichtlich sein, sich zum Zwecke des Haltens und Verwaltens eines oder mehrerer Grundstücke als Gesellschaft zusammenzuschließen (vgl. Urteil des LG Rottweil in ErbR 2017, 283 unter 1. b) cc) (3) (a) Rdnr. 57 f. m. w. N.). Soweit die Klägerin als GbR nach den bisherigen Feststellungen des FG aus einer Erbengemeinschaft „hervorgegangen“ ist, könnte dieser Wille im Streitfall in einem neuen Gesellschaftsvertrag zum Ausdruck gebracht worden sein. Soweit die Klägerin nach dem neuen und damit für den BFH unbeachtlichen Tatsachenvortrag des FA im Revisionsverfahren schon seit Jahren und jedenfalls in den Streitjahren mit den Geschwistern A, B und C als Gesellschaftern bereits bestanden hat, käme auch eine entsprechende Änderung oder Ergänzung eines bestehenden Gesellschaftsvertrags in Betracht. Soweit die Klägerin im Revisionsverfahren vorgetragen hat, ihre Gesellschafter hätten sich nie einen Gesellschaftsvertrag gegeben und sich auch nicht als Gesellschaft gefühlt und der Wille ihrer Gesellschafter sei allein darauf gerichtet gewesen, das ererbte Unternehmen in geschwisterlicher Verbundenheit im Sinne ihrer Eltern zu verwalten und fortzuführen, könnte dies dafür sprechen, dass es an der erforderlichen gesellschaftsvertraglichen Bestimmung fehlt. Dabei könnte zudem der Umstand, dass die Geschwister auch noch bei der Darlehensaufnahme im Jahr 2010 „in Erbengemeinschaft“ aufgetreten sind, die Annahme einer fehlenden gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung und nicht erfolgten Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft stützen, zumal es den Miterben unbenommen bleibt, die Erbengemeinschaft zeitlich unbeschränkt fortzuführen (vgl. auch Urteil des LG Rottweil in ErbR 2017, 283 unter 1. b) cc) (3) (a) Rdnr. 57 f.).

41 bb) Da auch mit der Verpflichtung der Miterben, den erbengemeinschaftlichen Grundbesitz in eine unter ihnen zu bildende Gesellschaft zu überführen, eine Änderung der Eigentumszuordnung verbunden wäre (vgl. Urteil des LG Rottweil in ErbR 2017, 283 unter 1. b) cc) (3) (b) Rdnr. 59 m. w. N.; Grüneberg/Grüneberg, 82. Aufl., § 311b Rdnr. 8), bedarf ein entsprechender Gesellschaftsvertrag gemäß § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB auch notarieller Beurkundung (so im Ergebnis auch Jauernig/Stadler, BGB, 18. Aufl., § 311b Rdnr. 23) und ist ohne eine solche Beurkundung gemäß § 125 Satz 1 BGB formnichtig. Sollte danach ein von den Miterben (Geschwistern) ggf. abgeschlossener Gesellschafts-

vertrag zivilrechtlich unwirksam sein, wäre unter Berücksichtigung der bei Verträgen zwischen nahen Angehörigen anzuwendenden Rechtsprechungsgrundsätze zu prüfen, ob der Gesellschaftsvertrag gleichwohl der Besteuerung zugrunde gelegt werden könnte; unter Umständen könnte in diesem Zusammenhang auch die Vorschrift des § 41 Abs. 1 Satz 1 AO zu beachten sein (vgl. zum Ganzen zum Beispiel Schmidt/Wacker, EStG, 41. Aufl., § 15 Rdnr. 747 f.).

42 cc) Bei einer GbR steht nach der neueren Rechtsprechung des BGH (BGH) materiellrechtlich das Eigentum an einer zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Liegenschaft nicht den Gesellschaftern, sondern der Gesellschaft selbst zu (BGH, Urteil vom 25.09.2006, II ZR 218/05, unter I. 2. Rdnr. 10 m. w. N.). Eine GbR kann auch unter der Bezeichnung in das Grundbuch eingetragen werden, die ihre Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag für sie vorgesehen haben; einer zusätzlichen Eintragung ihrer Gesellschafter bedarf es nicht (ausführlich BGH, Beschluss vom 04.12.2008, V ZB 74/08, BGHZ 179, 102 unter IV. 2. und IV. 3. e) dd) (2) Rdnr. 8 ff., 20). Deshalb könnte ein weiteres Indiz für die Beendigung der Erbengemeinschaft auch die Grundbucheintragung einer GbR bzw. der Klägerin als GbR als Eigentümerin der von den Geschwistern A, B und C erbten Grundstücke sein. Hierzu hat das FG jedoch ebenfalls keine Feststellungen getroffen.

43 c) Hat das FG keine ausreichenden Feststellungen zu einer wirksamen Auseinandersetzung der Erben dahin getroffen, unter Einsatz des Gesamthandsvermögens der (bisherigen) Erbengemeinschaft einen gemeinsamen Zweck im Rahmen der Klägerin als bereits bestehender oder neu gegründeter GbR zu verfolgen, so lässt sich nicht beurteilen, ob bzw. in welchen Streitjahren die Erbengemeinschaft noch neben der Klägerin als GbR bestanden hat oder ob das FA – sinngemäß unter der Annahme einer bereits erfolgten Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft – für die Streitjahre zu Recht nur Feststellungen allein für die Klägerin getroffen hat.

44 2. Es ergeben sich unterschiedliche steuerliche Folgerungen, je nachdem, ob allein die Klägerin in den Streitjahren existiert hat oder daneben auch noch die Erbengemeinschaft.

45 a) Soweit die Erbengemeinschaft in den Streitjahren weiterhin existiert hat, gäbe es neben der Klägerin ein weiteres Feststellungsobjekt, an dem ebenfalls die Geschwister A, B und C beteiligt waren. Soweit dabei auch eine Betriebsaufspaltung mit der D-GmbH zu berücksichtigen ist, kann die Erbengemeinschaft auch eine Mitunternehmerschaft i. S. v. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG darstellen und als solche Gegenstand einer gesonderten und einheitlichen Feststellung i. S. v. § 179 Abs. 2 Satz 2, § 180 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. a AO sein (BFH, Urteil vom 21.12.2021, IV R 13/19, Rdnr. 20). Die angefochtenen Feststellungsbescheide erwiesen sich als fehlerhaft, soweit im Rahmen der für die Klägerin als GbR getroffenen Feststellungen auch Besteuerungsgrundlagen berücksichtigt worden sind, die richtigerweise in einem eigenständigen Feststellungsverfahren für die Erbengemeinschaft festzustellen wären. Soweit das streitbefangene „Termingeschäft“ der Erbengemeinschaft zuzu-

ordnen wäre, käme dessen Berücksichtigung im Rahmen der hier angefochtenen Feststellungsbescheide nicht in Betracht. In diesem Fall wäre im vorliegenden Verfahren nicht darüber zu entscheiden, ob die Voraussetzungen des § 15 Abs. 4 Sätze 3 und 4 EStG vorliegen.

46 Andererseits wäre die Klägerin nach Maßgabe der bisherigen Feststellungen des FG weiterhin ausschließlich vermögensverwaltend tätig, weil der Umstand einer Betriebsaufspaltung nur bei der Erbengemeinschaft zu berücksichtigen wäre. Insoweit stellte sich die Frage einer Abfärbung (§ 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG) bei der Klägerin nicht. Weil aber die Qualifikation der Einkünfte als selbstständig festgestellte Besteuerungsgrundlage (dazu näher zum Beispiel BFH, Urteil vom 21.12.2021, IV R 13/19, Rdnr. 16) von der Klägerin nicht angefochten worden ist, verbliebe es grundsätzlich bei der Feststellung (auch) gewerblicher Einkünfte. Soweit die Feststellungen zur Höhe eines laufenden Gesamthandgewinns (Einkünfte aus Gewerbebetrieb) nicht angefochten worden sind (2009 bis 2012), weil nach dem Begehren der Klägerin das streitbefangene Termingeschäft bei den vom FA auch festgestellten Einkünften aus Vermietung und Verpachtung berücksichtigt werden soll, wären auch diese bestandskräftig.

47 b) Soweit die Erbengemeinschaft wirksam in die Klägerin als GbR überführt worden wäre, kämen die für eine Erbengemeinschaft geltenden Grundsätze der Abfärbung nach § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG nicht mehr zum Tragen.

48 aa) Bei einer Erbengemeinschaft beschränkt sich die gewerbliche Betätigung der Miterben auf den zum Nachlass gehörenden Betrieb. Wenn zu einem Nachlass sowohl Betriebs- als auch Privatvermögen gehören, können diese Vermögensarten in einer Erbengemeinschaft ungeachtet der Vorschrift des § 15 Abs. 3 Nr. 1 EStG nebeneinander bestehen (BFH, Urteil vom 23.10.1986, IV R 214/84, BFHE 148, 65 = BStBl. II 1987, S. 120 unter 2.; Beschluss des Großen Senats des BFH vom 05.07.1990, GrS 2/89, BFHE 161, 332 = BStBl. II 1990, S. 837 unter C. II. 3.). Insoweit ist der BFH davon ausgegangen, dass die besonderen Gründe, die bei der Gewerbe- und Einkommensteuer sowie auch im Handelsrecht zur einheitlichen Beurteilung der Gesellschaftstätigkeit geführt haben, nicht vorliegen (BFH-Urteil in BFHE 148, 65 = BStBl. II 1987, S. 120 unter 2.). Eine Erbengemeinschaft kann demgemäß nebeneinander Gewinn- und Überschuss-einkünfte erzielen.

49 bb) Diese Grundsätze gelten jedoch nicht mehr fort, wenn die Erbengemeinschaft in eine GbR als „andere Per-

sonengesellschaft“ i. S. v. § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 EStG überführt wird. Selbst unterstellt, die Klägerin wäre aus der Erbengemeinschaft „hervorgegangen“, hat das FG daher – wie es nunmehr auch das FA in seiner Revisionsbegründung vertreten hat – fälschlich die für Erbengemeinschaften geltenden Maßstäbe auf die Klägerin als GbR angewandt. Soweit diese im Rahmen der Betriebsaufspaltung mit der D-GmbH auch eine Tätigkeit i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ausgeübt hätte, gälte deshalb bei Überschreiten der vom BFH anerkannten Geringfügigkeitsgrenze deren Tätigkeit in vollem Umfang als Gewerbebetrieb (ausführlich zu § 15 Abs. 3 Nr. 1 Satz 1 EStG das BFH, Urteil vom 30.06.2022, IV R 42/19, BStBl. II 2023, S. 118). Danach wäre das FG zu Unrecht davon ausgegangen, dass für die Klägerin in den Streitjahren jeweils auch ein Überschuss i. S. v. § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 EStG bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung festzustellen ist. Insoweit wäre auch für die von der Klägerin begehrte Berücksichtigung des streitbefangenen Termingeschäfts im Rahmen von Einkünften der Klägerin aus Vermietung und Verpachtung kein Raum.

50 III. Durch die Zurückverweisung erhält das FG Gelegenheit, zu prüfen, ob bzw. in welchen Streitjahren neben der Klägerin als GbR auch die Erbengemeinschaft weiter rechtlich existiert hat. Soweit von zwei eigenständigen Feststellungsobjekten auszugehen sein sollte, wird das FG näher festzustellen haben, welche Immobilien welchem Feststellungsobjekt zuzuordnen sind, und auf dieser Grundlage zu bestimmen haben, welche Immobiliengeschäfte zu welchem Feststellungsobjekt gehören. Unstreitig zwischen den Beteiligten war bislang, dass die durch die Vermietung eines Grundstücks an die D-GmbH begründete Betriebsaufspaltung bei der Erbengemeinschaft zu verorten war. Daran anschließend wird das FG zu prüfen haben, welchem Feststellungsobjekt das streitbefangene „Termingeschäft“ zuzuordnen ist. Nach dem Vortrag der Klägerin im Revisionsverfahren soll der Zins- und Währungsswap zur Finanzierung des (nach den Feststellungen des FG vererbten) Objekts E-Straße 116 abgeschlossen worden sein. Sollte dies der Fall sein, dann stünde das „Termingeschäft“ im Zusammenhang mit der Finanzierung von Immobiliengeschäften der Erbengemeinschaft und hätte – deren Existenz in den Streitjahren vorausgesetzt – deshalb für die streitbefangenen Feststellungsbescheide keine Bedeutung.

(...)





Teil 6: Rat aus der Zukunft für persönlich passende Entscheidungsfindung

Von Notarin Dr. Claudia Balzer, Nürnberg

Der Notar gestaltet gemeinsam mit dem Mandanten nicht nur dessen Gegenwart, sondern er wirkt bei Entscheidungen mit, die die Zukunft beeinflussen oder sogar erst in der Zukunft ihre eigentliche Wirkung entfalten. Dabei kann er seine Mandanten vor falschen Entscheidungen bewahren, wenn er typische Denkfehler ausgleicht und hilft, die Zukunft individuell passend zu planen.

Ein älteres Ehepaar,¹ ungefähr Mitte 70, kommt in die Notarstelle und möchte das eigengenutzte Familienheim und ein Mehrfamilienhaus gegen Nießbrauch zu je einem Viertel seinen vier Kindern übertragen, um ihnen Erbschaftsteuer zu sparen. Der Steuerberater habe die Bewertung berechnet und es falle nur ein kleiner Steuerbetrag an. Dem Ehepaar verblieben noch verschiedene vermietete Wohnungen und ein weiteres Mehrfamilienhaus, das hoffentlich in zehn Jahren übertragen werden könne.

I. Gute Entscheidungen brauchen individuelle zukunftsstaugliche Kriterien

Der Impuls, die Verteilung der eigenen Immobilien so zu regeln, wie es schon die Vorfahren gemacht haben, oder eine rein steuerliche Bewertung führen oft dazu, dass wichtige andere Werte übersehen werden.² Auf die Frage, nach welchen Kriterien das Ehepaar die zu übertragenden Immobilien ausgesucht hat, waren beide irritiert: „Man überträgt doch immer das eigene Wohnhaus, oder? Und der Steuerberater hat gesagt, da wäre noch ein Freibetrag, da können wir die kaputte Hütte auch noch übertragen. Dann ist die auch weg. Gerade stehen da viele Wohnungen leer. Das ist steuerlich günstig.“

Hier zeigte sich ein erster Denkfehler, der sich aus der Unkenntnis der Rechtsmaterie ergab: Dass die „kaputte Hütte“ mit Nießbrauch nicht wirklich „weg ist“, sondern die beiden weiterhin finanziell und zeitlich belastet und ein Verkauf als Hintertür dadurch verschlossen würde, war dem Ehepaar nicht bewusst. Die Frage, ob sie sich Gedanken gemacht hätten, wie sich ihr Plan auf ihre persönliche Zukunft auswirke, vertiefte ihre Irritation. Dies kann durchaus ein guter Einstieg in eine Beratung sein, denn Verwirrung und Irritation sind oft ein Zeichen dafür, dass Menschen mit Neuem

konfrontiert werden.³ Dies ermöglicht es, eigene Gedanken auf die Probe zu stellen und bei Bedarf zu ändern.

II. Wunschdenken führt zu selektiver Wahrnehmung und Informationsverarbeitung

Hat jemand eine Annahme über eine richtige Lösung („Man überträgt doch immer [...]“), lässt ihn seine Gehirn-Grund-einstellung Gefahr laufen, Informationen so zu ermitteln, auszuwählen und zu interpretieren, dass diese die Erwartungen bestätigen; andere Informationen werden ignoriert oder als unwichtig bzw. nicht zutreffend beiseitegelegt. Diese Filterblase wird als „Confirmation Bias“ bezeichnet. Der Notar sollte einen solchen eingeschränkten Blick mit Geschichten⁴ aus seiner Praxis erweitern: Er kann die Auswirkungen heutiger Entscheidungen in typischen Szenarien der Zukunft – wie Krankheit, Gebrechlichkeit, Geschäftsunfähigkeit und Tod – in den Prozess einbringen und für die Mandanten lebendig und greifbar machen.

Eine Erklärung des Nießbrauchs und dass dieser sie keineswegs von ihrem renovierungsbedürftigen Mietshaus entlastet, verdeutlichte, dass der optimistische Plan für die eigene Zukunft nicht aufgehen würde. Dem Ehemann dämmerte, dass er die „alte Hütte“ mitsamt Sanierungsbedarf und schwierigem Mietklientel im Geiste bereits „entsorgt“ hatte. „Da muss man doch was reinschreiben können. Das mache ich sicher nicht mehr lange“, war seine verständliche Reaktion auf die Erläuterungen seiner Rolle als Nießbraucher.

Blieb die Option, keinen Nießbrauch vorzubehalten, der meine nächste Frage auslöste: „Und ihre Kinder – wollen die das machen?“ – „Um Gottes Willen, die haben mit ihren Familien und Berufen genug zu tun. Perspektivisch hat keiner Kapazitäten, sich mit den aufkommenden Problemen dieses Hauses zu beschäftigen.“

Auf die Frage, warum sie das Haus überhaupt noch haben, antwortete die Ehefrau: „Das war halt von der Familie. Und man verkauft ja nichts.“ Diese Wahrheit – übernommen von den Eltern und geprägt durch deren Kriegserfahrungen – bestimmte bisher offensichtlich ihr Leben und hatte ihren

1 Der Fall bringt Essenz aus verschiedenen Fällen auf den Punkt. Die Dialoge sind realen Dialogen sehr nahe, ohne die Persönlichkeitsrechte der Beteiligten zu verletzen.

2 Siehe Teil 3 der Serie, MittBayNot 2023, 536.

3 Nach Bateson, Ökologie des Geistes, Berlin 1985 stellt Irritation die erste Stufe jedes Lernprozesses dar (bewusste Inkompetenz: Ich stelle fest, dass ich etwas nicht weiß). Ohne zumindest kurzzeitige Verwirrung gibt es keine Veränderung.

4 Siehe Teil 4, MittBayNot 2023, 651, und Teil 5, MittBayNot 2024, 94.

Übergabeplan mitgeprägt.⁵ Das Ehepaar wirkte ratlos – einerseits die emotional aufgeladene vermeintliche Stabilität der Immobilie, andererseits die genauso spürbare finanzielle und persönliche Belastung durch die anstehenden Renovierungen, die ihnen erst jetzt in der Beratung so klar geworden war.

III. Sich ändernde Wertehierarchien im Alter erlebbar machen

Es ging also weniger um die Wertehierarchie der Gegenwart, denn aktuell stemmte der Ehemann die Verwaltung des Hauses noch selbst. Auch das Wohnen im eigenen Haus passte momentan. Vielmehr ging es um die Frage, welche Relevanz die geplanten Veränderungen der Vermögenswerte künftig für die Werte „Stabilität“ und „Lebensqualität“ erlangen würden.

Prognosen sind eine schwierige Aufgabe für das menschliche Gehirn, denn es sucht Sicherheit und Verlässlichkeit. Deshalb gehen Menschen grundsätzlich davon aus, dass auch künftig im Wesentlichen alles gleichbleibt. Überhaupt – wie das eigene Leben im Alter sein wird, will man lieber nicht wissen, und Schicksale anderer vermögen es nicht, der eigenen Planung als Modell zu dienen.

Es bedurfte also im vorliegenden Fall feinerer Kriterien, um die Bedeutung von Immobilien für die Werte „Sicherheit“ und „Lebensqualität“ im Alter einzuschätzen. Um solche Kriterien zu entwickeln, müssen die Expertise des Notars über die möglichen Auswirkungen von zum Beispiel Nießbrauch und Wohnungsrecht im realen Leben mit dem fall-spezifischen Wissen der Mandanten über ihre persönliche Lebenssituation und die Besonderheiten der einzelnen Immobilien zusammengeführt werden.

In unserem Beratungsfall kennen die Mandanten ihre eigene Persönlichkeit und Charakterzüge des Partners, die bauliche Situation der eigengenutzten Immobilie (wie altengerecht ist sie?) und der vermieteten Objekte, die Lebenssituation der Kinder und die Beziehungen zu ihnen usw. Ein Notar kann hierüber Einzelheiten erfahren, jedoch wird er nie die Situation real erleben und mitempfinden können. Und selbst dann wäre es sein persönliches Empfinden – aus seinen Einstellungen und Vorlieben – und nicht das der Mandanten. In einer solchen Situation kann die Willensbildung der Mandanten gezielt durch eine „innere Zeitreise“ unterstützt werden.

Jeder Mensch besitzt ab einem bestimmten Alter persönliche oder miterlebte Erfahrungen zu körperlichen Beeinträchtigungen, Abhängigkeit von fremder Hilfe, Verlust eines nahestehenden Menschen, Einsamkeit etc. Diese Erfahrungen sind als Geschichten und Bilder im Gehirn gespeichert⁶ und könnten wichtige Hinweis für die Bewertung der künftigen Lebenssituation liefern. Solange die laufende

Zukunftsplanung aber nur aus der Perspektive „Umgang mit Immobilienübertragungen“ betrachtet wird, werden die Erfahrungen über das Älterwerden nicht einbezogen.

IV. Sich selbst einen Rat aus der Zukunft geben

Die folgende Technik knüpft an die wichtige Fähigkeit des Menschen an, in seinem Inneren Szenarien zu erleben und zu spüren, die nicht im Außen stattfinden. Ziel dieser Technik ist es, den Mandanten einen Vorgeschmack auf ihre Zukunft nach den angedachten Veränderungen (hier: Übergabe des eigengenutzten Hauses und des Mietshauses mit Nießbrauch) erlebbar zu machen. Die Mandanten sollen selbst testen, ob ihr Plan auch in einem Worst-Case-Szenario aufgeht oder ob neue Kriterien zu anderen Entscheidungen führen. Der Notar als „Erzähler“ leitet dabei das Erleben an.

V. Der Rahmen des „Experiments“ schafft Offenheit für Ungewöhnliches

Ich fragte meine Mandanten, ob sie Lust auf ein kleines Experiment⁷ hätten. Auf ihr Nicken führte ich sie in eine häufige Situation im Alter: „Wir gehen gemeinsam einmal 20 Jahre weiter in Ihrem Leben vorwärts, und zwar bewusst in eine unschöne Situation, die nicht kommen muss, aber passieren könnte – einfach um auszuprobieren, wie es Ihnen mit dem Nießbrauch an den beiden Häusern dann gehen würde. Sie müssen mir dabei nichts erzählen. Konzentrieren Sie sich einfach auf die Bilder und Gedanken, die Ihnen spontan in den Sinn kommen.“

Eine bewusst eingesetzte Sprechweise hilft dem Mandanten, in ein inneres Erleben zu kommen: Anfänglich lebendig den Zeitsprung sprachlich begleitend, darf die Sprachmelodie dann von Satz zu Satz ruhiger und langsamer werden. Vor allem ausreichend lange Pausen sind wichtig, damit Mandanten ihre inneren Bilder entwickeln können. Um stimmlich gut führen zu können und ein passendes Tempo zu wählen, erlebe ich die angeleiteten Bilder und Szenen – gespeist von meinen persönlichen Erfahrungen – innerlich mit.

Sehr wirksam sind Fragen, die sich um konkretes Erleben drehen. Sie erzeugen ein Erleben aus den eigenen Ressourcen, weil sie im Unbewussten eine Suche initiieren. Besonders wichtig ist es, zu erleben, wie sich der Alltag im Alter nach typischen negativen Ereignissen anfühlt – denn darauf will dieses Zukunftsexperiment hinaus. Um die beschriebene Situation als „Worst-Case“, aber bedenkenwerte Möglichkeiten zu zeigen und nicht dem Unbewussten einzupflanzen, dass es so werden muss, sind Worte wie „möglicherweise“ und „vielleicht“ wichtig; ebenso wirken

⁷ Ein „Experiment“ schafft einen gedanklichen Rahmen („Frame“), der für ungewöhnliche Erfahrungen öffnet, gegen die sich Mandanten im System „Notariat“ und den daran anknüpfenden Erwartungen von „gediegener Beratung“ sonst eher wehren würden.

⁵ Vgl. zur Wertehierarchie Teil 5, MittBayNot 2024, 94.

⁶ Vgl. Teil 1 der Serie, MittBayNot 2023, 314.

Sätze im Konjunktiv. Entscheidend sind Fragen – sie öffnen den Zugang zu unbewusst vorhandenem Wissen, da innere Suchprozesse in kognitiv nicht unmittelbar zugreifbaren Gehirnbereichen initiiert werden.

VI. Zukunft aktiv gestalten statt passiv erdulden

Zunächst werden Rahmenbedingungen der negativen Situation klar ausgesprochen, zum Beispiel: „Sie sind jetzt schon Mitte 90 und leben noch in Ihrem Haus. Vielleicht sehen oder hören Sie nicht mehr so gut oder das Gehen und Treppensteigen fällt Ihnen schwer oder geht gar nicht mehr. Ihr Partner ist nicht da, sondern vielleicht im Krankenhaus, im Heim oder sogar verstorben. Deswegen beschäftigt Sie Ihre aktuelle Situation und Ihre Zukunft. Sie setzen sich auf Ihren Lieblingsplatz im Haus, um ihre Gedanken und Gefühle zu ordnen.“

Nach diesem Setting reicht es aus, durch Fragen mögliche Zukunftsaspekte anzutippen, die im hohen Alter relevant werden und die ein inneres Erleben erzeugen, also zum Beispiel „Schaffen Sie den Haushalt noch alleine oder haben Sie eine Hilfe? Wie gefällt Ihnen der Zustand Ihres Haushalts? Benutzen Sie noch alle Räume? Wer kümmert sich um den Garten? Wo sind Ihre Kinder? Wer verwaltet Ihre vermieteten Immobilien und kümmert sich um Renovierungen?“

Manchmal genügt ein kurzer Ausflug in die Zukunft, gerade wenn schnell klar wird, dass das eigene Haus bei Beeinträchtigungen oder für einen alleine ungeeignet ist. An der Mimik und der Ausstrahlung der Mandanten ist ablesbar, wenn sie in die inneren Bilder gut eingetaucht sind und daraus neue Informationen erhalten haben.

VII. Die Vorstellung von der eigenen Zukunft neu denken

Ein paar Minuten war es still. Die Ehefrau sprach zuerst: „Ich hatte mir eigentlich vor vielen Jahren vorgenommen, niemals aus dem Haus auszuziehen. Aber wenn ich mir vorstelle, da ganz alleine zu leben. Früher war mein Mann oft auf Geschäftsreise. Da hatte ich immer Angst und habe bei Dämmerung alle Rollos runtergemacht und alle Türen abgesperrt. Einmal habe ich sogar die Polizei gerufen, weil ich dachte, ein Einbrecher sei im Haus. Dabei war nur was im Keller umgefallen. So schwer es mir fällt – ich glaube, ich möchte nicht alleine dort leben.“

Der Ehemann brachte es auf den Punkt: „Ich hatte gedacht, das alles schon durchdacht zu haben. Ich wohne da. Wenn es nicht mehr geht, vermiete ich. Zack, fertig. Aber ich möchte mich eigentlich gar nicht mehr mit Mietern rum-schlagen. Die Miete brauchen wir nicht. Schon gar nicht,

wenn wir eine Immobilie verkaufen.“ Zusätzlich war beiden klar geworden, dass alle Kinder anderweitig ihr Nest gebaut hatten und sicher nicht ins Elternhaus zurückkehren werden, wie sie doch insgeheim stets gehofft hatten. Der Glaube, dass es im eigenen Haus unter allen Umständen besser ist als in jeder anderen Wohnform, war verfliegen – ihr Zukunftsselbst hatte ihnen gezeigt, dass das Haus zur Last werden würde, sofern sie körperlich eingeschränkt oder alleine sind. Und das alte Mietshaus war bereits heute eine reine Last – für sie oder alternativ die Kinder.

VIII. Es bedarf einer empathischen Begleitung für die Erkenntnis des Irrtums

In einem solchen Moment, in dem den Mandanten bewusst wird, dass ihre bisherige Lebensplanung nicht trägt und sie alles neu durchdenken müssen, brauchen sie ein stabiles und zuversichtliches Gegenüber – einen Gesprächspartner, der diese Emotionen mitfühlt und sie bei diesem wichtigen Schritt des Lösungs-Prozesses emphatisch begleitet. Gleichzeitig hat der Notar die innere Zuversicht, die notwendige Distanz und natürlich die Expertise, um „gute Lösungen“ zu kreieren, was er nonverbal mitkommuniziert.

IX. Den Prozess wirken lassen und die Neuausrichtung anleiten

Um den Mandanten Ruhe und Zeit zur Verarbeitung ihrer Erkenntnisse und ihrer Neuausrichtung zu geben, ist oftmals ein neuer Termin erforderlich. Als hilfreich für den inneren Prozess der Mandanten hat sich eine konkrete, in dieser Verwirrung machbare Aufgabe erwiesen: alle Vermögenswerte aufzulisten. Damit verschafft sich der Mandant selbst einen Überblick und beschäftigt sich neu mit der Grundlage seiner anstehenden Entscheidungen im Gesamten. Eine erste eigene Bewertung von Möglichkeiten der Vermögensnachfolge unterstütze ich mit einer groben Einteilung nach Kriterien, die in der Zukunft relevant werden können: Ich lege meine persönliche Wertehierarchie⁸ und die für mich sich daraus ergebenden „Sortierkriterien“ offen, verbunden mit der Bitte, andere Einschätzungen unbedingt kundzutun. Die Grundidee, Immobilien nach ihrem künftigen konkreten Kosten-Nutzen-Verhältnis für die Lebensqualität – nicht nur in pekuniärer Hinsicht – in grobe Kategorien zu sortieren, leitet die nächsten Schritte an und lässt das Projekt für die Mandanten lösbar erscheinen. Das kann vor allem verhindern, dass Frust und Überforderung dazu führen, als vermeintlich einfache Lösung alles beim Alten zu belassen.

8 Siehe Teil 5, MittBayNot 2024, 94.

Tagungsbericht

„Die Fundamentalreform des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG zum 01.01.2024“ Tagungsbericht betreffend die Veranstaltung der Forschungsstelle für Notarrecht (Ludwig-Maximilians-Universität München) am 09.11.2023

Von Luca Kochendörfer, München¹

Am 09.11.2023 fand die dritte Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Jahr 2023 statt – erneut in hybrider Form, im Senatsaal der Universität mit gleichzeitiger Öffnung für ein Online-Publikum. Die Veranstaltung befasste sich mit der grundlegenden Reform des Personengesellschaftsrechts durch das 2021 verabschiedete und im Wesentlichen zum 01.01.2024 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG).² Mit Professor Dr. *Mathias Habersack* (Ludwig-Maximilians-Universität München), Rechtsanwalt Professor Dr. *Thomas Liebscher* (Schilling, Zutt & Anschütz) und Notar PD Dr. *Patrick Meier* (Bischofsheim in der Rhön) konnten drei ausgewiesene Experten zur Materie gewonnen werden. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die zahlreichen Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte kurz in das Tagungsthema ein. Danach übergab er das Wort an *Habersack*.

Dieser behandelte in seinem Vortrag schwerpunktmäßig das Außenrecht der Personengesellschaften im neuen Recht. Nach einer kurzen Skizze des Gesetzgebungsprozesses vom fachlichen Impuls durch den 71. Deutschen Juristentag³ über den sog. Mauracher Entwurf⁴ bis zum parla-

mentarischen Gesetzgebungsverfahren⁵ betonte *Habersack*, dass vor allem die Vorgaben betreffend Gesellschaften bürgerlichen Rechts im Mittelpunkt der Reform gestanden hätten. Allerdings sei auch in anderen personengesellschaftlichen Fragestellungen zumindest in der Summe eine relevante Änderung zu konstatieren. Zunächst wandte er sich sodann Fragen der Vertretung, namentlich im Recht von (Außen-)Gesellschaften bürgerlichen Rechts zu. Die bisherige Regelung habe sich insofern durch ihre geringe Verkehrsfreundlichkeit ausgezeichnet, sei doch eine Publizität des Gesellschafterbestands sowie des Vertretungsumfangs – jenseits der äußerst begrenzten Objektpublizität in § 899a BGB – weder vorgesehen noch möglich gewesen. Demgegenüber sehe § 720 Abs. 3 BGB a. F. künftig eine unbeschränkte und unbeschränkbare Vertretungsbefugnis vor. Nicht zu verkennen sei jedoch die hierdurch entstandene systematische Spannung zur vereinsrechtlichen Regelung in § 26 Abs. 1 BGB, die eine Beschränkungsmöglichkeit sehr wohl kenne. Von einem allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Grundsatz der Unbeschränkbarkeit (auf den im Gesetzgebungsverfahren rekuriert worden sei⁶) könne daher keine Rede sein, was rechtspolitisch (auch mit Blick auf die persönliche Haftung) zumindest für eine registerbasierte Beschränkungsmöglichkeit gesprochen hätte.

Habersack verwies auf die fakultative Eintragung (auch) der Vertretungsverhältnisse (§ 707 Abs. 2 Nr. 3 BGB) und ihre Publizitätswirkung (§ 707a Abs. 3 i. V. m. § 5 HGB). Auf deren Vornahme wirkten zwar die Vorgaben in § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB, § 47 Abs. 2 GBO, § 67 Abs. 1 Satz 3 AktG und § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG hin, die bestimmte Erwerbstatbestände von der Registerlage abhängig machten. Rechtspolitisch wäre demgegenüber eine Pflichteintragung dieser

1 Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

2 BGBl. 2021 I Nr. 53, S. 3436.

3 Vgl. *Schäfer*, Gutachten E zum 71. Deutschen Juristentag – Empfiehlt sich eine grundlegende Reform des Personengesellschaftsrechts?, 2016.

4 Abrufbar auf der Webseite des Bundesjustizministeriums unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/2020_Personengesellschaftsrecht.html.

5 Vgl. insbesondere RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635; Bericht Rechtsausschuss, BT-Drucks. 19/31105. Auf der Webseite des Bundestags ist auch die Expertenanhörung von *Habersack* abrufbar, auf die dieser im Rahmen seines Vortrags Bezug genommen hat: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2021/kw-16-pa-recht-personengesellschaft-832086>.

6 RegBegr. MoPeG, BT-Drucks. 19/27635, S. 163.



„Nudging“-Lösung vorzugswürdig gewesen, da auch nach der Neuregelung für nicht eingetragene Gesellschaften Unsicherheiten verblieben, namentlich was die Beteiligung aller für ein konkretes Geschäft notwendigen Gesellschafter betreffe. Für etwaige Schranken der Vertretungsmacht gälten die allgemeinen, namentlich im Recht der Handelsgesellschaften bekannten Grundsätze (Missbrauchsfallgruppen, Geschäfte in der Gesellschaftssphäre und Grundlagengeschäfte).⁷

Sodann wandte sich *Habersack* den Personenhandelsgesellschaften zu. Im Recht der Offenen Handelsgesellschaft (OHG) verbleibe die Rechtslage jenseits redaktioneller Änderungen beim Alten. Für die Kommanditgesellschaft (KG) hingegen sei die Neuregelung des § 170 Abs. 2 HGB zu beachten, die für die Einheits-Kapitalgesellschaft & Co. KG den Kommanditisten ausnahmsweise eine organschaftliche Vertretungsmacht verschaffe, während ihnen eine solche im Übrigen mangels persönlicher Haftung zu Recht verwehrt bliebe. Die Neuregelung mache damit bisherige Behelfslösungen über rechtsgeschäftliche Vollmachten⁸ überflüssig, die gerade bei Konflikten mit den Geschäftsführern der Kapitalgesellschaft ohnehin problematisch gewesen sei. Im Rahmen der Neuregelung sei wohl – genaue gesetzgeberische Stellungnahmen fehlten insoweit – von einer Alleinvertretungsbefugnis der Kommanditisten auszugehen.

Habersack wandte sich anschließend dem Fragekomplex der Haftung zu. Wesentliche sachliche Änderungen hätte sich im Zuge der Ersetzung der bisherigen Analogielösung im Recht der GbR durch die §§ 721-721b BGB nicht ergeben. Von Interesse seien die Kodifizierung der schon bisher (praeterlegal) gewährten Möglichkeiten von Gesellschaftern bezüglich etwaiger Gestaltungsrechte in § 721b Abs. 2 BGB (und § 128 HGB) sowie die Zusammenführung vollstreckungsrechtlicher Vorgaben in § 722 BGB (und § 129 HGB). Von den Materialien offengelassen worden sei die Frage, ob Ausnahmen (methodisch im Wege der teleologischen Reduktion) von der unbeschränkten Außenhaftung für besonders schutzwürdige Gesellschaften (bürgerlichen Rechts) weiterhin anzuerkennen seien (zum Beispiel betreffend Bauherrengesellschaften). Rechtspolitisch wäre eine Möglichkeit registergebundener Haftungsbeschränkungen jedenfalls vorzugswürdig gewesen. Für die praktisch wichtige Frage der Nachhaftung entspreche der neue § 728b BGB (bzw. § 137 HGB) im Wesentlichen der früheren Rechtslage.⁹ Fragen werfe allerdings der neue § 728b Abs. 1 Satz 2 BGB

(bzw. § 137 Abs. 1 Satz 1 HGB) auf. Hier befürwortete *Habersack* eine Forthaftung des ausscheidenden Gesellschafters auch in solchen Fällen, in denen ein Schadensersatzanspruch an die Stelle des Primäranspruchs trete (namentlich also beim Schadensersatz statt der Leistung), um eine unbillige Privilegierung zu vermeiden. Betreffend die Haftung nach Auflösung der Gesellschaft trete § 739 BGB künftig – für die GbR – an die Stelle der bisherigen Analogie zu § 159 HGB a. F. Die Regelung knüpfe dabei (wie auch der parallele § 151 HGB) an das Erlöschen der Gesellschaft an und greife (noch) nicht im Liquidationsstadium.

Im Recht der KG sei die deutliche Trennung zwischen Einlage und Haftsumme zu begrüßen. Zu beachten seien ferner die Aufhebung des Haftungsprivilegs in § 172 Abs. 5 HGB a. F. Maßgeblich sei nun einzig § 172 Abs. 4 HGB, der wiederum in Satz 2 eine der GmbH-rechtlichen Kapitalerhaltung strukturverwandte Neuregelung enthalte. Für die Haftung des Kommanditisten vor Eintragung betreffe § 176 Abs. 1 HGB weiterhin nur Geschäftsbetriebe im Sinne von § 1 HGB, während das MoPeG in Fällen der §§ 2, 3, 107 Abs. 1 HGB die schon bisher umstrittene Frage nach der Möglichkeit eines Einwands der Kenntnis nicht geklärt habe.

In seinem abschließenden Fazit konstatierte *Habersack* weitgehende Kontinuität mit wenigen größeren Ausnahmen (namentlich betreffend die bereits kritisierte Vertretungslage in der GbR) sowie zahlreichen kleineren Klarstellungen und Akzentverschiebungen.

Im Anschluss übernahm *Liebscher*, dessen Vortrag das Innenrecht der Personengesellschaften thematisierte. Nach einleitendem Bericht über die Arbeitsweise der Expertenkommission im Vorfeld des Mauracher Entwurfs betonte er, dass der kautelarjuristischen Praxis bei der Regelung der Innenverhältnisse weiterhin weitgehende Gestaltungsfreiheit zukomme (explizit § 708 BGB und § 108 HGB). Zu beachten seien aber die signifikanten Änderungen des dispositiven Gesetzesrechts, gerade mit Blick auf bereits bestehende Gesellschaftsverträge. Dabei wandte *Liebscher* sich zunächst Fragen der Stimmkraft sowie der Gewinn- und Verlustbeteiligung zu. Für Fragen des Stimmrechts, denen bei Abweichung vom Einstimmigkeitsprinzips durch Mehrheitsklauseln große Bedeutung zukomme, sei – wie schon bisher – auf die im Regelfall sachgerechte Fixierung des Kapitalanteils im Gegensatz zur gesetzlichen Vorgabe des § 709 Abs. 3 BGB zu verweisen. Auch für sonstige Abweichungen in beiden Bereichen (zum Beispiel Mehrstimmrechte im Hinblick auf Stimmrechtsfragen) bestehe umfassende Gestaltungsmöglichkeit.

Mit Blick auf Fragen der Geschäftsführung wies *Liebscher* auf die Regelung der Not-Geschäftsführung in § 715a BGB (zugunsten jeden Gesellschafters, namentlich also auch der Kommanditisten) hin, die die frühere Analogie zu § 744 Abs. 2 BGB obsolet mache. Eine Vertretungsbefugnis gehe damit (weiterhin) nicht einher. Auch die *actio pro socio* sei künftig in § 715b BGB gesetzlich fixiert. Betreffend Informationsrechte von Gesellschaftern ziehe der künftig kodifizierte Vorbehalt einer besonderen Ausübungskontrolle (§ 717 Abs. 1 Satz 3 BGB) grundsätzlich bestehender Dispositivität Grenzen. Auch die Informationsrechte des Kommanditisten

7 Insofern wies *Habersack* auf die Ablehnung einer analogen Anwendung von § 179a AktG (zumindest jenseits von Publikumsgesellschaften) durch BGH, Urteil vom 15.02.2022, II ZR 235/20, BGHZ 232, 375 hin, die die Vertretungsmöglichkeiten der Gesellschafter nicht unerheblich ausgedehnt hätten.

8 Vgl. BGH, Urteil vom 16.07.2007, II ZR 109/06, ZIP 2007, 1658.

9 Für die Abgrenzung von Neu- und Altverbindlichkeiten wies *Habersack* auf die von BGH, Urteil vom 15.12.2020, II ZR 108/19, BGHZ 228, 28 Rdnr. 28 ff. befürwortete Unerheblichkeit der insolvenzrechtlichen Einordnung hin.

hätten in § 166 Abs. 2 HGB eine dispositionsfeste Aufwertung erfahren. Für Fragen der Rechnungslegung und Gewinnverteilung seien die Vorgaben von § 718 BGB demgegenüber wie bisher umfassender privatautonomer Regelung zugänglich. Die frühere Haftung (nur) bei Verstoß gegen die eigenübliche Sorgfalt (§ 708 BGB a. F.) sei einer allgemeinen Fahrlässigkeitshaftung gewichen.

Sodann wandte sich *Liebscher* Fragen des Ausscheidens eines Gesellschafters sowie der Auflösung der Gesellschaft zu – einem Regelungskomplex, dem angesichts erheblicher, auch existierende Gesellschaften betreffender Änderungen besonderes Augenmerk geschenkt werden solle. Die Reform habe dabei die Verbandskontinuität auch im GbR-Recht in den Vordergrund gestellt. Die gesetzliche Regelung sei zwar einer Gestaltung zugänglich (eine Abwandlung von Ausscheidens- in Auflösungsgründe, ebenso die Vereinbarung weiterer Ausscheidens- und Auflösungsgründe seien möglich, § 723 Abs. 1, 2, § 729 Abs. 4 BGB). Die gesetzlichen Auflösungsgründe hingegen seien zwingend. Angesichts des Wechsels zur Verbandskontinuität komme der Übergangsregelung des Art. 229 § 61 EGBGB ferner besondere Bedeutung zu. Die Stellung des dort genannten Verlangens einer Fortgeltung der Personenkontinuität könne dabei schon vor dem 01.01.2024 gestellt werden und sinnvoll sein, um einer Gestaltungserklärung anderer Gesellschafter (gestützt auf die neue Rechtslage) vorzubeugen.

Grenzen der Gestaltung des Kündigungsrechts beinhalte – neben allgemeinen Vorgaben wie § 138 BGB – vor allem § 725 Abs. 6 BGB. Beim Tod eines Gesellschafters träten die Erben abseits abweichender Gestaltung (namentlich durch Nachfolgeklauseln) nicht in die Gesellschafterstellung des Verstorbenen ein, sondern erhielten den Abfindungsanspruch gemäß § 728 Abs. 1 Satz 1 BGB; sofern nur noch ein Gesellschafter verblieben, käme es gemäß § 712a Abs. 1 BGB zum liquidationslosen Erlöschen. Zu beachten sei ferner die künftige Umwandlungsmöglichkeit in eine (Kann-)KG, § 724 Abs. 1 BGB. Bezüglich des Abfindungsanspruches des ausscheidenden Gesellschafters enthalte § 728 BGB in der Sache keine relevante Änderung; dieser sei weiterhin auf den wahren Anteilswert gerichtet und der Gestaltung zugänglich. Was die Grenzen der Gestaltung anbelangt, könnten diese zwar nicht mehr am zwingenden ordentlichen Kündigungsrecht (§ 723 Abs. 3 BGB a. F.) gemessen werden (im Sinne von dessen faktischen Ausschlusses). Da jedoch unklar sei, ob die dabei zur Anwendung gebrachten Grundsätze (auch vor dem Hintergrund von Art. 14 GG) nicht weiterhin Anwendung finden werden, empfehle sich jedenfalls die Ergänzung von Buchwert- durch salvatorische Anpassungsklauseln. *Liebscher* wies sodann für die Personenhandelsgesellschaften darauf hin, dass die bisherige Rechtslage überwiegend beibehalten, nunmehr aber einheitlich in den §§ 135 ff. HGB kodifiziert worden sei. Besonders hervor hob er dabei Gefahren, die Kommanditisten bei Ausscheiden des einzelnen Komplementärs drohten, sowie die Tatsache, dass die zu § 176 Abs. 1 HGB a. F. notwendige Erklärung des KG-Beitritts unter aufschiebender Bedingung nunmehr entbehrlich sei.

Als dritten großen Komplex adressierte er in der Folge Frage des Beschlussverfahrens und der Geltendmachung von Beschlussmängeln. An die Stelle des an die Nichtigkeit mangelhafter Beschlüsse anknüpfende sog. Feststellungsmodells des alten Rechts trete nun ein Anfechtungsmodell nach dem Vorbild der §§ 241 ff. AktG. Dieses stelle für Personenhandelsgesellschaften künftig den gesetzlichen Regelfall dar, lasse aber auch die Abbedingung (Opt-Out) zu (§§ 110-115 HGB). Für nichtkaufmännische Personengesellschaften verbleibe es beim Feststellungsmodell, allerdings mit der Möglichkeit eines Opt-In. Zu beachten sei bei alledem, dass das Beschlussverfahren, dem zur Schaffung des Beschlusses als Anfechtungssubstrat eine entscheidende Bedeutung zukomme, weiterhin nur rudimentär geregelt (§ 109 HGB) und damit gestaltungsbedürftig sei. Als Regelungsempfehlung sprach sich *Liebscher* dabei für eine enge Anlehnung an die Kautelen der §§ 48 ff. GmbHG aus. Besondere Probleme könnten sich ferner aus der Regelung der Beschlussfähigkeit in § 109 Abs. 4 HGB ergeben. Eine übliche Lösung sei es (um Minderheitsbeschlüsse einerseits und Blockademöglichkeiten andererseits zu vermeiden), zunächst die Anwesenheit aller Gesellschafter zu verlangen. Bei fehlender Beschlussfähigkeit finde dann zeitlich kurz hiernach ein zweiter Termin mit auf jeden Fall bestehender Beschlussfähigkeit statt. Ferner sei jedenfalls als Auffanglösung ein geborener Versammlungsleiter mit der Befugnis der Beschlussfeststellung vorzusehen. Bei einer GmbH & Co. KG erscheine die Anlehnung an die §§ 48 ff. GmbHG besonders naheliegend. Mit Blick auf § 170 Abs. 2 HGB sprach sich *Liebscher* – im Unterschied zu *Habersack* – für eine Gesamtvertretung aus.

Abschließend skizzierte er noch wesentliche Verfahrensvorgaben beider Modelle und riet von der gestalterischen Kombination von Elementen aus Feststellungs- und Anfechtungsmodell angesichts der engen Abstimmung der gesetzlichen Vorgaben ab. Was die Schiedsfähigkeit anbelange, seien im Feststellungsmodell weiterhin einfache Schiedsklauseln möglich (dem Opt-Out in der Personenhandelsgesellschaft komme gerade hier besondere Bedeutung zu). Sollte eine Schiedsklausel im Anfechtungsmodell geschaffen werden, sei vor dem Hintergrund der erga-omnes-Wirkung auf eine hinreichend detaillierte Verfahrensgestaltung zu achten.

Im Anschluss hieran übernahm als letzter Referent *Meier* und wandte sich dem Gesellschaftsregister zu. Zunächst betonte er die in § 707b Nr. 2 BGB i. V. m. § 12 HGB vorgeschriebene notarielle Mitwirkung, die für die in Teilen wenig professionalisierte GbR häufig Beratungsnotwendigkeit mit sich bringe. Die Handhabung werde dabei durch die – gesetzgeberisch intendierten – Parallelisierung mit dem Handelsregister erleichtert. Dort Bekanntes könne Übertragung finden. Sodann wandte er sich den für die Anmeldung einer GbR notwendigen Angaben zu. Trotz Fehlens einer dahingehenden materiellen Notwendigkeit setze diese die Angabe eines Namens der Gesellschaft voraus. Aufgrund der Verweisung auf § 18 HGB gälten die handelsrechtlichen Grundsätze des Firmenrechts. Der anzugebende Sitz müsse (wie bisher) nicht zwingend mit dem Verwaltungssitz übereinstimmen. Notwendig sei ferner die Angabe einer

EU-Anschrift (die Schweiz komme also beispielsweise nicht in Betracht). Im Hinblick auf Gesellschafter, die keine natürlichen Personen sind, könne es sich zur Verfahrensbeschleunigung anbieten, trotz des Amtsermittlungsgrundsatzes (§ 26 FamFG) weitere Ausführungen zur Registereintragung (soweit vorhanden) dieser Gesellschaften-Gesellschafter (gerade bei Auslandsbezug) beizufügen. Die Vertretungsregel sei auch bei Übereinstimmung mit der gesetzlichen Lage anzugeben. Abschließend sei die Versicherung erforderlich, dass die Gesellschaft bislang nicht in das Handels- oder Partnerschaftsregister eingetragen ist. Da die Versicherung gesellschaftsbezogen sei – bezweckt würde die Verhinderung einer Umgehung des in die § 707c BGB vorgesehenen Verfahrens zum Statuswechsel –, sei eine Höchstpersönlichkeit abzulehnen, zumal auch eine strafrechtliche Sanktionierung fehle. Mit Blick auf die Angabe des Gesellschaftszwecks verwies *Meier* auf die Soll-Vorschrift des § 3 GesRV.

Anschließend wandte er sich den Konsequenzen der GbR-Eintragung zu. Neben dem fortan zu führenden Zusatz „eGbR“ sei vor allem die Vertrauensschutzvorgabe des § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB i. V. m. § 15 HGB bedeutsam. Auch der Ersteintragung komme dabei die positive Publizitätswirkung des § 15 Abs. 3 HGB zu, obwohl an der Eintragungspflichtigkeit im Sinne der Norm gezweifelt werden könne. Eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung hiergegen sei nicht ersichtlich. Zudem sei nur das „Ob“ der Eintragung freiwillig, nicht das „Wie“ (der Eintragungsinhalt). Keine Publizitätswirkung komme nach gesetzlicher Anordnung allerdings dem Fehlen eines Handelsgewerbes zu. Die Eintragungsentscheidung erweise sich für die Folgezeit als bindend, ziehe also die Pflicht zur Anmeldung auch von Änderungen nach sich (§ 707 Abs. 3 BGB). Ferner wies *Meier* – wie schon *Habersack* – auf die Nachteile (namentlich gemäß § 47 Abs. 2 GBO, § 40 Abs. 1 Satz 2 und 3 GmbHG, § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB, § 67 Abs. 1 Satz 2 und 3 AktG, § 51 Abs. 2 SchRegO) einer Nicht-Eintragung hin.

Die Eintragung der GbR im Grundbuch adressierte er in der Folge genauer. Zwar sei § 47 Abs. 2 GBO als Soll-Vorschrift ausgestaltet, sodass Eintragungen bei Missachtung nicht unwirksam seien. Dennoch sei regelmäßig mit einer Ablehnung des Antrags zu rechnen. Art. 229 § 21 EGBGB adressiere die Problematik bereits eingetragener Grundbücher. Übertragungen, Belastungen und Löschungen solcher Belastungen etwaiger Rechte dieser Gesellschaften setzten künftig die Eintragung letzterer voraus. Gleiches gelte für die Berichtigung eines Gesellschafters (Art. 229 § 21 Abs. 2 EGBGB). Eine analoge Anwendung von § 40 GBO auf eine ausscheidende GbR scheide angesichts der – aus den Materialien ersichtlichen – gegenteiligen Auffassung des Ge-

setzgebers aus. Auch teleologisch sei ein solches Vorgehen mangels Gutglaubensschutzes nicht überzeugend. Einzig für den Fall der liquidationslosen Vollbeendigung sei eine Ausnahme geboten, da hier eine Vergleichbarkeit zur Todessituation bestehe. Bei gewissen bereits vorgenommenen und zumindest beantragten Vorgängen sei ferner Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB zu beachten.

Abschließend wandte sich *Meier* drei Praxisfällen zu. Werde ein Rechtsvorgang noch in 2023 beurkundet, solle aber (namentlich aus steuerlichen Gründen) erst in 2024 vollzogen werden, müssten die Anforderungen des § 47 Abs. 2 GBO beachtet werden. Eine Lösung zur Erreichung dieser Eintragung sei die Beurkundung der Auflassung mittels Mitarbeitervollmacht nach der Eintragung der Gesellschaft auf die (dann) eGbR. Diese Lösung verursache allerdings wegen der Notwendigkeit einer gesonderten Beurkundung der Auflassung erhöhte Kosten. Als Alternative biete sich eine (erweiterte) Vollmacht für den Notar zur Anmeldung und Bestätigung der Identität an. Analog § 21 BNotO (ähnlich dem bisherigen Vorgehen im Falle der Vor-GmbH) könne der Notar dann die Identität aus eigener Wahrnehmung (Aktenlage) bestätigen und eine Eigenurkunde anfertigen. Ferner sei Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 1 EGBGB analog anzuwenden. Wolle eine noch nicht eingetragene GbR ein Grundstück veräußern oder erwerben, stellten sich ähnliche Fragen. Zwar bestünden in diesem Fall keine materiellrechtlichen Hindernisse. Doch gehe dem Geschäftspartner einerseits der Gutglaubensschutz hinsichtlich der Vertretungsregelung verloren. Selbst wenn man darüber hinwegsehe, ergäben sich überdies bei der Eintragung wegen § 47 Abs. 2 GBO Schwierigkeiten hinsichtlich des Identitätsnachweises. Wiederum riet *Meier* zu einer Vollmachtserteilung betreffend die Anmeldung und einer entsprechenden Identitätsbestätigung und befürwortete eine Analogie zu Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 1 EGBGB. Die zuletzt behandelte Frage betraf das Versterben eines nicht eingetragenen Gesellschafters. Da eine Bewilligung aller Erben und die Glaubhaftmachung der Rechtsnachfolge im Sinne von Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 1 EGBGB in diesem Fall ausscheide, seien die bisherigen (höchstrichterlichen) Grundsätze für die Berichtigung des Grundbuchs anzuwenden. Erforderlich sei dementsprechend eine Bewilligung aller Erben sowie des bzw. der Rechtsnachfolger(s) sowie die Glaubhaftmachung der Rechtsnachfolge gegenüber dem Grundbuchamt. Damit schloss *Meier* seinen Vortrag.

Hiernach eröffnete *Grigoleit* die Diskussions- und Frageunde. Die Tagung wurde aufgezeichnet und ist auf der Homepage der Forschungsstelle abrufbar (<https://www.jura.lmu.de/de/forschung/forschungsstellen/forschungsstelle-fuer-notarrecht/index.html> unter „Veranstaltungen“).

Veranstaltungshinweise

Institut für Notarrecht der Friedrich-Schiller-Universität Jena

17. Symposium: MoPeG und UmRUG – Erste Praxiserfahrungen

Freitag, 26.04.2024, ab 09:30 Uhr

in der Aula der Universität, Fürstengraben 1, 07743 Jena und als Live-Stream

Tagungsleitung: Prof. Dr. *Walter Bayer*

Inhalt und Ablauf:

- 09:30 Uhr **Begrüßung**
Prof. Dr. *Walter Bayer*, Direktor des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena
- 09:45 Uhr **Das MoPeG – Die wesentlichen Änderungen im Personengesellschaftsrecht im Überblick**
Prof. Dr. *Carsten Schäfer*, Mannheim
- 10:45 Uhr **Kaffeepause**
- 11:15 Uhr **Der Statuswechsel zwischen Personengesellschaften und die durch das MoPeG erweiterten Umwandlungsmöglichkeiten für die BGB-Gesellschaft nach UmwG**
Prof. Dr. *Jan Lieder*, Freiburg
- 12:15 Uhr **Die GbR im Gesellschaftsregister, im Grundbuch und in der Gesellschafterliste**
Dr. *Sophie Freier*, Notarin in Borna
- 13:15 Uhr **Mittagspause**
- 14:00 Uhr **Das Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG) – Einführung und Überblick**
MR Dr. *Eberhard Schollmeyer*, BMJ, Berlin

15:00 Uhr

Das UmRUG – Erste Erfahrungen und Probleme aus der notariellen Praxis

Prof. Dr. *Simon Weiler*, Notar in München

16:00 Uhr

Schlusswort

Tagungsbeitrag:

Präsenzveranstaltung (inkl. Verköstigung): 90,00 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V., 150 € für Nichtmitglieder, kostenfrei für Notarassessoren, die Mitglied der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. sind, für Studenten sowie Mitarbeiter der FSU Jena, 60 € für sonstige Notarassessoren; virtuelle Veranstaltung: 50,00 € (sofern keine Gebührenfreiheit nach obiger Regelung zur Präsenzveranstaltung vorliegt).

Kontakt/Anmeldung:

Anmeldung bis 12.04.2024 per Anmeldeformular über notarinstitut@uni-jena.de;

Kontaktaufnahme über Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena, E-Mail: notarinstitut@uni-jena.de, Tel: 03641/9-42510



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Veranstaltungen des DAI

1. **Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats**
(Tondorf)
11.03. bis 15.03.2024, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035139 (Präsenz) / 035140 (Live-Stream)
2. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2023/2024**
(Bernert, Herrler, Hertel, Kessler, Lieder, Retzlaff)
15.03.2024, Erfurt (6 Zeitstd.)
Nr. 035224
18.04.2024, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035118 (Präsenz) / 035119 (Live-Stream)
19.04.2024, Stuttgart (6 Zeitstd.)
Nr. 035120
3. **Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ab 01.01.2024 in der Notarstelle**
(Tondorf)
18.03.2024, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035178 (Präsenz) / 035179 (Live-Stream)
4. **1x1 der notariellen Gebührenrechnung**
(Tondorf)
05.04.2024, Melle (6 Zeitstd.)
Nr. 035207
19.04.2024, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035167 (Präsenz) / 035168 (Live-Stream)
17.05.2024, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035184 (Präsenz) / 035185 (Live-Stream)
5. **Online-Vortrag LIVE: Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts ab 01.01.2024 in der Notarstelle**
(Tondorf)
15.04.2024, eLearning Center (6 Zeitstd.)
Nr. 035181
6. **Aktuelles Steuerrecht für Notare**
(Wartenburger)
26.04.2024, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)
Nr. 035163 (Präsenz) / 035164 (Live-Stream)
7. **5. Jahresarbeitstagung für Notarfachwirte und Notarfachangestellte**
(Leitung: Thon)
02.05. bis 04.05.2024, Berlin und Live-Stream (15 Zeitstd.)
Nr. 034847 (Präsenz) / 035110 (Live-Stream)

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Anders/Gehle: ZPO. Kommentar. 82. Aufl., Beck, 2024. 3251 S., 183,00 €
2. Dörsel: Kölner Formularbuch Erbrecht. 4. Aufl., Carl Heymanns, 2024. 1708 S., 179,00 €
3. Ebenroth/Boujong: HGB, Band 1: §§ 1-342r. Kommentar. 5. Aufl., Vahlen, 2024. 3484 S., 369,00 €
4. Ensthaler/Füller: GmbHG. Kommentar. 3. Aufl., Luchterhand, 2024. 1040 S., 119 €
5. Gehrlein/Born/Simon: GmbHG. Kommentar. 6. Aufl., Carl Heymanns, 2023. 2014 S., 189,00 €
6. Groll/Steiner: Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung. 6. Aufl., Otto Schmidt, 2023. 2550 S., 209,00 €
7. Grziwotz/Raude: Kölner Formularbuch Erbrecht. 4. Aufl., Carl Heymanns, 2024. 805 S., 139,00 €
8. Grüneberg: BGB. Kommentar. 83. Aufl., Beck, 2024. 2388 S., 125,00 €
9. Gustavus/Ries: Handels-, Gesellschafts- und Registerrecht. 7. Aufl., Giesecking, 2024. 202 S., 44 €
10. Häublein/Hoffmann-Theinert: HGB. Kommentar. 2. Aufl., Beck, 2024. 2667 S., 199,00 €
11. Heckschen/Freier: Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis. Beck, 2024. 433 S., 119,00 €
12. Heidel: GbR. Spezialkommentar zu den §§ 705-740c BGB. 1. Aufl., Nomos, 2023. 966 S., 119,00 €
13. Herrler/Hertel/Kessler: Aktuelles Immobilienrecht 2023 in der Gestaltungspraxis. Beck., 2023. 375 S., 59,00 €
14. Herzog: Die Erbenhaftung. 2. Aufl., Zerb, 2023. 264 S., 49,00 €
15. Hopt: HGB. Kommentar. 43. Aufl., Beck, 2024. 3229 S., 125,00 €
16. Keller/Munzig: KEHE Grundbuchrecht. Kommentar. 9. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2024. 1790 S., 185,00 €
17. Kues/von Kiedrowski/Bolz: AGB-Klauseln in Bauverträgen. 1. Aufl., Beck, 2023. 794 S., 149,00 €
18. Kühling/Buchner: Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz: DS-GVO / BDSG. Kommentar. 4. Aufl., Beck, 2024. 2140 S., 219,00 €
19. Limmer: Handbuch der Unternehmensumwandlung. 7. Aufl., Carl Heymanns, 2024. 2188 S., 209,00 €
20. Lutter: UmwG. Kommentar. 7. Aufl., Otto Schmidt, 2023. 3331 S., 349,00 €
21. Milzer: Eheverträge und Scheidungsvereinbarungen. 9. Aufl., Beck, 2024. 435 S., 89,00 €
22. Oetker: HGB. Kommentar. 8. Aufl., Beck, 2024. 2616 S., 209,00 €
23. Reichert: Vereins- und Verbandsrecht. 15. Aufl., Luchterhand Verlag, 2024. 1600 S., 149,00 €.
24. Reimann/Bengel/Dietz/Sammet: Testament und Erbvertrag. 8. Aufl., Carl Heymanns, 2024. 1300 S., 169,00 €
25. Ries: Praxis- und Formularbuch zum Registerrecht. 5. Aufl., RWS, 2024. 762 S., 158,00 €
26. Schmid: Nachfolgebesteuerung: ErbStG, BewG, GreStG, AO. 2. Aufl., Nomos, 2024. 816 S., 129,00 €
27. Sikora/Notarkasse A. d. ö. R.: Vollmachten, Genehmigungen, Zustimmungen, Beglaubigungen. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2023. 110 S., 24,90 €
28. Staudinger: Kommentar zum BGB. Allgemeiner Teil: §§ 21-79a (Vereine). Neubearbeitung 2023, De Gruyter. 910 S., 339,00 €
29. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: §§ 311, 311a-c (Vertragsschluss). Neubearbeitung 2023, De Gruyter. 444 S., 169,95 €
30. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 4: §§ 1741-1772 (Adoption). Neubearbeitung 2024, De Gruyter. 483 S., 189,95 €
31. Weingärtner/Ulrich/Frohn/Löffler/Sommerfeldt/Sommerfeldt: NotAktVV/DONot-Kommentar. 15. Aufl., Carl Heymanns, 2024. 1040 S., 169,00 €
32. Zöller: ZPO. Mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, mit Internationalem Zivilprozessrecht, EG-Verordnungen, Kostenanmerkungen. Kommentar. 35. Aufl., Otto Schmidt, 2024. 3142 S., 179,00 €



STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Germar Spaett
verstorben am 18.12.2023

Notar a. D. Dr. Herbert Schadel
verstorben am 08.01.2024

Notar a.D. Dr. Wolfgang Ring
verstorben am 24.01.2024

Notar a.D. Helmuth Barth
verstorben am 31.01.2024

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 31.01.2024:

Notar Christoph von Edlinger, Wunsiedel

Notar Dr. Winfried Kössinger, München

Notar Dr. Alexander Lutz, Neu-Ulm

Mit Wirkung zum 31.03.2024:

Notar Dr. Torsten Jäger, Landau i. d. Pfalz

Mit Wirkung zum 31.03.2024:

Notar Dr. Thilo Morhard, Aschaffenburg

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.02.2024:

Neu-Ulm (in Sozietät mit Notarin Stefanie Weber)	dem Notarassessor Dr. Jonas Bühler (bisher in Würzburg, DNotI)
--	--

Mit Wirkung zum 01.03.2024:

Weiden i. d. OPf.	der Notarassessorin Carolin Heiß (bisher in München)
-------------------	--

Roding	der Notarassessorin Katharina Marchner (bisher in Deggendorf)
--------	---

4. Neuernannte Assessoren

Mit Wirkung zum 01.02.2024:

Julius Laufenberg
(Notarstelle Ingo Oltmanns, Kaiserslautern)



**Anschriften- und
Rufnummernänderungen:**

Notar Dr. Torsten Jäger
Waffenstraße 17,
76829 Landau i.d. Pf.



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

