

# MittBayNot

Begründet 1864

4 | 2025

Juli | August 2025

**Herausgeber:**

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

**Schriftleitung:**

Benjamin Lorenz,  
Notarassessor  
Julia Weilhart,  
Notarassessorin

**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

## AUFSÄTZE

**Kratzmeier:** Registerrechtliche Probleme des Gesellschafterwechsels bei einer nach altem Recht im Grundbuch eingetragenen GbR – zugleich Besprechung von OLG München, Beschluss vom 23.07.2024, 34 Wx 167/24e 307

**Grziwotz:** Die dreifache Modernisierung der bayerischen Bauordnung – zugleich eine Besprechung von Busse/Dirnberger, Die neue Bayerische Bauordnung 315

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

**Wobst zu OLG Karlsruhe:** Anforderungen an den Nachweis der Verwalterbestellung – Angabe des Abstimmungsergebnisses im Beschlussprotokoll 332

**Kloiber zu OLG Frankfurt a. M.:** Zur Einreichung einer Löschungsbewilligung in Form einer elektronisch beglaubigten Abschrift 338

**Wucherer zu OLG Frankfurt a. M.:** Adoptivkinder als testamentarisch eingesetzte Nacherben 356

**Meier zu OLG Nürnberg:** Schutz des Nacherben gegen Verfügungen des Vorerben bei Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts auf den Vorerben 365

**Hartmann zu KG:** Beginn der Ausschlagungsfrist im Fall der gesetzlichen Erbfolge bei abgebrochenem Kontakt zum Erblasser und Anfechtung der Erbschaftsannahme 371

**Baumgartner zu BFH:** Freibetrag bei Übertragung von Vermögen auf eine Familienstiftung 398

## Impressum **MittBayNot**

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

### **Herausgeber:**

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

### **Herausgeberbeirat:**

Dr. Susanne Frank, Notarin in München  
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar a. D., Regen  
Priv.-Doz. Dr. Patrick Meier, Notar in Bischofsheim i. d. Rhön  
Angelika Sträuber, 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 Benjamin Lorenz  
Notarassessorin Julia Weilhart

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

### **Design:**

INTO Branding GmbH

### **Druck:**

Universal Medien GmbH  
Fichtenstraße 8  
82061 Neuried

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2025**AUFSÄTZE 307**

**Kratzmeier:** Registerrechtliche Probleme des Gesellschafterwechsels bei einer nach altem Recht im Grundbuch eingetragenen GbR – zugleich Besprechung von OLG München, Beschluss vom 23.07.2024, 34 Wx 167/24e 307

**Grziwotz:** Die dreifache Modernisierung der bayerischen Bauordnung – zugleich eine Besprechung von Busse/Dirnberger, Die neue Bayerische Bauordnung 315

**BUCHBESPRECHUNGEN 317**

**Althoff:** Die außerordentlichen Testamente in der deutschen Rechtsordnung (**Feichtlbauer**) 317

**RECHTSPRECHUNG 319****Bürgerliches Recht****ALLGEMEINES**

1. Eigenschaftsangaben beim Hauskauf im Rahmen des Maklerexposés (BGH, Urteil vom 06.12.2024, V ZR 229/23) (LS) 319
2. Sachmangel bei Wandfeuchtigkeit zu Wohnzwecken verkaufter Räume (BGH, Urteil vom 21.06.2024, V ZR 79/23) (gekürzt in den Gründen) 319

**SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT**

3. Keine Umwandlung eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts in ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht (BGH, Beschluss vom 23.01.2025, V ZB 10/24) 322
4. Prüfungsumfang des Grundbuchamts bei der Abgabe einer Einigungserklärung durch einen Vertreter (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 04.12.2024, 5 W 41/24) (gekürzt) 324
5. Unrichtigkeitsnachweis bei Grundbucheintragung unter Übergehung eines Insolvenzsperrvermerks (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.05.2024, 19 W 67/23) 326

6. Anforderungen an den Nachweis der Verwalterbestellung – Angabe des Abstimmungsergebnisses im Beschlussprotokoll (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.08.2023, 19 W 57/22 (Wx)) 328  
mit Anmerkung **Wobst** 332

7. Zur Einreichung einer Löschungsbewilligung in Form einer elektronisch beglaubigten Abschrift (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 29.06.2023, 20 W 130/23) 333  
mit Anmerkung **Kloiber** 338

**FAMILIENRECHT**

8. Anspruch auf nachehelichen Unterhalt wegen Kindesbetreuung über das dritte Lebensjahr des Kindes hinaus (OLG Köln, Beschluss vom 07.11.2024, 14 UF 57/24) (LS) 340

9. Berücksichtigung eines Wohnrechts im Zugewinn-ausgleichsverfahren nach dem Tod des Wohnberechtigten (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 02.07.2024, 6 UF 213/23) (LS) 340

10. Wirksamkeit eines Grundstückskaufvertrags, mit dem ein Ehegatte aufgrund ihm erteilter Vollmacht das dem anderen Ehegatten allein gehörende Grundstück erwirbt (OLG München, Beschluss vom 25.04.2024, 16 UF 906/22) 341

**ERBRECHT**

11. Adoptivkinder als testamentarisch eingesetzte Nacherben (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 05.03.2024, 21 W 80/23) 350  
mit Anmerkung **Wucherer** 356
12. Einsichtsrecht des Pflichtteilsberechtigten in die grundbuchrechtliche Kostenrechnung (OLG München, Beschluss vom 15.02.2024, 34 Wx 36/24e) 359
13. Schutz des Nacherben gegen Verfügungen des Vorerben bei Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts auf den Vorerben (OLG Nürnberg, Urteil vom 01.09.2023, 1 U 676/22) 360  
mit Anmerkung **Meier** 365

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2025

14. Beginn der Ausschlagungsfrist im Fall der gesetzlichen Erbfolge bei abgebrochenem Kontakt zum Erblasser und Anfechtung der Erbschaftsannahme (KG, Beschluss vom 10.10.2023, 6 W 31/23) 367  
mit Anmerkung **Hartmann** 371

**Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht**

15. Angemessenheit einer Frist zur Behebung eines Eintragungshindernisses und Beschwerde gegen die Ablehnung einer Fristverlängerung durch das Grundbuchamt (BGH, Beschluss vom 21.03.2024, V ZB 17/23) 374
16. Kein Anspruch auf Austausch der zum Handelsregister angemeldeten Gesellschafterliste zur Löschung personenbezogener Daten (OLG München, Beschluss vom 25.04.2024, 34 Wx 90/24e) 377
17. Eintragung einer Geschäftsführerbestellung nur bei Nachweis der ordnungsgemäßen Ladung der zur Gesellschafterversammlung nichterschiene- nen Gesellschafter (KG, Beschluss vom 18.02.2025, 22 W 4/25) (LS) 379
18. Notwendiger Wortlaut einer Bescheinigung bei Satzungsänderung einer nach dem Musterprotokoll errichteten GmbH (KG, Beschluss vom 15.05.2024, 22 W 27/24) 379

**Internationales Privatrecht**

19. Grundbuchberichtigung bei einem Immobilienerwerb durch Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft nach polnischem Recht (OLG Stuttgart, Hinweisbeschluss vom 23.05.2024, 15 UF 23/24) 381

**Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht**

20. Prüfung der Parteifähigkeit einer Kommandit- gesellschaft als Gläubigerin im Klauselerteilungs- verfahren (BGH, Beschluss vom 30.01.2025, VII ZB 10/24) 383

**Kostenrecht**

21. Keine Berücksichtigung von Nachlassverbindlich- keiten bei der Bestimmung des Geschäftswerts für ein notarielles Nachlassverzeichnis (OLG Hamm, Beschluss vom 01.08.2023, 15 W 310/20) 386

**Öffentliches Recht**

22. Zeitpunkt für das Vorliegen der Voraussetzungen für die Zuweisung von Grundstücken eines land- wirtschaftlichen Betriebs bei bestehender Erben- gemeinschaft (BGH, Beschluss vom 22.11.2024, BLw 1/24) (LS) 387

**Steuerrecht**

23. Änderung im Gesellschafterbestand einer grundbesitzenden Personengesellschaft (BFH, Urteil vom 31.07.2024, II R 28/21) 388
24. Keine Grunderwerbsteuerbefreiung bei der Auf- hebung einer Wohnungseigentümergeinschaft (BFH, Urteil vom 31.07.2024, II R 30/21) 392
25. Freibetrag bei Übertragung von Vermögen auf eine Familienstiftung (BFH, Urteil vom 28.02.2024, II R 25/21) 396  
mit Anmerkung **Baumgartner** 398
26. Aufteilung des Kaufpreises auf Grund und Boden und Gebäude (FG München, Urteil vom 10.04.2024, 12 K 861/19) (LS) 400

**SONSTIGES 401****Hinweise für die Praxis 401**

**Volmer:** Gestaltungen zur Betreuerschenkung

**Tagungsbericht 403**

**Hösle:** Eat your brick – Umwandlung von Immobilien- vermögen in liquide Mittel (Darlehen, Teilverkauf und andere Gestaltungen)

**Veranstaltungshinweise 405****Neuerscheinungen 406**

# Registerrechtliche Probleme des Gesellschafterwechsels bei einer nach altem Recht im Grundbuch eingetragenen GbR

Zugleich Besprechung von OLG München, Beschluss vom 23.07.2024, 34 Wx 167/24e

Von Dr. **Fabian Kratzmeier**, LL.M. (Chicago), Regensburg\*

Mit vergleichsweise kurzem Zeitversatz nach Inkrafttreten der „Jahrhundert“-Reform des Personengesellschaftsrechts beschäftigt das – teils nur fragmentarisch geregelte – Übergangsrecht zum MoPeG seit Mitte des letzten Jahres zunehmend auch die Obergerichte. Aufbauend auf das umfangreiche – bisweilen aber durchaus gesplante – Schrifttum sorgt die zügige gerichtliche Aufarbeitung für erhöhte Rechtssicherheit und klare Leitlinien zur Bewältigung der Transformation hin zum neuen Regelungsmodell. Klärungsbedarf bereitet dabei unter anderem der Gesellschafterwechsel bei einer im Grundbuch eingetragenen GbR. Das gilt einerseits für die Abgrenzung zwischen altem und neuem Recht, zu dem das OLG München sich jüngst positionieren musste und sich dabei – allerdings ohne nähere Begründung – für vor dem 01.01.2024 eingeleitete Eintragungsvorgänge unter den Voraussetzungen von Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB für eine Berichtigung des Grundbuchs – also eine Fortgeltung des alten Rechts – ausgesprochen hat. Der vorliegende Beitrag unterzieht die Entscheidung einer kritischen Würdigung und liefert zugleich das argumentative Fundament für die – im Ergebnis zutreffende – Ansicht des Gerichts. Er richtet den Blick aber auch auf die neue Rechtslage, insbesondere Gesellschafterwechsel, die sich seit dem Inkrafttreten des MoPeG vollzogen haben und für die eine Fortgeltung des alten Rechts schlechthin ausscheidet. Im Zentrum steht dabei das berechnete Interesse des neu eingetretenen Gesellschafters, zügig als Gesellschafter im Register ausgewiesen zu werden. Diskutiert werden insoweit innergesellschaftliche Pflichten zur Mitwirkung bei der Registrierung der GbR im Gesellschaftsregister und der anschließenden Richtigstellung im Grundbuch sowie Möglichkeiten zur gerichtlichen Durchsetzung entsprechender Ansprüche und sonstige Handlungsoptionen des beigetretenen Gesellschafters.

## I. Sachverhalt

Eine GbR war – entsprechend der früheren Rechtslage (§ 47 Abs. 2 Satz 1 GBO a. F.) unter Angabe ihrer Gesellschafter – als Eigentümerin eines Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Mit notariellen Urkunden aus dem Jahre 2018 trat

ein Gesellschafter je  $\frac{1}{5}$  seines Gesellschaftsanteils an seine drei Abkömmlinge, die bisher noch keine Gesellschafter der GbR waren, ab, was jedoch zunächst nicht ins Grundbuch eingetragen wurde. Erst mit Schreiben vom 28.12.2023 beantragte der beurkundende Notar die Eintragung. Das Schreiben, dem Bewilligungserklärungen sämtlicher Gesellschafter beigelegt waren, trägt einen Eingangsstempel des Grundbuchamts vom 02.01.2024.

## II. Rechtlicher Hintergrund

Die Erfolgsaussichten des Eintragungsantrags hingen in erster Linie von der intertemporalen Anwendbarkeit des Grundbuchsrechts in der bis zum 31.12.2023 geltenden Fassung ab. Eine GbR darf gemäß § 47 Abs. 2 GBO n. F. nur noch ins Grundbuch aufgenommen werden, wenn sie im Gesellschaftsregister registriert ist; im Grundbuch wird dann auf ebendiese Eintragung verwiesen (§ 15 Abs. 1 Nr. 2 GBV n. F.). Existenz, Gesellschafterbestand und Vertretungsverhältnisse ergeben sich folglich allein aus dem Gesellschaftsregister und sind durch entsprechende Publizitätswirkungen abgesichert (§ 707a Abs. 3 BGB). Folgerichtig bestimmt Art. 229 § 21 Abs. 2 Satz 1 EGBGB, dass eine Berichtigung des im Grundbuch verlautbarten Gesellschaftsbestands nicht (mehr) stattfindet. Stattdessen wird insofern § 82 GBO hinsichtlich der Eintragung der Gesellschaft nach den durch das MoPeG geänderten Vorschriften im Grundbuch für entsprechend anwendbar erklärt; das Grundbuchamt kann die Registrierung als eGbR und die anschließende Richtigstellung im Grundbuch in diesem Fall also erzwingen. Art. 229 § 21 Abs. 2 EGBGB unterscheidet dabei nicht zwischen solchen Vorgängen, die materiellrechtlich bereits vor dem 01.01.2024 vollendet waren und solchen, deren Rechtswirkungen erst nach Inkrafttreten des MoPeG eingetreten sind. Der Wortlaut stellt allein darauf ab, dass „die Eintragung eines Gesellschafters [...] unrichtig geworden [ist]“, ohne den entsprechenden Zeitpunkt der Unrichtigkeit näher zu spezifizieren.

\* Der Autor ist wissenschaftlicher Referent in der Abteilung für Unternehmens- und Steuerrecht am Max-Planck-Institut für Steuerrecht und öffentliche Finanzen sowie Lehrbeauftragter für Handels- und Gesellschaftsrecht an der Universität Regensburg.



### III. Entscheidung

Die Entscheidung des OLG München befasst sich schwerpunktmäßig mit der stichtagsübergreifenden Ausnahmegesetzvorschrift des Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB, wonach § 899a BGB a. F. bzw. 47 Abs. 2 GBO a. F. auch auf Eintragungen nach dem 01.01.2024 Anwendung finden, wenn vor diesem Zeitpunkt bereits die Einigung oder Bewilligung erklärt und der Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt gestellt wurde. Insofern führt das Gericht aus, dass für den Zeitpunkt des „Stellens“ eines Eintragungsantrags im Sinne der Norm – entsprechend der zu § 878 BGB entwickelten Grundsätze, dem die Regelung ausdrücklich nachgebildet ist<sup>1</sup> – auf § 13 Abs. 2 Satz 2 GBO abzustellen ist.<sup>2</sup>

### IV. Bewertung der Entscheidung

#### 1. Anwendbarkeit von Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB auf Berichtigungen des Gesellschafterbstands

Begrüßenswert ist zunächst, dass die Entscheidung von einer grundsätzlichen Anwendbarkeit des Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB auf reine Berichtigungsanträge auszugehen scheint. Damit setzt sich das OLG München – wenn auch nur beiläufig<sup>3</sup> und ohne vertiefte Begründung – in Widerspruch zu einem kurz zuvor ergangenen Beschluss des OLG Frankfurt a. M. Dieses hatte entschieden, dass die Berichtigung des Gesellschafterbstands in Art. 229 § 21 Abs. 2 EGBGB abschließend geregelt werde, Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB insoweit also nicht zu Anwendung komme. Berichtigungen des im Grundbuch verlautbarten Gesellschafterbstands einer GbR seien danach seit dem 01.01.2024 per se ausgeschlossen – unabhängig davon, wann der entsprechende Berichtigungsantrag gestellt wurde.<sup>4</sup>

1 RegBegr. BT-Drucks. 19/27635, S. 219; auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.04.2024, 2 Wx 25/24, FGPrax 2024, 155 Rdnr. 21 hatte sich zur Auslegung von Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB bereits am Meinungsstand zu § 878 BGB orientiert.

2 Ausführlich hierzu bereits *Dressler-Berlin*, Rpfleger 2023, 710, 717.

3 Sowohl im vorliegenden Fall als auch bei OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 11.04.2024, 20 W 187/23, ZIP 2024, 1397 fehlte es jeweils an einem Tatbestandsmerkmal des Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB, namentlich dem (rechtzeitigen) Eintragungsantrag respektive der (rechtzeitigen) Bewilligung, sodass es auf die generelle Frage der Anwendbarkeit in keinem der beiden Fälle entscheidungserheblich ankam.

4 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 11.04.2024, 20 W 187/23, ZIP 2024, 1397 Rdnr. 17 ff.; bestätigt im Beschluss vom 01.10.2024, 20 W 77/24, FGPrax 2025, 56 Rdnr. 34 ff.; in der Literatur ist die Entscheidung überwiegend auf Zustimmung gestoßen, vgl. etwa *Ante*, RFamU 2024, 336; *Kittner*, GWR 2024, 234; *Schroetter*, ZfIR 2024, 399; ohne Auseinandersetzung in der Sache auch *Reetz* in BeckOK-GBO, Stand: 02.09.2024, § 47 Rdnr. 98; *H.-W. Eckert* in BeckOK-BGB, Stand: 01.08.2024, § 899a Rdnr. 1; unentschieden *Cramer*, ZIP 2024, 1884 („vertretbar“, jedoch „wertungsmäßig wenig überzeugend“); dezidiert a. A. *Dressler-Berlin*, Rpfleger 2023, 710, 715 f.; tendenziell ebenso *Leuering/Rubner*, NJW-Spezial 2024, 593 sowie *Enneking/Wöffen*, NZG 2023, 994, 995.

Nach Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB gilt das alte Recht – konkret § 899a BGB a. F. und § 47 Abs. 2 GBO a. F. – für Eintragungen fort, wenn die Einigung oder Bewilligung vor dem Inkrafttreten des MoPeG erklärt und der Antrag auf Eintragung vor diesem Zeitpunkt beim Grundbuchamt gestellt wurde. Schon mit Blick auf die allgemeine grundbuchrechtliche Terminologie, die in § 22 GBO selbst von einer berichtigenden „Eintragung“ spricht, erschließt sich insoweit nicht, warum „Eintragungen“ im Sinne von Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB ausschließlich als (Erst-)Eintragung der GbR zu verstehen sein soll.<sup>5</sup>

Auch die Systematik der Übergangsregelung spricht dafür, dass die stichtagsübergreifenden Ausnahmegesetzvorschriften sowohl auf materiellrechtlich konstitutive als auch auf berichtigend-deklaratorische Eintragungen anwendbar sind. Richtig ist zwar, dass die Gesetzesbegründung als Anwendungsbeispiel auf den Erwerb durch eine GbR verweist, bei der Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB von der Voreintragungsobliegenheit des § 47 Abs. 2 GBO n. F. dispensiert.<sup>6</sup> Es dürfte allerdings unstreitig sein, dass Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB auch jenseits dieser Sachverhaltskonstellation Geltung beansprucht. Insbesondere befreit die Norm bei einer Verfügung zulasten der im Grundbuch bereits (nach altem Recht) eingetragenen GbR von der ansonsten bestehenden Voreintragungsobliegenheit des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB.<sup>7</sup> Insofern erscheint es in systematischer Hinsicht fernliegend, dass sich die in Abs. 4 normierte Ausnahmeregelung – ohne jeden Hinweis im Wortlaut – nur auf die Grundregel in Abs. 1, nicht aber auf diejenige in Abs. 2 beziehen soll. Im Übrigen ist eine Ersteintragung einer GbR nach § 47 Abs. 2 GBO n. F. – auf die Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB gerade zugeschnitten sein soll – nach einem gesetzlichen Erwerb außerhalb des Grundbuchs, etwa einem Erbfall, auch als reine Berichtigung denkbar, sodass die diesbezügliche Differenzierung des OLG Frankfurt a. M. ohnehin nicht aufrechterhalten werden kann. Hinzu kommt, dass Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB die Fortgeltung von § 47 Abs. 2 GBO a. F. im Ganzen anordnet – einschließlich dessen Satz 2, der sich allein auf den Gesellschaftereintrag einer GbR bezieht, obwohl es dem Gesetzgeber ein Leichtes gewesen wäre, die Verweisung auf Satz 1 zu begrenzen.

Zuzugeben ist freilich, dass Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB tatbestandsseitig neben dem Eintragungsantrag auch eine (dingliche) Einigung oder eine Bewilligung voraussetzt und damit auf Kategorien abstellt, von welchen nur

5 So aber OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 11.04.2024, 20 W 187/23, ZIP 2024, 1397 Rdnr. 17 sowie Beschluss vom 01.10.2024, 20 W 77/24, FGPrax 2025, 56 Rdnr. 35; sympathisierend mit Verweis auf einen entsprechenden Sprachgebrauch in der Praxis auch *Ante*, RFamU 2024, 336, 337.

6 RegBegr., BT-Drucks. 19/27635, S. 219.

7 In einem solchen Fall wird aber der Erwerber eingetragen; schon deshalb kann OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 11.04.2024, 20 W 187/23, ZIP 2024, 1397 Rdnr. 17 und Beschluss vom 01.10.2024, 20 W 77/24, FGPrax 2025, 56 Rdnr. 35 sowie *Schroetter*, ZfIR 2024, 399, 399 nicht darin gefolgt werden, Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB regle nur die (Neu-)Eintragung der GbR.

Letztere einen unmittelbaren Bezug zur Grundbuchberichtigung aufweist und bei Erbringung des Unrichtigkeitsnachweises sogar entbehrlich ist (vgl. § 22 Abs. 1 GBO).<sup>8</sup> Das aber spricht nicht zwingend gegen eine Anwendung der Norm, sofern im konkreten Fall<sup>9</sup> vor dem Stichtag eine entsprechende (Berichtigungs-)Bewilligung erteilt wurde. Immerhin ist Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB erklärtermaßen der Regelung in § 878 BGB nachempfunden<sup>10</sup>, die unstreitig nicht nur für konstitutive Eintragungen gilt, sondern auch (Berichtigungs-)Bewilligungen gegen nachträglich eintretende Verfügungsbeschränkungen immunisiert.<sup>11</sup>

Auch dass Abs. 4 Satz 2 der Übergangsregelung eine Vorverlagerung nur für den Vollzug eines vormerkungsgesicherten Anspruchs vorsieht und daher per se nicht auf Gesellschafterwechsel anwendbar ist, führt zu keiner abweichenden Beurteilung. Das gilt schon deshalb, weil die Formulierung des Anwendungsbereichs – ausgerichtet am Telos – insgesamt misslungen ist.<sup>12</sup> Das mag auch daran liegen, dass die Vorschrift in den ursprünglichen Entwürfen noch gar nicht vorgesehen war<sup>13</sup> – und auch in der Regierungsbegründung nicht mit einem einzigen Wort gewürdigt wird. Rückschlüsse auf die innere Systematik von Art. 229 § 21 EGBGB lassen sich daraus also kaum ziehen. Zwar hätte man als funktionalem Pendant zur Vormerkung auch einem – die künftige Berichtigung absichernden – Widerspruch eine entsprechende perpetuierende Wirkung beimessen können,<sup>14</sup> das Telos von Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 2 EGBGB würde dadurch allerdings regelmäßig verfehlt. Denn die Regelung bezweckt, den Parteien die Verwendbarkeit der – typischerweise in einem Termin gemeinsam beurkundeten – Vollzugserklärungen zu erhalten.<sup>15</sup> Diesbezüglich unterscheiden sich Vormerkung und Widerspruch jedoch gravierend, dient Letzterer in der Praxis doch vor allem dazu, den Betroffenen vor nachteiligen Veränderungen schon zu einem Zeitpunkt zu schützen, zu dem dieser über die zur Berichtigung erforderlichen (öffentlichen) Urkunden eben noch nicht verfügt, sondern sich diese – ins-

besondere durch eine Klage nach § 894 BGB<sup>16</sup> – erst beschaffen muss.

Als einziger Punkt verbleibt die Frage, warum der Gesetzgeber eine Ausnahmeregelung für stichtagsübergreifende Eintragungsvorgänge nur auf dem Gebiet des Grundstücksverkehrs geschaffen hat, während es für (naturgemäß rein deklaratorische) Eintragungen in anderen Publizitätsmedien bei der harten Stichtagsbetrachtung bleibt. Das MoPeG sieht weder für die Berichtigung der GmbH-Gesellschafterliste<sup>17</sup> noch für die Korrektur des Gesellschafterbestands einer GbR als Gesellschafterin einer Personenhandelsgesellschaft im Handelsregister<sup>18</sup> eine entsprechende Perpetuierung des alten Rechts vor. Die Rechtfertigung für die Sonderregel im Liegenschaftsrecht liegt freilich auf der Hand: Der stark formalisierte Eintragungsvorgang im Grundbuch dauert schlicht ein Vielfaches länger als eine Anmeldung zum Handelsregister<sup>19</sup> – und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine konstitutive oder eine deklaratorische Eintragung handelt. Allein die Beschaffung der grunderwerbsteuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung<sup>20</sup> wird bisweilen mehrere Monate beanspruchen – und damit zulasten der Parteien gehen, wenn diese das alte Recht als individuell vorteilhafter empfinden als die Neuregelung. Ähnliche Überlegungen haben kürzlich auch das OLG Düsseldorf dazu bewogen, einen (noch) nicht vollzugs-

8 Darauf rekurrend *Schroetter*, ZfIR 2024, 399, 399.

9 Da dies im OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 11.04.2024, 20 W 187/23, ZIP 2024, 1397 und (wohl) auch dem Beschluss vom 01.10.2024, 20 W 77/24, FGPrax 2025, 56 zugrunde liegenden Sachverhalt nicht der Fall war, erweisen sich die dortigen Entscheidungen im Ergebnis als richtig.

10 RegBegr., BT-Drucks. 19/27635, S. 219.

11 *Lettmaier* in MünchKomm-BGB, 9. Aufl. 2023, § 878 Rdnr. 16.

12 *Kratzmeier*, ZfIR 2023, 197, 208; krit. auch *Dressler-Berlin*, Rpfleger 2023, 710, 717.

13 Ein Pendant zum heutigen Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 2 EGBGB war weder im Mauracher Entwurf noch im Referentenentwurf enthalten.

14 Zur Vernachlässigung des Widerspruchs im Übergangsrecht *Wilsch*, MittBayNot 2023, 457, 465.

15 *Kratzmeier*, ZfIR 2023, 197, 207 f.

16 Ist die auf Bewilligung durch die eingetragenen Gesellschafter gerichtete Klage nach §§ 894, 988 a S. 2 BGB zum Stichtag bereits rechtshängig gewesen, dürfte die Umstellung des Klageantrags auf Beschlussfassung und Anmeldung zur Registrierung angesichts der geänderten Rechtslage nach § 264 Nr. 3 ZPO stets zulässig sein.

17 § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F. sieht eine Voreintragungsobliegenheit sowohl für die (Neu-)Eintragung einer GbR als auch für Veränderungen einer existierenden Eintragung einer GbR vor, wozu neben dem Übergang des Geschäftsanteils auf einen Dritten (str.) auch die Änderung in der Zusammensetzung des – nach altem Recht mit einzutragenden – Gesellschafterbestands der Gesellschafter-GbR zu zählen ist (vgl. § 12 Abs. 2 EGGmbHG).

18 Vgl. Art. 89 EGHGB; es sei der Vollständigkeit allerdings darauf hingewiesen, dass dort – ebenso wie in der RegBegr. BT-Drucks. 19/27635, S. 260 – lediglich „spätere Änderungen in der Zusammensetzung der Gesellschafter“ von der Berichtigung ausgeschlossen werden, was sich ohne Weiteres auch auf das Inkrafttreten des MoPeG beziehen ließe, mit der Folge, dass vor dem 01.01.2024 vollendete Änderungen im Gesellschafterbestand generell noch (nach altem Recht) berichtigungsfähig wären.

19 Insbesondere im Rahmen der Kapitalerhöhung bei der GmbH, bei der eine GbR als Übernehmerin zunächst in der (ggf. noch altem Recht unterliegenden) Übernehmerliste nach § 57 Abs. 3 Nr. 2 GmbHG sowie – nach Wirksamwerden der Kapitalmaßnahme – als Gesellschafterin in der (ggf. schon nach neuem Recht zu aktualisierenden) Gesellschafterliste auszuweisen ist, kann das Fehlen einer Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB entsprechenden stichtagsübergreifenden Übergangsregelung allerdings zu Problemen führen; vgl. dazu *Wertenbruch/Alm*, GmbHR 2024, 225 Rdnr. 18.

20 Diese war wegen § 1 Abs. 2a GERStG auch für die Berichtigung des Gesellschafterbestands erforderlich; vgl. *Pahlke* in *ders.*, GrEStG, 7. Aufl. 2023, § 22 Rdnr. 3.

fähigen Eintragungsantrag für die Perpetuierung des alten Rechts gemäß Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB als ausreichend zu erachten und die in der Zwischenverfügung gesetzte Frist zur Beibringung der Unbedenklichkeitsbescheinigung großzügig zu verlängern.<sup>21</sup>

Insgesamt sprechen damit die besseren Gründe dafür, Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB auch auf Berichtigungen des Gesellschafterbestands anzuwenden, sofern Eintragungsantrag und Bewilligung rechtzeitig gestellt bzw. erklärt wurden.

## 2. Eingang beim Grundbuchamt als stichtagsrelevantes Ereignis

Nach dem vorliegenden Beschluss des OLG München soll es für die nach Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB erforderliche Stichtagsbetrachtung – soweit der Antrag in Papierform gestellt wird<sup>22</sup> – gemäß § 13 Abs. 2 Satz 2 GBO auf die Vorlage des Antrags beim zuständigen Rechtspfleger des Grundbuchamts – und nicht auf den Eingang beim AG – ankommen. Zur Begründung verweist der Senat auf den Wortlaut von Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB, wonach die Antragstellung „beim Grundbuchamt“ ausschlaggebend ist, sowie auf die einhellige Meinung zu § 878 BGB. Da die Gesetzesbegründung den Vorbildcharakter dieser Norm explizit herausstellt, erscheint ein Gleichlauf in der Auslegung durchaus vertretbar; angesichts der unterschiedlichen Regelungsmaterie der beiden Vorschriften ist er teleologisch indes keineswegs zwingend. Immerhin bezweckt § 878 BGB einen Interessenausgleich zwischen zwei konfligierenden Schutzanliegen im Wege einer materiellen Risikozuweisung (zwischen dem Erwerber einerseits und dem Schutzadressaten der betreffenden Verfügungsbeschränkung andererseits), während es bei Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB „nur“ um die intertemporale Abgrenzung von altem und neuem Recht geht. Im Anwendungsbereich von Art. 229 § 21 Abs. 4 Satz 1 EGBGB würde dem Einzutragenden demnach ohne korrespondierendes Schutzanliegen das (unbeherrschbare) Verzögerungsrisiko zwischen Eingang beim AG und Vorlage beim Grundbuchbeamten aufgebürdet, was eine Anwendung von § 13 Abs. 2 Satz 2 GBO – jedenfalls bei teleologischer Betrachtung – durchaus zweifelhaft erscheinen lässt.

## V. Die Stellung des „neuen“ Gesellschafters bei Anwendbarkeit neuen Rechts

Kommt man zur Anwendbarkeit neuen Rechts, sieht sich der materiellrechtlich bereits eingetretene, jedoch im Grundbuch nicht als solcher verlautbarte Gesellschafter einem gewissen Dilemma ausgesetzt: Die – insoweit falsche, weil unvollständige – Buchposition seiner Mitgesell-

schafter birgt zwar nicht mehr das Risiko der Veräußerung an einen gutgläubigen Erwerber, denn § 899a BGB ist zum 01.01.2024 außer Kraft getreten.<sup>23</sup> Dessen Rechtsgedanken setzt sich allerdings in Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB fort, wonach die Richtigstellung im Grundbuch auf die – zuvor registrierte – eGbR aufgrund einer Bewilligung aller im Grundbuch verlautbarten Gesellschafter erfolgt. Die Buchgesellschaften hätten es demnach auch in der Hand, im Rahmen der Richtigstellung eine andere (ggf. neugegründete) oder jedenfalls eine den Gesellschafterbestand falsch wiedergebende eGbR eintragen zu lassen, die sodann wirksam über das Grundstück verfügen könnte.<sup>24</sup> Der beigetretene Gesellschafter hat demnach ein schützenswertes Interesse daran, alsbald als Gesellschafter verlautbart zu werden und dadurch die (stetige) Gefahr des (mittelbaren) Rechtsverlusts zu beseitigen.

## 1. Materieller Registrierungsanspruch des „neuen“ Gesellschafters

Nach altem Recht stand dem (noch) nicht im Grundbuch aufgeführten Gesellschafter gegen seine Mitgesellschafter ein Anspruch auf Mitwirkung an der Berichtigung des Grundbuchs zu, der regelmäßig auf Bewilligung der entsprechenden Eintragung gerichtet war.<sup>25</sup> Ein solcher ergab sich unproblematisch aus § 894 i. V. m. § 899a Satz 2 BGB a. F., da die Verlautbarung eines unzutreffenden bzw. unvollständigen Gesellschafterbestands der unrichtigen Eintragung gleichgestellt wurde; auch die Eintragung eines Widerspruchs zur vorläufigen Sicherung des Berichtigungsanspruchs war möglich. Auf der Grundlage des neuen Rechts ist dieser Weg freilich nicht mehr gangbar, denn die Alteintragung genießt grundsätzlich Bestandsschutz<sup>26</sup>; sie ist, da die GbR als Rechtsinhaberin ausgewiesen wird und dem verlautbarten Gesellschafterbestand keine rechtliche Bedeutung mehr zukommt<sup>27</sup>, nicht unrichtig im Rechtssinne.<sup>28</sup>

23 Richtigerweise stünde einer Veräußerung der „alten“ GbR über das Grundstücksrecht bereits die Voreintragungsobliegenheit des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB entgegen; vgl. dazu bereits ausführlich m. w. N. auch zur Gegenposition *KratzImeier*, ZfIR 2023, 197, 202 ff. sowie in diesem Sinne nunmehr OLG München, Beschluss vom 08.10.2024, 34 Wx 234/24e, DNotZ 2025, 33; OLG Dresden, Beschluss vom 10.06.2024, 17 W 345/24, RFamU 2024, 485; OLG Celle, Beschluss vom 16.04.2024, 20 W 23/24, DNotZ 2024, 857 [Rechtsbeschwerde anhängig beim BGH unter Az. V ZB 17/24]; beiläufig auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.04.2024, 2 Wx 25/24, FGPrax 2024, 155 Rdnr. 30.

24 *Dressler-Berlin*, Rpfleger 2023, 710, 711.

25 *H. Schäfer* in MünchKomm-BGB, § 899a Rdnr. 33.

26 Dazu *KratzImeier*, ZfIR 2023, 197, 201.

27 Der ausgewiesene Gesellschafterbestand hat seit dem Außerkrafttreten von § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO a. F. und § 899a Satz 2 BGB a. F. keine (über Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB hinausgehende) Bedeutung mehr.

28 Das übersieht *Reetz* in BeckOK-GBO, § 47 Rdnr. 121.

21 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.04.2024, 3 Wx 25/24, FGPrax 2024, 155.

22 Bei der elektronischen Übermittlung von Eintragungsanträgen, die seit dem 24.06.2024 an allen bayerischen Amtsgerichten zulässig und für Notare verpflichtend ist (vgl. § 135 GBO i. V. m. §§ 1, 19, Anlage 1 BayERVV-Ju), gilt der Antrag gemäß § 136 Abs. 1 Satz 1 GBO bereits mit Aufzeichnung bei der Empfangseinrichtung als beim Grundbuch eingegangen.



Damit rückt die schon zur alten Rechtslage vereinzelt aufgeworfene<sup>29</sup> Frage ins Zentrum, ob sich (auch) aus dem gesellschaftsrechtlichen Treueverhältnis ein entsprechender Eintragungsanspruch des neuen Gesellschafters ergeben kann. Die Prämissen haben sich dabei freilich durch das MoPeG geändert: Ein entsprechender Mitwirkungsanspruch wäre nicht mehr auf Aufnahme ins Grundbuch gerichtet, da diese nach Art. 229 § 21 Abs. 2 EGBGB ausgeschlossen ist. Anspruchsinhalt könnte vielmehr nur die Registrierung<sup>30</sup> der GbR – einschließlich des aktuellen Gesellschafterbstands – im Gesellschaftsregister samt anschließender Richtigstellung auf die eGbR im Grundbuch sein. Eine Registrierung als eGbR bringt allerdings auch für die Gesellschaft und die übrigen Gesellschafter gravierende Rechtsfolgen mit sich, die qualitativ deutlich über die Wirkungen der Eintragung nach § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO a. F. hinausgehen; genannt sei nur die allgemeine (nicht auf das betreffende Grundstück beschränkte) Publizitätswirkung nach § 707a III BGB n. F., der Ausschluss der isolierten Löschung gemäß § 707a Abs. 4 BGB sowie die Pflicht zur Aufnahme ins Transparenzregister (einschließlich der wirtschaftlich Berechtigten) nach § 20 GwG. Nicht umsonst wird die interne Willensbildung über die Registrierung im Gesellschaftsregister überwiegend als Grundlagenentscheidung im Sinne des § 714 BGB n. F. eingeordnet<sup>31</sup>, die grundsätzlich nur einstimmig getroffen werden darf. Zwar ist anerkannt, dass die gesellschaftliche Treuepflicht Ausgangspunkt für Ansprüche der Gesellschafter untereinander auf Anpassung des Gesellschaftsvertrags sein kann, sofern dies notwendig erscheint, um den Fortbestand der

Gesellschaft und deren Zweckerreichung zu sichern.<sup>32</sup> Das gilt insbesondere, wenn die Gesellschaft darauf gerichtet ist, künftig Gegenstände zu erwerben, bei denen eine Eintragung in ein Objektregister erfolgt und die Registrierung daher zwingend ist.<sup>33</sup> Ein gesellschaftsrechtlicher Anspruch auf Registrierung (bzw. eine dahingehende Beschlussfassung) einer Bestandsgesellschaft, deren Gesellschaftszweck lediglich im Halten bereits erworbener (und nach altem Recht im Grundbuch eingetragener) Liegenschaftsrechte besteht, wird allerdings bislang nur vereinzelt befürwortet.<sup>34</sup> Zu bedenken ist dabei freilich, dass das Grundbuchamt die Gesellschaft gemäß Art. 229 § 21 Abs. 2 Satz 2 EGBGB i. V. m. § 82 GBO zur Registrierung auffordern und ggf. gemäß § 35 FamFG mit Zwangsmitteln belegen kann. Gänzlich frei in ihrer Entscheidung sind die Gesellschafter einer grundstückshaltenden (und den Gesellschafterbstand falsch ausweisenden) GbR also ohnehin nicht. Eine solche Zwangsberichtigung erfolgt freilich vorwiegend im öffentlichen Interesse,<sup>35</sup> sodass sich daraus keine unmittelbaren Rückschlüsse auf die privatrechtlichen Rechtsbeziehungen zwischen den Gesellschaftern ableiten lassen.<sup>36</sup> Spätestens sobald die verhängten Zwangsgelder den Bestand der Gesellschaft und deren Zweckerreichung ernstlich zu beeinträchtigen drohen, wird man jedoch als Ausfluss der allgemeinen Förderungspflicht einen innergesellschaftlichen Anspruch auf Mitwirkung zur Registrierung und anschließenden Richtigstellung annehmen müssen. Auch unabhängig vom Einschreiten des Grundbuchamts spre-

29 Siehe H. Schäfer in MünchKomm-BGB, § 899a Rdnr. 33, allerdings bezogen auf einen Anspruch auf Bewilligung durch die Gesellschaft (der es richtigerweise ohnehin nicht bedurft hatte); der Anspruch des GmbH-Gesellschafters gegen die GmbH und seine Mitgesellschafter(-geschäftsführer) auf Einreichung/Beibehaltung einer zutreffenden Gesellschafterliste wird ebenfalls auf die Treuepflicht gestützt, vgl. dazu BGH, Beschluss vom 08.11.2022, II ZR 91/21, BGHZ 235, 57 = NZG 2023, 784 Rdnr. 20, 26 ff.

30 Die Anmeldung hat gemäß § 707 Abs. 4 BGB durch alle Gesellschafter zu erfolgen; ihr vorgelagert (soweit nicht konkludent in der Anmeldung enthalten) ist allerdings die Beschlussfassung innerhalb der Gesellschaft, die damit auch primärer Anknüpfungspunkt für einen entsprechenden Mitwirkungsanspruch des Neugesellschafters ist; vgl. zu dieser Unterscheidung zwischen innergesellschaftlicher Willensbildung und verfahrensrechtlicher Anmeldung grundlegend Schön, DB 1998, 1169, 1175.

31 Servatius, GbR, 2023, § 707 Rdnr. 8; ders. in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 707 BGB Rdnr. 2; Lorenzen, DNotZ 2024, 163, 169; das Einstimmigkeitserfordernis aus § 707 Abs. 4 BGB n. F. ableitend Krafa in BeckOGK-BGB, Stand: 01.01.2024, § 707 Rdnr. 26.1; für das Eintragungswahlrecht der OHG gemäß § 105 Abs. 2 HGB a. F. entsprach das Einstimmigkeitserfordernis der allgemeinen Meinung, vgl. m. w. N. Fleischer in MünchKomm-HGB, 5. Aufl. 2022, § 105 Rdnr. 77; zum neuen § 107 Abs. 1 HGB siehe nur Henssler in Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, § 107 HGB Rdnr. 8.

32 Servatius, GbR, 2023, § 705 BGB Rdnr. 57; § 707 Rdnr. 8; ders. in Heidel/Hirte, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2024, § 19 Rdnr. 6.

33 John, NZG 2022, 243, 244; Luy/Sorg, DNotZ 2023, 657, 660 f.; Baschnagel/Hilser, notar 2023, 167, 170; Freier in Heckschen/Freier, Das MoPeG in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2024, § 3 Rdnr. 80.

34 Szalai in Koch, Personengesellschaftsrecht, 2024, § 707 Rdnr. 9; ansatzweise auch Reetz in BeckOK-GBO, § 47 Rdnr. 121 sowie Enders in BeckOK-BGB, § 707 Rdnr. 98; ablehnend hingegen Baschnagel/Hilser, notar 2023, 167 (170); wohl auch Krafa in BeckOGK-BGB, § 707 Rdnr. 26.1 („setzt das Einverständnis aller Gesellschafter voraus“) sowie Lieder in Erman, BGB, 17. Aufl. 2024, § 707 Rdnr. 6 (Pflicht nur, wenn der Unternehmensgegenstand den „Erwerb registrierter Rechte“ erfordert); generell zurückhaltend auch Schmitt in Heidel, GbR, 2024, § 707 Rdnr. 47.

35 Holzer in BeckOK-GBO, § 82 Rdnr. 1 m. w. N.

36 Von dieser Konstellation der (fakultativen) Ersteintragung zu unterscheiden ist die öffentlichrechtliche (und zwingende) Pflicht zur Anmeldung gemäß § 707 Abs. 3 BGB oder § 106 Abs. 1, 6 HGB, die durch einen entsprechenden privatrechtlichen Anspruch zwischen den Gesellschaftern auf Mitwirkung unterlegt ist (vgl. BGH, Urteil vom 10.12.1973, II ZR 53/72, NJW 1974, 498, 499), wobei derartige Anmeldepflichten (und potenzielle Zwangsgelder gemäß § 14 HGB) insoweit jeden Gesellschafter einzeln treffen, während Art. 229 § 21 Abs. 2 EGBGB grundsätzlich von einem Bestandsschutz der Eintragung ausgeht, sich ein Registrierungs- und Richtigstellungsgebot also erst aus der diesbezüglichen grundbuchamtlichen Aufforderung ergibt und § 82 GBO sich überdies gegen die GbR – und nicht gegen die Gesellschafter – richtet.

chen indes gute Gründe dafür, jedenfalls dem nicht im Grundbuch verlautbarten Gesellschafter einen entsprechenden Mitwirkungsanspruch gegen seine Mitgesellschafter zuzusprechen. Denn andernfalls würde diesem zugemutet, auf unbestimmte Zeit einen unzutreffenden Registerstand zu dulden, der für ihn mit dem stetigen Risiko des (mittelbaren) Rechtsverlusts verbunden ist, ohne dass er sich hierauf – wie beispielsweise durch die Vereinbarung von Einzelvertretungsmacht – willentlich eingelassen hat.

## 2. Durchsetzung des Registrierungsanspruchs

Für die Durchsetzung eines solchen Anspruchs wird dem Gesellschafter dabei in der Regel nur der Gang zum zuständigen Prozessgericht – ggf. im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes – offenstehen. Insbesondere die nunmehr in § 715a BGB geregelte Notgeschäftsführungsbefugnis bietet keine Grundlage für eine eigenmächtige Anmeldung der GbR zum Gesellschaftsregister. Das liegt schon daran, dass es sich bei der in § 707a Abs. 1, 4 BGB allen Gesellschaftern gemeinschaftlich zugewiesenen Anmeldebefugnis um eine Frage des Außenrechts der GbR handelt, Notgeschäftsführungsmaßnahmen durch § 715a BGB aber erklärtermaßen<sup>37</sup> und entsprechend seiner systematischen Stellung<sup>38</sup> lediglich im Innenverhältnis legitimiert werden.

Eine Registrierung im Gesellschaftsregister ist demnach insbesondere auf Grundlage einer rechtskräftigen oder vorläufig vollstreckbaren Entscheidung des Prozessgerichts möglich, durch die die Mitwirkung der Mitgesellschafter bei der Anmeldung gemäß § 707b Nr. 2 i. V. m. § 16 Abs. 1 Satz 1 HGB ersetzt werden kann. Angesichts des jederzeit drohenden Rechtsverlusts wird dem nicht im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter naturgemäß an einer möglichst schnellen Registrierung (und anschließenden Richtigstellung im Grundbuch) gelegen sein. Diese registertypische Gefährdungslage würde es auf den ersten Blick nahelegen, in Anlehnung an § 899 Abs. 2 Satz 2 BGB<sup>39</sup> auf eine Glaubhaftmachung des Verfügungsgrunds im einstweiligen Rechtsschutz zu verzichten. Dabei würde indes verkannt, dass die hier zu beurteilende Konstellation in einem wesentlichen Punkt von der § 899 BGB zugrunde liegenden Interessenlage abweicht: Denn da ein Widerspruch nicht mehr statthaft ist, richtet sich das Begehren stets auf die Registrierung im Gesellschaftsregister (und die anschließende Richtigstellung im Grundbuch) – und damit auf eine Leistungsverfügung.<sup>40</sup> Zwar ist weitgehend anerkannt, dass

eine Eintragung gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 HGB auch aufgrund einer einstweiligen Verfügung erfolgen kann, die insoweit regelmäßig die Hauptsache vorweg nehmen wird.<sup>41</sup> Abgesehen davon, dass eine Leistungsverfügung auch im handels- und gesellschaftsrechtlichen Kontext auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben muss<sup>42</sup> und daher ein besonderes Schutzbedürfnis des Verfügungsklägers voraussetzt, ist die Vorwegnahme der Hauptsache im einstweiligen Rechtsschutz jedenfalls dann regelmäßig ausgeschlossen, wenn diese zu irreversiblen Folgen führen würde.<sup>43</sup> So liegt die Sache hier, da eine isolierte Löschung aus dem Gesellschaftsregister gemäß § 707a Abs. 4 BGB unzulässig ist, die Registrierung also – nach einer etwaigen entgegengesetzten Entscheidung in der Hauptsache – nicht mehr revidiert werden könnte.<sup>44</sup> Daher erscheinen die Hürden im einstweiligen Rechtsschutz – trotz der registertypischen Gefährdungslage – (nahezu) unüberwindbar.

Dass die gesetzlichen Regelungen nur schwer passen, zeigt sich auch im zweiten Schritt, nämlich der – auf eine Registrierung der GbR folgenden – Richtigstellung des Grundbucheintrags auf die eGbR. Diese erfolgt ausnahmsweise nicht im Amts- und Freibeweisverfahren, sondern unterliegt gemäß Art. 229 § 21 Abs. 3 EGBGB den §§ 13 ff. GBO und setzt die Bewilligung durch die Buchgesellschafter voraus, die im einstweiligen Rechtsschutz wiederum nur unter den erhöhten Voraussetzungen einer Vorwegnahme der Hauptsache zu erlangen wäre. Zudem werden anders als im Gesellschaftsregister die zur Eintragung im Grundbuch erforderlichen Erklärungen des Beklagten analog § 894 Satz 1 ZPO erst nach Eintritt der formellen Rechtskraft fingiert; die vor-

37 RegBegr., BT-Drucks. 19/27635, S. 154; vgl. dazu *Servatius*, GbR, § 715a Rdnr. 3, 14 f.

38 Dafür spricht die Stellung im Kapitel 2 über das „Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und der Gesellschafter zur Gesellschaft“ sowie der Vergleich mit § 730 Abs. 1 Satz 3 BGB, der sich ausdrücklich (auch) auf die Vertretungsbefugnis bezieht.

39 Bis zum 31.12.2023 kam diese Vorschrift dem eintretenden Gesellschafter über § 899a Satz 2 BGB a. F. unmittelbar zugute; eine Parallelregelung findet sich in § 16 Abs. 3 Satz 5 GmbHG, da dort ebenfalls ein Rechtsverlust durch gutgläubigen Wegerwerb droht.

40 Eine solche ablehnend *Enders* in BeckOK-BGB, § 707 Rdnr. 98.

41 Vgl. dazu bereits die Begründung zum Entwurf eines Handelsgesetzbuches für das Deutsche Reich von 1895 zu § 14 (abgedruckt bei *Schubert/Schmiedel/Krampe*, Quellen zum Handelsgesetzbuch von 1897, 1987, Bd. II/1 S. 25); BayObLG, Beschluss vom 06.12.1985, BReg. 3 Z 116/85, NJW-RR 1986, 523; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21.05.2015, 20 W 268/14, BeckRS 2016, 2604, Rdnr. 26.

42 Siehe dazu jüngst etwa OLG Brandenburg, Beschluss vom 22.11.2023, 7 W 117/23, ZIP 2024, 187 Rdnr. 5 ff. (kein Gebot zur Einreichung einer neuen GmbH-Gesellschafterliste durch Leistungsverfügung) unter Abgrenzung zu BGH, Urteil vom 02.07.2019, II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rdnr. 39; siehe auch Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, DNotZ 2014, 463 Rdnr. 39 (jeweils Untersagung der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste durch Sicherungsverfügung).

43 RG, Beschluss vom 25.04.1908, I 185/07, LZ 1908, 595 (Ls.); *Merkt* in Hopt, HGB, 43. Aufl. 2024, § 16 Rdnr. 3; *Koch/Harnos* in Staub-HGB, 2. Aufl. 2023, § 16 Rdnr. 14; *Roth/Stelmarsczyk* in Koller/Kindler/Drüen, HGB, 10. Aufl. 2023, § 16 Rdnr. 3; offen gelassen in OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21.05.2015, 20 W 268/14, BeckRS 2016, 2604, Rdnr. 26.

44 Relativierend lässt sich hier freilich einwenden, dass die grundstückshaltende GbR der Registrierung auf Dauer kaum wird entgehen können – sei es wegen einer späteren Verfügung (ggf. auch im Rahmen der Liquidation, vgl. Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB) oder aufgrund eines Gesellschafterwechsels im Rahmen einer Zwangsberichtigung; solange das Grundbuchamt letztere nicht verfügt, ist jedoch durchaus denkbar, dass die GbR sich der Registrierung gänzlich entziehen kann (zum Beispiel bei einer Gesamtrechtsnachfolge gemäß § 712a Abs. 1 BGB).

läufige Vollstreckbarkeit ermöglicht lediglich die Eintragung eines Widerspruchs oder einer Vormerkung – je nachdem ob der Kläger einen Berichtigungs- oder einen schuldrechtlichen Anspruch verfolgt. § 895 Satz 1 ZPO ersetzt allerdings nur die Bewilligung, nicht aber die übrigen Voraussetzungen des jeweiligen Sicherungsmittels<sup>45</sup>, sodass die Norm in der hier interessierenden Konstellation ins Leere geht: Weder Widerspruch noch Vormerkung sind dazu geeignet, eine Richtigstellung abzusichern.

Der Neugesellschafter sieht sich auf dem Weg zur Eintragung im Gesellschaftsregister sowie anschließend im Grundbuch also erheblichen Hürden ausgesetzt, die ihn auf den kosten- und zeitintensiven Weg des Hauptsacheverfahrens (ggf. in mehreren Instanzen) verweisen. In der Literatur ist der gesetzlich vorgezeichnete Weg zur Durchsetzung eines innergesellschaftlichen Registrierungsanspruchs (über § 707b Nr. 2 BGB i. V. m. § 16 Abs. 1 Satz 1 HGB) daher auch bisweilen als korrekturbedürftig erachtet worden. Insoweit wird teilweise vorgeschlagen, für die Registrierung der Gesellschaft zum Gesellschaftsregister – abweichend vom Wortlaut des § 707 Abs. 4 Satz 1 BGB – unter gewissen Umständen auf die Beteiligung einzelner Gesellschafter bei der Anmeldung zu verzichten.<sup>46</sup> Dieser Vorstoß bezieht sich mitunter auf den hier in den Blick genommenen Fall, dass sich aus der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht ein Anspruch gegen einen (oder mehrere) Gesellschafter ergibt, die Registrierung zu bewirken; die Mitwirkung eines solchermaßen (treue-)pflichtgebundenen Gesellschafters bei der Anmeldung der Gesellschaft soll dann entbehrlich sein.<sup>47</sup> Eine solche Handhabung würde das praktische Durchsetzungsdefizit des registrierungswilligen Gesellschafters zwar lindern. Sie sieht sich aber dem Wertungswiderspruch ausgesetzt, dass nun das Registergericht verpflichtet wäre, trotz des nur eingeschränkten

Prüfungsumfangs<sup>48</sup> eine Rechtsfrage (nämlich die Treuwidrigkeit der Mitwirkungsverweigerung) zu prüfen und eine Rechtsfolge herbeizuführen, für die – nach den obigen Ausführungen und der in § 16 Abs. 1 Satz 1 HGB zum Ausdruck gebrachten gesetzlichen Wertung – nur das (Haupt-)Verfahren vor dem zuständigen Prozessgericht ein adäquates Forum bietet. Im Übrigen wäre dem nicht im Grundbuch verlautbarten Gesellschafter auch hierdurch noch nicht viel geholfen, müsste er doch zur Richtigstellung wiederum langwierigen gerichtlichen Rechtsschutz suchen, um die gemäß Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 Hs. 1 EGBGB erforderlichen Bewilligungen zu ersetzen.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass an dieser Stelle ein gewisses Schutzdefizit besteht, da neu eingetretene Gesellschafter einer grundstückshaltenden GbR auf den steinigten Weg des Hauptsacheverfahrens verwiesen sind und sie damit das – womöglich jahrelang währende – abstrakte Risiko eines mittelbaren Rechtsverlusts zu tragen haben. Künftig neu beitretende Gesellschafter sind bei einer nach altem Recht eingetragenen GbR daher gut beraten, bereits im Zuge ihrer Aufnahme bzw. beim Erwerb des Gesellschaftsanteils auf die Registrierung und die gleichzeitige<sup>49</sup> Beantragung der Richtigstellung im Grundbuch hinzuwirken. Angesichts der Formfreiheit entsprechender Aufnahme- und Anteilskaufverträge wird sich das Schutzdefizit bei nicht beratenen Neugesellschaftern jedoch nicht selten realisieren. Einen Ausweg bieten in diesem Fall Handlungsverbote an die Mitgesellschafter im Wege der Sicherungsverfügung, die sich insbesondere auf die Veräußerung des entsprechenden Grundbesitzes beziehen können, allerdings konkrete Anhaltspunkte für eine entsprechende Absicht erfordern<sup>50</sup> und bei Zuwiderhandlungen den Rechtsverlust nicht zu verhindern vermögen. Alternativ können sich entsprechende Sicherungsverfügungen auch darauf richten, die GbR nicht ohne Beteiligung des neu ein-

45 Vgl. dazu *Gruber* in MünchKomm-ZPO, 6. Aufl. 2020, § 895 Rdnr. 6.

46 *Szalai* in Koch, Personengesellschaftsrecht, § 707 Rdnr. 32 f.; für den Fall der internen Willensbildung durch Mehrheitsbeschluss auch *Servatius*, GbR, § 707 Rdnr. 24; dezidiert a. A. *Wilsch* in Heidel/Hirte, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 5 Rdnr. 37; *John*, NZG 2022, 243, 244; *Enders* in BeckOK-BGB, § 707 Rdnr. 98; wohl auch *Hermanns* in Schäfer, Das neue Personengesellschaftsrecht, 2022, § 2 Rdnr. 10 („uneingeschränkt durch alle Gesellschafter“) sowie *Schmitt* in Heidel, GbR, 2024, § 707 Rdnr. 85 („Mitwirkungspflicht kann [...] im Wege der Klage durchgesetzt werden“).

47 Die Pflicht, an der Anmeldung mitzuwirken, wird sich regelmäßig aus einem entsprechenden Gesellschafterbeschluss als Akt der internen Willensbildung ergeben, bei dem sich die Treuepflicht ihrerseits zu einer Zustimmungspflicht verdichten kann; vgl. *Schön*, DB 1998, 1169, 1175; weitergehend, im Gesellschafterbeschluss eine Vollmachterteilung erblickend, *Szalai* in Koch, Personengesellschaftsrecht, § 707 Rdnr. 32.

48 Nach BGH, Beschluss vom 21.06.2011, II ZB 15/10, NJW-RR 2011, 1184 Rdnr. 10 ist das Registergericht „nicht verpflichtet, verwickelte Rechtsverhältnisse oder zweifelhafte Rechtsfragen zu klären [sodass] eine Pflicht zur Amtsermittlung nach §§ 26, 382 FamFG [nur dann besteht], wenn entweder die formalen Mindestanforderungen für eine Eintragung nicht erfüllt sind oder wenn begründete Zweifel an der Wirksamkeit der zur Eintragung angemeldeten Erklärungen oder an der Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen bestehen“.

49 Zur Zulässigkeit der Anmeldung einer GbR und der Beantragung der Richtigstellung in einer Urkunde vgl. KG, Beschluss vom 04.07.2024, 1 W 97/24, DNotZ 2024, 850 und OLG Köln, Beschluss vom 09.07.2024, 2 Wx 98/24, FGPrax 2024, 162 sowie – mit abweichendem Begründungsansatz – OLG München, Beschluss vom 20.08.2024, 34 Wx 192/24e, DNotZ 2025, 73.

50 Vgl. im Kontext der GmbH dazu – unter vorheriger Ablehnung einer Leistungsverfügung auf Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste – OLG Brandenburg, Beschluss vom 22.11.2023, 7 W 117/23, ZIP 2024, 187 Rdnr. 8 f.

getretenen Gesellschafters zu registrieren<sup>51</sup> bzw. das Grundstück nicht auf eine eGbR umschreiben zu lassen, deren registermäßig verlautbarter Gesellschafterbestand diesen nicht ausweist. Gemeinsam mit den ohnehin drohenden Schadensersatzpflichten mögen die angedrohten Ordnungsgelder den Buchgesellschaftern einen hinreichenden Anreiz bieten, entsprechende, dem neuen Gesellschafter nachteilige Rechtshandlungen zu unterlassen. Flankierend bleibt freilich die Anregung einer Zwangsregistrierung und -richtigstellung durch das zuständige Grundbuchamt möglich.

## VI. Fazit

Trotz der im Vergleich zu anderen Aspekten des MoPeG-Übergangsrechts<sup>52</sup> schon beinahe üppigen Regulationsdichte in Bezug auf die Behandlung einer „alten“ GbR im Grundstücksverkehr lässt Art. 229 § 21 EGBGB gleichwohl zahlreiche Punkte offen. Das gilt insbesondere für den hier in den Blick genommenen Beitritt eines neuen Gesellschafters und die Verlautbarung seiner Rechtsstellung im entsprechenden Register. Insofern stellt sich bei Altfällen bereits die Frage, ob sich diese Eintragung im Gesellschaftsregister oder (noch) im Grundbuch zu vollziehen hat. Insofern ist es bedauerlich, dass sich das OLG München, das unter den Voraussetzungen des Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB zutreffend von einer Berichtigung des Gesellschafterbestands im Grundbuch auszugehen scheint, nicht vertieft mit den Argumenten auseinandersetzt, die das OLG Frankfurt a. M. in seiner gegenteiligen Entscheidung für den abschließenden Charakter von Art. 229 § 21 Abs. 2 EGBGB angeführt hatte. Mit einer letztverbindlichen Klärung durch den BGH ist hier wohl nicht mehr zu rechnen, was die Praxis aber angesichts der allenfalls noch vereinzelt offenen Eintragungsanträge aus der Zeit vor dem 01.01.2024 kaum belasten dürfte.

Auch künftig von beträchtlicher Relevanz dürfte indes die Stellung des neu beigetretenen Gesellschafters sein. Gelangt man – mangels der Voraussetzungen von Art. 229 § 21 Abs. 4 EGBGB oder (mit dem OLG Frankfurt a. M.) bereits wegen dessen Unanwendbarkeit – zur Geltung neuen Rechts und scheidet deshalb eine Grundbuchberichtigung aus, befindet dieser sich in einem Dilemma: Er hat zwar zweifelsohne ein legitimes Interesse daran, alsbald als Gesellschafter der berechtigten GbR verlautbart zu werden – nicht zuletzt, um einem mittelbaren Rechtsverlust vorzubeugen. Trotz dieser registertypischen Gefährdungslage, der das Gesetz regelmäßig mit einem vereinfachten einstweiligen Rechtsschutz begegnet, ist der Gesellschafter zur Durchsetzung seines Mitwirkungsanspruchs indes auf das langwierige Hauptverfahren verwiesen, für dessen Dauer er sich allenfalls durch Behelfskonstruktionen schützen kann, die den Rechtsverlust selbst zu verhindern jedoch außerstande sind, sondern lediglich dessen negative Konsequenzen für die Mitgesellschafter verschärfen. Angesichts der lediglich anlassbezogenen Registrierungsobliegenheit und des daraus folgenden vorübergehenden Bestandschutzes für Eintragungen nach altem Recht wird sich diese Konstellation auch Jahre nach Inkrafttreten des MoPeG noch in derselben Weise ergeben, wenn künftig ein neuer Gesellschafter einer nach altem Recht im Grundbuch eingetragenen GbR beitrifft. Für die beratende Praxis empfiehlt sich daher, bereits im Rahmen des Eintritts in die Gesellschaft bzw. des Anteilserwerbs auf die Gefahren des Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB für den Beitretenden hinzuweisen und ggf. eine vorherige Registrierung und Richtigstellung abzuwarten oder eine sofortige Vornahme der Anmeldung und Umschreibung<sup>53</sup> (noch im selben Termin) anzulegen.

51 Wird darin die Unzulässigkeit der Eintragung festgestellt, können derartige einstweilige Verfügungen über § 707b Nr. 2 BGB i. V. m. § 16 Abs. 2 HGB sogar ein echtes Eintragungshindernis begründen, setzen hierfür allerdings einen aktiven Widerspruch beim betreffenden Gericht voraus, sodass wegen der faktisch freien Wahl des zuständigen Registergerichts (§ 706 Satz 2, § 707 Abs. 1 BGB) ein gewisses Umgehungspotenzial verbleibt.

52 Kritisch *Servatius* in Heidel/Hirte, Das neue Personengesellschaftsrecht, § 19 Rdnr. 1.

53 Zur Möglichkeit der gleichzeitigen Anmeldung der Registrierung in Gesellschafterstellung und Beantragung (und Bewilligung bzw. Zustimmung zur) Richtigstellung auf die künftige eGbR im Grundbuch in einem Notartermin siehe KG, Beschluss vom 04.07.2024, 1 W 97/24, NZG 2024, 1476 und OLG Köln, Beschluss vom 09.07.2024, 2 Wx 98/24, NZG 2024, 1286 sowie – allerdings mit abweichender Begründung – OLG München, Beschluss vom 20.08.2024, 34 Wx 192/24e, NZG 2024, 1417.



# Die dreifache Modernisierung der bayerischen Bauordnung

Zugleich eine Besprechung von Jürgen Busse/Franz Dirnberger, Die neue Bayerische Bauordnung, Rehm, 8. Aufl. 2025. 551 S., 69 €

Von Notar a. D. Prof. Dr. Dr. **Herbert Grziwotz**, Regen/München



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

Durch das Erste und Zweite Modernisierungsgesetz Bayern wurde das in Bayern geltende Baurecht wesentlich geändert. Die Neuregelungen betreffen in erster Linie die Immobilienwirtschaft, haben aber auch Auswirkungen auf Vertragsgestaltungen, bei denen auf ein Baurecht abgestellt wird. Das Buch der beiden Rechtsanwälte *Jürgen Busse* und *Franz Dirnberger*, beide ausgewiesene Baurechtsexperten, bietet hierzu eine erste Kommentierung der Bestimmungen der BayBO, auch soweit sie erst am 01.10.2025 in Kraft treten.

## I. Die Änderungen des Baurechts durch das Erste und Zweite Modernisierungsgesetz

Durch §§ 11, 12 und 13 des Ersten Modernisierungsgesetzes Bayern vom 23.12.2024<sup>1</sup> und §§ 4 und 5 des Zweiten Modernisierungsgesetzes Bayern vom 23.12.2024<sup>2</sup> wurden die Bayerische Bauordnung sowie die Garagen- und Stellplatzverordnung mit Wirkung zum 01.01.2025 geändert. Die Änderungen der GaStellV sowie Teile der Änderungen der BayBO, die die Begrünung, die Herstellung von Stellplätzen und ihre Ablösung sowie die Bodenversiegelung betreffen, treten erst am 01.10.2025 in Kraft, um den Gemeinden wegen des erforderlichen Erlasses von Rechtsvorschriften eine Übergangsfrist einzuräumen.<sup>3</sup>

Der Handkommentar von *Busse* und *Dirnberger* stellt in der Einleitung alle Baurechtsreformen seit 1994 kurz inhaltlich dar. Die Änderungen durch die Modernisierungsgesetze, die 2025 in Kraft treten, werden in den betroffenen Vorschriften jeweils einleitend aufgeführt und im Text erläutert.

## II. Die für die notarielle Praxis relevanten Änderungen des bayerischen Baurechts

Auswirkungen auf die notarielle Praxis von Grundstücksverträgen mit baurechtlichen Elementen, Bauträgerverträge (insbesondere auch wegen der Verfahrensfreiheit) und Regelungen im Nachbarverhältnis (insbesondere bei Abstandsflächen) haben folgende Neuerungen:

- Art. 6 Abs. 1 Satz 3 BayBO nimmt bestimmte Anlagen, insbesondere Windenergieanlagen im Außenbereich, ebenerdige Terrassen und Wärmepumpen samt zugehöriger Einhausungen mit einer Höhe bis zu 2 m über

der Geländeoberfläche, von den baulichen Anlagen mit gebäudegleicher Wirkung und damit vom Erfordernis der Einhaltung von Abstandsflächen aus.<sup>4</sup>

- Nach Art. 6 Abs. 5a BayBO gilt die Abstandsfläche von 1,0 H für Großstädte mit mehr als 250.000 Einwohnern – gegenüber der in den kleineren Gemeinden und Städten sonst üblichen Abstandsfläche von 0,4 bzw. 0,2 H – nur noch für Gebäude der Gebäudeklassen 1, 2 und 3, d. h. für Gartenstadtquartiere. Allerdings haben sich durch die Neuregelung Auslegungsprobleme ergeben.<sup>5</sup>
- Verfahrensfrei sind nach der Neuregelung der vor allem für die ländlichen Regionen Bayerns bedeutsame Dachgeschossausbau zu Wohnzwecken, wenn die Dachkonstruktion und die äußere Gestalt des Gebäudes nicht verändert werden (Art. 57 Abs. 1 Nr. 18 BayBO); eine Aufstockung des Gebäudes wird davon nicht umfasst.<sup>6</sup> Nutzungsänderungen sind verfahrensfrei (Art. 57 Abs. 4 BayBO), wenn die neue Nutzung gebietstypisch im jeweiligen Baugebiet nach der BauNVO allgemein zulässig und kein Sonderbau betroffen ist; zu beachten ist, dass Nutzungsänderungen nicht verfahrensfrei sind, wenn sie im jeweiligen Baugebiet nicht zulässig sind oder nur ausnahmsweise zugelassen werden können.<sup>7</sup> Verfahrensfrei sind nunmehr ferner Terrassenüberdachungen bis zu 30 m<sup>2</sup>, jedoch ohne Tiefenbegrenzung (Art. 57 Abs. 1 Nr. 1g BayBO) und nach § 35 Abs. 1 Nr. 8b BauGB privilegierte Freiflächenphotovoltaikanlagen entlang von Autobahnen und Schienenwegen des übergeordneten Netzes (Art. 57 Abs. 1 Nr. 3a bb) BayBO), die bisher allenfalls von Freistellungsverfahren erfasst waren.<sup>8</sup> Ferner sind im Innenbereich Schwimmbäder ohne Begrenzung des Beckeninhalts und dazugehörige temporäre luftgetragene Überdachungen (Art. 57 Abs. 1 Nr. 10 BayBO),<sup>9</sup> Geldautomaten (Art. 57 Abs. 1 Nr. 12b BayBO) und alle Kinderspielplätze, nicht nur die ver-

4 Vgl. dazu *Busse/Dirnberger*, BayBO, 8. Aufl. 2025, Art. 6 Rdnr. 3.

5 Siehe dazu *Busse/Dirnberger*, BayBO, Art. 6 Rdnr. 13.

6 *Busse/Dirnberger*, BayBO, Art. 57 Rdnr. 2y, auch zur Beschränkung auf Wohnungen.

7 *Busse/Dirnberger*, BayBO, Art. 57 Rdnr. 5, auch zum unbeplanten Innenbereich.

8 *Busse/Dirnberger*, BayBO, Art. 57 Rdnr. 2, „

9 *Busse/Dirnberger*, BayBO, Art. 57 Rdnr. 2q, die darauf hinweisen, dass Schwimmbäder als Teil eines Gebäudes immer genehmigungspflichtig sind.

1 BayGVBl. 2024, S. 603.

2 BayGVBl. 2024, S. 619.

3 Vgl. dazu auch *Kraus/Römer*, BayVBl. 2025, S. 217 ff.



pflichtend zu errichtenden (Art. 57 Abs. 1 Nr. 15c BayBO), sowie auch Fahrradabstellanlagen (Art. 57 Abs. 1 Nr. 16a BayBO) verfahrensfrei.

- Bei einer Abweichung (Ausnahme oder Befreiung) ist neben den baurechtlichen Fragen und den nachbarlichen Belangen auch der in § 2 Satz 1 EEG 2023 geregelte vorrangige Belang der erneuerbaren Energien einzubeziehen (Art. 63 Abs. 1 Satz 1 BayBO). Dieser Belang muss somit in der Abwägung explizit gewürdigt werden.<sup>10</sup>
- Art. 46 Abs. 6 BayBO erleichtert die Aufstockung eines Bestandsgebäudes zur Schaffung von Wohnraum, indem bei einem dadurch bewirkten Sprung in eine höhere Gebäudeklasse dennoch für die Aufstockung die Anforderungen der bisherigen Gebäudeklasse gelten. Auf die bestehenden Bestandteile finden die Anforderungen in den Art. 25-29 und 32-34 BayBO an tragende Wände und Stützen, Außenwände, Trennwände, Brandwände, Decken, Treppen, notwendige Treppenträume und Ausgänge sowie an Flure und offene Gänge keine Anwendung.<sup>11</sup>
- Gemeinden können künftig Satzungen erlassen, die ein Verbot der Bodenversiegelung, nicht begrünter Steingärten sowie ähnlich eintöniger Flächennutzungen mit hoher thermischer und hydrologischer Last oder erheblich unterdurchschnittlichem ökologischen oder wohnklimatischen Wert anordnen (Art. 81 Abs. 1 Nr. 5 BayBO).<sup>12</sup> Die Gemeinden können künftig zwar keine Vorgaben mehr zur Bepflanzung freier Flächen machen,<sup>13</sup> aber (negativ) regeln, wie Freiflächen nicht gestaltet werden dürfen, zum Beispiel nicht mit einem Schottergarten (vgl. auch Art. 7 Abs. 1 BayBO). Auch planerische Regelungen dürfen in der Satzung nicht getroffen werden, sondern müssen durch Festsetzung im Bebauungsplan erfolgen.<sup>14</sup>
- Besondere Bedeutung hat der Systemwandel im Stellplatzrecht. Die Verpflichtung, bei Neuerrichtungen, Änderungen und Nutzungsänderungen Stellplätze in ausreichender Zahl, Größe und Beschaffenheit herzustellen, wobei die Details die Anlage zur GaStellIV enthält, entfällt. Eine Stellplatzpflicht besteht künftig nur noch, wenn sie die Gemeinde in einer Stellplatzsatzung anordnet (Art. 81 Abs. 1 Nr. 4 BayBO). Dabei dürfen die in der Anlage zur GaStellIV festgelegten Obergrenzen der Zahl notwendiger Stellplätze nicht überschritten werden. Art und Weise des Stellplatznachweises werden ebenfalls durch die kommunale Satzung bestimmt. Grundsätzlich sind Stellplätze auf dem Baugrundstück vorzusehen. Ihre Errichtung auf einem in der Nähe gelegenen Grundstück und die Stellplatzablässe sowie eine Stellplatzpflicht bei einer Änderung oder Nutzungsän-

derung von Anlagen besteht nur bei Anordnung in der gemeindlichen Satzung. Eine Stellplatzpflicht darf darin nicht für Nutzungsänderungen oder Dachgeschossausbauten zu Wohnzwecken sowie zur Aufstockung von Wohngebäuden angeordnet werden (Art. 81 Abs. 1 Nr. 4b Hs. 2 BayBO). Alte Stellplatzsatzungen gelten fort, wenn sie die vorgenannten Höchstzahlen nicht überschreiten oder durch Bebauungsplan oder eine andere Satzung nach den Vorschriften des BauGB nach Art. 81 Abs. 2 BayBO erlassen worden sind (Art. 83 Abs. 5 Satz 2 BayBO), andernfalls treten sie mit Ablauf des 30.09.2025 außer Kraft (Art. 83 Abs. 5 Satz 3 BayBO).

- Für die notarielle Praxis ist wichtig, dass Stellplatzdienstbarkeiten, um die auf dem Baugrundstück nicht vorhandenen Stellplätze entsprechend dem Stellplatzbedarf nachzuweisen, nur dann sinnvoll sind, wenn die gemeindliche Satzung eine entsprechende Möglichkeit vorsieht. Sie kann sich auch auf eine Stellplatzablässe beschränken, wobei die Vorgaben für die Ablässe in der Satzung geregelt werden müssen, insbesondere die Verwendung des Geldbetrags den Vorgaben des Art. 81 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4c BayBO (zum Beispiel Verwendung zur Ausstattung von bestehenden Parkeinrichtungen mit Elektroladestationen, für den innerörtlichen Radwegebau, Beschaffung von öffentlichen Fahrradabstellplätzen) entsprechen muss. Eine Stellplatzdienstbarkeit dient in diesem Fall nur noch der tatsächlichen Unterbringung eines Kraftfahrzeugs, hat aber keine baurechtliche Wirkung mehr.

Die dargestellten Änderungen des bayerischen Baurechts, auch soweit sie erst am 01.10.2025 in Kraft treten, sowie die zahlreichen weiteren hier nicht behandelten stellt der Kommentar von *Jürgen Busse* und *Franz Dirnberger* zuverlässig und verständlich dar. Notare werden im Zusammenhang mit Immobiliengeschäften immer wieder mit baurechtlichen Fragestellungen konfrontiert. Hierzu liefert der *Busse/Dirnberger* alle notwendigen Informationen. Er ist deshalb nicht nur wegen seiner Aktualität, sondern auch wegen der in ihm enthaltenen komprimierten, aber vollständigen Informationen mit zahlreichen Hinweisen auf bundesrechtliche Vorgaben für die Bibliothek bayerischer Notariate nahezu perfekt.

### III. Ausblick auf das Dritte Modernisierungsgesetz Bayern (Entwurf)

Das im Entwurf vorliegende Dritte Modernisierungsgesetz Bayern<sup>15</sup> enthält in den § 3 und § 4 weitere Änderungen der BayBO hinsichtlich der Verfahrensfreiheit von Gebäuden ohne Aufenthaltsräume, Toiletten oder Feuerstätten, die weder Verkaufs- noch Ausstellungszwecken dienen, im Außenbereich bis zu 20 m<sup>3</sup> Bruttorauminhalt sowie des Einbaus weiterer Wohnungen in bestehenden Gebäuden im Innenbereich. Der Entwurf enthält ferner die gesetzliche Klarstellung, dass der Einbau von Wohnungen in bestehenden Wohngebäuden keine zusätzlichen Stellplatz- oder Fahrradstellplatzpflichten auslösen darf.

<sup>10</sup> *Busse/Dirnberger*, BayBO, Art. 63 Rdnr. 1.

<sup>11</sup> Hierauf weisen *Busse/Dirnberger*, BayBO, Art. 46 Rdnr. 4 hin.

<sup>12</sup> LT-Drucks. 19/3023, S. 11 und 34.

<sup>13</sup> Zum Außerkrafttreten früherer Satzungen siehe nur Art. 83 Abs. 5 Satz 1 (30.09.2025).

<sup>14</sup> *Busse/Dirnberger*, BayBO, Art. 81 Rdnr. 3e.

<sup>15</sup> Vgl. den Gesetzentwurf der Bayer. Staatsregierung, LT-Drucks., 19/6494, S. 4.



Nils Althoff:

## Die außerordentlichen Testamente in der deutschen Rechtsordnung

Nomos, 2023. 581 S., 169 €

Von Notarassessorin Dr. Tanja Feichtlbauer, Dachau

Die vorliegende Monografie, die zugleich an der Ruhr-Universität Bochum als Dissertation angenommen wurde, beschäftigt sich schwerpunktmäßig mit den „Nottestamenten“ nach §§ 2249–2251 BGB, wobei der Verfasser zutreffend feststellt, dass der Oberbegriff „außerordentliches Testament“ insbesondere im Hinblick auf § 2251 BGB präziser wäre.<sup>1</sup>

Dabei geht die Monografie zunächst auf die Historie der „Nottestamente“ ein,<sup>2</sup> ehe der Autor sich mit der Entstehung der heutigen Formen der Testamente beschäftigt.<sup>3</sup>

Anschließend stellt Althoff das Recht de lege lata dar und listet Voraussetzungen und mögliche Fehler der „Nottestamente“ auf.<sup>4</sup>

In einem dritten Teil ordnet der Verfasser die Testamente im Hinblick auf die Testierfreiheit und die verfassungsrechtlichen Grenzen ein und zeigt die Bedeutung der außerordentlichen Testamente auf, insbesondere im Hinblick auf die Möglichkeiten zur Errichtung der ordentlichen Testamente. Der Autor stellt zutreffend fest, dass diese mehr an Bedeutung verlieren, je einfacher der Erblasser ein ordentliches Testament errichten kann.<sup>5</sup> Die Bedeutung dürfte daher schon deshalb gering sein, weil jeder Erblasser gemäß § 2231 BGB entweder rein handschriftlich (§ 2231 Nr. 2, § 2247 BGB) oder, insbesondere falls er nicht zu schreiben vermag, zur Niederschrift des Notars (§ 2231 Nr. 1, § 2232 BGB) ein ordentliches Testament errichten kann. Schon aus dem Begriffspaar „ordentliches Testament“ und „außerordentliches Testament“ ergibt sich, dass es ein Bedürfnis zur Errichtung eines außerordentlichen Testaments nur gibt, wenn der Erblasser kein ordentliches Testament (mehr) errichten kann. Jedenfalls im Inland steht in einer weit überwiegenden Anzahl der Fälle aber der Notar zur Verfügung. Das Nottestament sollte daher in der Praxis geringe Bedeutung haben und nur die Konstellationen abfangen, in denen selbst der Notar nicht mehr rechtzeitig zur Stelle ist.

Daher scheint insbesondere das Bürgermeistertestament nach § 2249 BGB überholt, sodass die besseren Gründe wohl für eine Abschaffung sprechen.<sup>6</sup>

Anschließend geht der Verfasser de lege lata und de lege ferenda noch auf die elektronische Form ein.<sup>7</sup> De lege lata ist die elektronische Testamentserrichtung gemäß § 2247 Abs. 1 BGB nicht möglich, beim Notar § 2231 Nr. 1, § 2232 BGB aber der Regelfall. Hier wird eine elektronische Niederschrift ausgedruckt und eigenhändig unterschrieben. Audio- oder Videoverfügungen sind de lege lata nicht möglich, wobei der Verfasser herausarbeitet, dass die derzeitigen Bedenken gegen eine derartige Errichtung (insbesondere Fälschung und Einflussnahme) auch beim eigenhändigen Testament bestehen.<sup>8</sup> Daraufhin stellt der Verfasser mögliche Voraussetzungen und Anwendungsbereiche für derartige Testamente heraus,<sup>9</sup> die aber zum großen Teil mehr an Katastrophenszenarien erinnern,<sup>10</sup> für die gerade die außerordentlichen Testamente erschaffen wurden. Demnach ist die richtige Folgerung allenfalls, das visuelle Testament als „außerordentliches Testament“ zu normieren und zwar in den Fällen, in denen weder die Zuziehung einer Urkundsperson oder von Zeugen noch die schriftliche Niederlegung möglich ist.<sup>11</sup>

Im Anschluss befasst sich das Werk mit Testamenten im Krankenhaus, Alten- und Pflegeheimen. Dabei geht der Verfasser auf das Dreizeugentestament § 2250 Abs. 2 BGB ein.<sup>12</sup> Allerdings dürfte auch hier die praktische Bedeutung aufgrund der Möglichkeit zur notariellen Niederschrift äußerst gering sein.

In einem letzten Teil befasst sich der Verfasser mit einem Reformentwurf, wobei er zunächst bestehende Reformvorschläge<sup>13</sup> aufzeigt und im Anschluss einen eigenen Reformentwurf zu den außerordentlichen Testamenten präsentiert.<sup>14</sup> Dabei nimmt der Verfasser auch die Möglichkeit zur Errichtung des audiovisuellen Testaments in seine Reformbestrebungen auf.<sup>15</sup> Insgesamt erscheinen die Reformvorschläge nicht weniger kompliziert und umfangreich als das geltende Recht. Zudem ist höchst fraglich, ob heutzutage überhaupt noch ein Bedürfnis zur Errichtung außerordent-

1 S. 35 f. des besprochenen Werks.

2 S. 39–58 des besprochenen Werks.

3 S. 60–132 des besprochenen Werks.

4 S. 133–280 des besprochenen Werks.

5 S. 334 des besprochenen Werks.

6 Vgl. dazu die Umfrage S. 371–374 des besprochenen Werks.

7 S. 390 ff. des besprochenen Werks.

8 S. 406 des besprochenen Werks.

9 S. 408 ff. des besprochenen Werks.

10 S. 409–415 des besprochenen Werks.

11 S. 416 des besprochenen Werks; i. E. S. 436 des besprochenen Werks.

12 S. 417 des besprochenen Werks.

13 S. 425 ff. des besprochenen Werks.

14 S. 433 des besprochenen Werks.

15 S. 436 des besprochenen Werks.

licher Testamente besteht. Vor allem ist nicht einzusehen, warum der Bürgermeister nach § 2249 BGB konsultiert werden sollte, wenn nach § 2232 BGB auch der Notar zur Verfügung stünde. Die notarielle Errichtung des Testaments führt zu einer zur größtmöglichen Rechtssicherheit, zum anderen entfällt gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO die Notwendigkeit des Erbscheins. Diese Vorteile bietet das Testament durch den Bürgermeister nicht. Begrüßenswert ist der Vorschlag des Verfassers, die Geltungsdauer von drei Monaten auf zwei Monate zu verkürzen.<sup>16</sup>

Insgesamt zeigt das Werk, dass die Bedeutung außerordentlicher Testamente enorm zurück gegangen ist und voraussichtlich immer weiter an Bedeutung verlieren wird. Die

meisten „Notlagen“ lassen sich, jedenfalls im Inland, durch notarielle Verfügungen besser und genauso umfassend auffangen. Die Bedeutung des Werks für die notarielle Praxis ist daher als gering anzusehen. Ob die audiovisuelle Errichtung eines „Nottestaments“ in Zukunft möglich sein wird, bleibt abzuwarten. Aufgrund zunehmender Technisierung und in absoluten Notlagen sprechen die besseren Argumente für eine Einführung dieser Art der Testamentserrichtung.

---

<sup>16</sup> S. 437 des besprochenen Werks.



## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

#### ALLGEMEINES

#### 1. Eigenschaftsangaben beim Hauskauf im Rahmen des Maklerexposés

BGH, Urteil vom 06.12.2024, V ZR 229/23 (Vorinstanz: OLG Dresden, Endurteil vom 13.10.2023, 22 U 382/23)

BGB §§ 133, 157, 434 Abs. 1, § 437 Nr. 3  
ZPO § 546

##### LEITSÄTZE:

1. Nach § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB in der gemäß Art. 229 § 58 EGBGB noch anwendbaren, bis zum 31.12.2021 geltenden Fassung (jetzt in der Sache unverändert § 434 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 lit. b BGB) gehören zu der Sollbeschaffenheit auch die Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers erwarten darf, wozu auch Angaben in einem Exposé zählen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Es macht keinen Unterschied, ob es sich um ein von dem Verkäufer selbst erstelltes Exposé oder um ein Maklerexposé handelt. Ein Maklerexposé ist dem Verkäufer zuzurechnen, wenn er den Inhalt kannte bzw. kennen musste (§ 434 Abs. 1 Satz 3 Hs. 2 BGB a. F. (Leitsatz der Schriftleitung))
3. Der allgemeine Sprachgebrauch ist als allgemeiner Erfahrungssatz revisibel.
4. Es gibt keinen allgemeinen Sprachgebrauch des Inhalts, dass unter einem in einem bestimmten Jahr komplett erneuerten Dach stets nur die Erneuerung der obersten Dachschicht (hier: Bitumenbahnen) zu verstehen ist.

#### 2. Sachmangel bei Wandfeuchtigkeit zu Wohnzwecken verkaufter Räume

BGH, Urteil vom 21.06.2024, V ZR 79/23 (Vorinstanz: OLG Köln, Beschluss vom 22.03.2023, 1 U 66/22)

BGB § 434 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 und 2, §§ 442, 444 (i. d. F. bis 31.12.2021)

##### LEITSÄTZE:

1. Als Wohnung verkaufte Räume im Souterrain eines Altbaus, die bei Gefahrübergang erhebliche Wandfeuchtigkeit aufweisen, sind regelmäßig weder für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung noch für die gewöhnliche Verwendung zum Wohnen geeignet und infolgedessen mangelhaft.

2. Eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes durch den Verkäufer vor Vertragsschluss, etwa in einem Exposé, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, führt in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Für Mängel, die einer Besichtigung zugänglich und damit ohne Weiteres erkennbar sind, besteht keine Offenbarungspflicht. Wenn dem Verkäufer aber offenbarungspflichtige Tatsachen bekannt sind, ist ein arglistiges Verschweigen auch dann gegeben, wenn der wahre Umfang der aufklärungspflichtigen Tatsache nicht angegeben, sondern bagatellisiert wird. (Leitsatz der Schriftleitung)

##### SACHVERHALT:

1 Die Beklagten erwarben im Jahr 1999 zwei in dem Souterrain eines Altbaus gelegene Eigentumswohnungen. Sie ließen bei allen Außenwänden eine horizontale Sperre durch chemische Injektion einbringen. Im September 1999 beschlossen die Wohnungseigentümer, dass die nach Durchführung von Sanierungsmaßnahmen entstehenden Feuchtigkeitsschäden in den Wohnungen von den jeweiligen Eigentümern zu tragen seien. Wegen erneut auftretender Feuchtigkeitsprobleme wurden in den Folgejahren immer wieder zusätzliche Sanierungsarbeiten durchgeführt. Im Sommer 2017 holten die Beklagten ein Sanierungsangebot einer Fachfirma ein. Darin heißt es, dass sich in dem Sockelbereich der Wohnungen Feuchtigkeitsschäden zeigten, es keine Verbindung zwischen der Bodenabdichtung und den Wänden gebe und keine Horizontalabdichtung zu erkennen sei.

2 Im selben Jahr boten die Beklagten die Wohnungen in einem Maklerexposé für 745.000 € zum Verkauf an. Darin wurde das Baujahr 1904 mitgeteilt, und die Wohnungen wurden als im Jahr 1999 kernsaniert bezeichnet. In dem Exposé heißt es weiter:

„Sanierung Mauerwerksfeuchte: Eine Außenwand weist Feuchtemängel auf. Diese Kosten für die Behebung gehen zu Lasten des jeweiligen Eigentümers dieser Wohnung und nicht zu Lasten der Eigentümergemeinschaft. Die Durchführung dieser Sanierung müsste vom Käufer auf dessen Kosten vorgenommen werden. Diese Kosten sind bereits bei der Preisfindung berücksichtigt.“

Die Kläger besichtigten die Immobilie mehrfach mit einem Architekten. Zu diesem Zeitpunkt war der Oberboden in einem Schlafraum entfernt und im Wohnbereich teilweise geöffnet. Probebohrungen waren sichtbar. An den Außenwänden war der Putz teilweise entfernt und die Erde bis unterhalb der Drainage ausgegraben. Mit notariellem Kaufvertrag vom 20.02.2018 erwarben die Kläger die Wohnungen sodann zu einem Preis von 675.000 € unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel. In dem Vertrag heißt es u. a.:

„Der Käufer kauft den Vertragsgegenstand im gegenwärtigen, gebrauchten Zustand. Er hat den Vertragsgegenstand eingehend mit einem Gutachter und einem Architekten besichtigt. Die Beteiligten treffen keine Beschaffenheitsvereinbarung zum Vertragsgegenstand (...).“

Dem Käufer ist der Feuchtigkeitsschaden an der Außenwand des hinteren großen Zimmers der Wohnung Nr. 1 bekannt. Dem Käufer ist ferner bekannt, dass das Gebäude im Jahre 1904 errichtet wurde und sich in unmittelbarer Rheinnähe befindet und einzelne Räume im Souterrain liegen.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass in der Zukunft Probleme mit Feuchtigkeit auftreten. Dem Käufer ist bekannt, dass die Eigentümerversammlung vom 22.09.1999 folgenden Beschluss gefasst hat:

>Nach Durchführung der in Auftrag gegebenen Sanierungsmaßnahmen entstehende Feuchtigkeitsschäden in den Wohnungen Nr. 1 und Nr. 2, ausgehend von konstruktiv- und bauartbedingten Mängeln, aufsteigende Feuchtigkeit, gehen zulasten der jeweiligen Eigentümer dieser Wohnungen und werden nicht von der Gemeinschaft getragen.<“

**3** Gestützt auf die Behauptung, wegen erforderlicher Arbeiten zur Beseitigung der Ursache der Feuchtigkeitsschäden hätten sie nicht wie geplant am 01.09.2018 einziehen können, verlangen die Kläger von den Beklagten Ersatz der für den Zeitraum vom 01.09.2018 bis zum 31.12.2019 aufgewendeten Nettokaltmiete und der verbrauchsunabhängigen Nebenkosten für ihre alte Wohnung sowie der verbrauchsabhängigen Nebenkosten für die neuen Wohnungen in Höhe von insgesamt 32.551,08 € nebst Zinsen. Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat die Berufung durch Beschluss zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre Klageanträge weiter. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**4 I.** Das Berufungsgericht verneint einen Schadensersatzanspruch der Kläger gegen die Beklagten aus § 437 Nr. 3 i. V. m. § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 und 3 BGB. Es könne offenbleiben, ob – worauf das LG die Klageabweisung gestützt hatte – der Sachvortrag der Kläger zum Schaden nicht hinreichend substantiiert sei. Die Beklagten müssten jedenfalls gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 BGB weder für die Bodenabdichtung noch für das Fehlen der in dem Sanierungsgutachten beschriebenen Feuchtigkeitsschäden einstehen. Eine dahingehende Beschaffenheit sei nicht vereinbart worden. Etwas anderes folge nicht aus der Anpreisung der Wohnungen in dem Exposé als im Jahr 1999 kernsaniert. Der Begriff der Kernsanierung könne bei einem Erwerber nur die berechtigte Erwartung erwecken, der Ausbau sei umfassend modernisiert und der Rohbau teilweise oder ganz erneuert worden. Hiernach seien Abdichtungen gegen Feuchtigkeit nicht zwingend zu erwarten gewesen, zumal das Exposé den Hinweis „Sanierung Mauerwerksfeuchte“ enthalte.

**5** Die Wohnungen entsprächen auch der üblichen und zu erwartenden Beschaffenheit einer im Jahr 1904 errichteten Liegenschaft gemäß § 434 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB. Angesichts des Begriffs der Kernsanierung in dem Exposé, der bei der Besichtigung erkennbaren Bauteilöffnungen und des mitgeteilten Baujahrs hätten die Kläger die von ihnen vermissten Abdichtungen und das Fehlen von Feuchtigkeitsschäden nicht erwarten dürfen, zumal in dem Kaufvertrag auf die Gefahr von Feuchtigkeitsschäden und in dem Exposé auf eine erforderliche Sanierung der Mauerwerksfeuchte hingewiesen worden sei. Etwas anderes ergebe sich nicht aus der Behauptung der Kläger, die Beklagten hätten dem von den Klägern beauftragten Architekten mitgeteilt, dass „die anlässlich der Besichtigung der Wohneinheiten sichtbaren Feuchtemängel die Ursache des

Mangels seien, welche zwischenzeitlich seitens der Gemeinschaft behoben worden sei“. Angesichts aller Begleitumstände könne diese Erklärung aus verobjektivierter Empfängersicht nur so verstanden werden, dass – vermutlich 1999 – eine Sanierung erfolgt, diese aber angesichts der im Jahr 2017 erkennbaren und beschriebenen Schäden erfolglos gewesen sei.

**6** Schließlich könnten die Beklagten sich auf den vereinbarten Haftungsausschluss berufen. Auf der Grundlage des Sachvortrags der Kläger sei ein arglistiges Verhalten der Beklagten nicht dargelegt. Hierzu bedürfe es keiner Feststellung, ob die Behauptung der Beklagten zutreffend sei, dass sie unter Übergabe des Sanierungsgutachtens auf die Mängel hingewiesen hätten. Aufgrund der Bauteilöffnungen und Bohrungen seien die Schäden und der Aufbau des Bodens sowie der Wand erkennbar gewesen, sodass sich die Beklagten zu keiner weiteren Aufklärung hätten gedrängt sehen müssen.

**7 II.** Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Schadensersatzanspruch der Kläger gegen die Beklagten nach § 437 Nr. 3, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 und 3 BGB nicht verneint werden.

**8 1.** Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht allerdings davon aus, dass ein Anspruch auf Schadensersatz nicht auf das Fehlen einer vereinbarten Beschaffenheit gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB in der hier gemäß Art. 229 § 58 EGBGB noch anwendbaren, bis zum 31.12.2021 geltenden Fassung (nachfolgend: a. F.) gestützt werden kann. Für eine Vereinbarung der Parteien über die Freiheit der Wohnungen von Feuchtigkeit oder über das Vorhandensein eines hinreichenden baulichen Schutzes vor dem Eindringen von Feuchtigkeit enthält der Kaufvertrag keine Anhaltspunkte. In ihm ist im Gegenteil eine Beschaffenheitsvereinbarung ausdrücklich ausgeschlossen. Eine Beschreibung von Eigenschaften eines Grundstücks oder Gebäudes durch den Verkäufer vor Vertragsschluss, etwa – wie hier – in einem Exposé, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag findet, führt in aller Regel nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. (vgl. Senat, Urteil vom 06.11.2015, V ZR 78/14, BGHZ 207, 349 Rdnr. 15; Urteil vom 23.06.2023, V ZR 89/22, NJW 2023, 2942 Rdnr. 20 m. w. N.). So ist es auch hier.

**9 2.** Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, die Souterrainwohnungen entsprächen trotz der erheblichen Wandfeuchtigkeit der üblichen und zu erwartenden Beschaffenheit einer im Jahr 1904 errichteten Liegenschaft. Die im maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs bestehende erhebliche Feuchtigkeit der Wohnungen stellt vielmehr einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 2 BGB a. F. dar. Ob die Feuchtigkeit daneben wegen der Angaben in dem Exposé auch einen Sachmangel nach § 434 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB a. F. begründet (vgl. dazu Senat, Urteil vom 16.03.2012, V ZR 18/11, NJW-RR 2012, 1078 Rdnr. 16; Urteil vom 22.04.2016, V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rdnr. 7; Urteil vom 19.01.2018, V ZR 256/16, NJW-RR 2018, 752 Rdnr. 10), kann deshalb offenbleiben.



**10 a)** Richtig ist zwar, dass nach der Rechtsprechung des Senats zu Kellerräumen in Häusern, die zu einer Zeit errichtet wurden, als Kellerabdichtungen noch nicht üblich waren, nicht jede Feuchtigkeit im Keller einen Sachmangel begründet, sondern es auf die Umstände des Einzelfalls ankommt. Im Einzelnen ist von Bedeutung, ob das Haus in einem sanierten Zustand verkauft wurde, wie die Kaufsache genutzt wird, welcher Zustand bei der Besichtigung erkennbar war und wie stark die Feuchtigkeiterscheinungen sind (vgl. Senat, Urteil vom 07.11.2008, V ZR 138/07, juris Rdnr. 13; Urteil vom 27.03.2009, V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 Rdnr. 8; Urteil vom 16.03.2012, V ZR 18/11, NZM 2012, 469 Rdnr. 14). Der bei Altbauten übliche Standard ist aber dann nicht maßgebend, wenn die Parteien eine abweichende Beschaffenheit vereinbart haben oder wenn die Trockenheit der Räume für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung (Nutzung des Kellers als Aufenthaltsraum) erforderlich ist (vgl. Senat, Urteil vom 16.03.2012, V ZR 18/11, a. a. O.).

**11 b)** Vorliegend geht es ohnehin nicht um Kellerräume, sondern um als Wohnungen verkaufte Räumlichkeiten im Souterrain eines Wohngebäudes. Die vertraglich vorausgesetzte Verwendung einer Souterrainwohnung ist das Wohnen, weshalb der Käufer regelmäßig erwarten darf, dass die Wohnung trocken ist, auch wenn sie in einem Altbau gelegen ist (vgl. Senat, Urteil vom 09.02.2018, V ZR 274/16, NJW 2018, 1954 Rdnr. 15). Die vertragsgemäße Verwendung (Wohnen) stimmt mit der üblichen Verwendung überein. Als Wohnung verkaufte Räume im Souterrain eines Altbaus, die bei Gefahrübergang erhebliche Wandfeuchtigkeit aufweisen, sind regelmäßig weder für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung noch für die gewöhnliche Verwendung zum Wohnen geeignet und infolgedessen mangelhaft (§ 434 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und Nr. 2 BGB a. F.; § 434 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 1 BGB).

**12 3.** Die Haftung der Beklagten wegen der Feuchtigkeit der Wohnungen kann auf der Grundlage der bislang getroffenen Feststellungen nicht wegen des in dem Kaufvertrag vereinbarten allgemeinen Haftungsausschlusses abgelehnt werden. Hierauf könnten sich die Beklagten gemäß § 444 BGB nicht berufen, wenn sie den Mangel arglistig verschwiegen haben sollten. Das ist entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts unter mehreren Aspekten nicht ausgeschlossen.

**13 a)** Arglistig im Sinne von § 444 BGB handelt bei einer Täuschung durch Verschweigen eines offenbarungspflichtigen Mangels, wer einen Sachmangel mindestens für möglich hält und gleichzeitig weiß oder damit rechnet und billigend in Kauf nimmt, dass der Vertragsgegner den Sachmangel nicht kennt und bei Offenbarung den Vertrag nicht oder nicht mit dem vereinbarten Inhalt geschlossen hätte (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urteil vom 25.01.2019, V ZR 38/18, WM 2019, 2206 Rdnr. 22 m. w. N.).

**14 b)** Mit der Begründung des Berufungsgerichts kann zunächst ein arglistiges Verhalten der Beklagten durch eine aktive Täuschung nicht verneint werden.

**15 aa)** Die Kläger haben, wie die Revision zutreffend geltend macht, vorgetragen, die Beklagten hätten dem von den Klä-

gern beauftragten Architekten mitgeteilt, dass „die anlässlich der Besichtigung der Wohneinheiten sichtbaren Feuchtigkeitsmängel die Ursache eines Mangels seien, welcher zwischenzeitlich seitens der Gemeinschaft behoben worden sei“. Den dazu von den Klägern angebotenen Zeugenbeweis hat es nicht erhoben. Zugunsten der Revision ist deshalb davon auszugehen, dass die Beklagten diese Erklärung abgegeben haben. Damit kommt in Betracht, dass die Beklagten zu dem Bestehen, zum Ausmaß und zu der Ursache der Feuchtigkeit falsche Angaben gemacht haben.

**16 bb)** Die Begründung, mit der das Berufungsgericht von der Vernehmung des Zeugen abgesehen hat, hält den Angriffen der Revision nicht stand. Soweit das Berufungsgericht meint, die von den Beklagten gegenüber dem Architekten der Kläger abgegebene Erklärung habe nach ihrem objektiven Erklärungswert nur so verstanden werden können, dass 1999 eine Sanierung erfolgt sei, die angesichts der im Jahr 2017 erkennbaren und beschriebenen Schäden erfolglos gewesen sei, stellt dies, wie die Revision zu Recht rügt, eine unzulässige Vorwegnahme der Beweiswürdigung dar. Das Berufungsgericht durfte von der Beweisaufnahme nur dann absehen, wenn es den unter Beweis gestellten Vortrag der Kläger, die Beklagten hätten eine erfolgreiche Behebung des Feuchtigkeitsmangels behauptet, zu ihren Gunsten als wahr unterstellt. Das hat es aber nicht getan. Das Berufungsgericht verkehrt die behauptete Äußerung des Zeugen vielmehr in ihr Gegenteil, indem es ihr zulasten der Kläger entnimmt, die Beklagten hätten die Kläger über die Erfolglosigkeit der Sanierung aufgeklärt. Bei einer Wahrunterstellung darf die Behauptung der Partei aber nicht nur vordergründig als wahr unterstellt werden, sondern muss so übernommen werden, wie sie aufgestellt wurde (vgl. Senat, Urteil vom 14.06.2019, V ZR 73/18, WM 2020, 2235 Rdnr. 20).

**17 c)** Ebenso wenig kann eine Arglist der Beklagten mit der Begründung des Berufungsgerichts verneint werden, die Feuchtigkeit der Wohnungen sei für die Kläger erkennbar gewesen, sodass keine Offenbarungspflicht bestanden habe.

**18 aa)** Richtig ist allerdings, dass für Mängel, die einer Besichtigung zugänglich und damit ohne Weiteres erkennbar sind, keine Offenbarungspflicht besteht. Der Käufer kann insoweit eine Aufklärung nicht erwarten, weil er diese Mängel bei der im eigenen Interesse gebotenen Sorgfalt selbst wahrnehmen kann (vgl. Senat, Urteil vom 16.03.2012, V ZR 18/11, NZM 2012, 469 Rdnr. 21 m. w. N.; Urteil vom 19.02.2016, V ZR 216/14, NJW 2016, 2315 Rdnr. 11; Urteil vom 09.02.2018, V ZR 274/16, NJW 2018, 1954 Rdnr. 24). Wenn dem Verkäufer offenbarungspflichtige Tatsachen bekannt sind, ist ein arglistiges Verschweigen jedoch auch dann gegeben, wenn der wahre Umfang der aufklärungspflichtigen Tatsache nicht angegeben, sondern bagatellisiert wird (vgl. Senat, Urteil vom 11.11.2022, V ZR 213/21, NJW 2023, 217 Rdnr. 72 m. w. N.). Das kann hier nicht ausgeschlossen werden.

**19 bb)** Das Berufungsgericht geht davon aus, dass die Feuchtigkeitsschäden für die Kläger im Einzelnen nicht ersichtlich gewesen seien. Es meint, dass die Kläger gleichwohl aufgrund der bei der Besichtigung erkennbaren Bauteilöffnungen mit weiteren Feuchtigkeitsschäden hätten



rechnen müssen. Auf welcher Grundlage das Berufungsgericht zu dieser Einschätzung kommt, legt es nicht dar. Dass die Feuchtigkeit an den geöffneten Stellen überhaupt erkennbar war, ist schon nicht festgestellt. Zu den Bauteilöffnungen und Probebohrungen haben die Kläger im Übrigen beweiskräftig vorgetragen, die Beklagten hätten erklärt, ein vorheriger Kaufinteressent habe die Substanz der Immobilie untersuchen lassen, und die noch sichtbare Öffnung der Außenisolierung habe den potenziellen Käufern die Qualität der Außenabdichtung vor Augen führen sollen. Diesem Sachvortrag ist das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, nicht nachgegangen, sodass für das Revisionsverfahren zu unterstellen ist, dass die Beklagten diese Erklärung abgegeben haben. Sie ist geeignet, die Bedeutung der Bauteilöffnungen zu bagatellisieren.

20 cc) Auch die in dem Exposé und in dem Kaufvertrag enthaltenen Hinweise machten entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts eine Aufklärung durch die Beklagten nicht entbehrlich. In dem Exposé wird nur der konkrete Feuchtigkeitsschaden an einer Außenwand genannt und die Wohnung als im Jahr 1999 kernsaniert bezeichnet. In dem Kaufvertrag wird lediglich auf den Feuchtigkeitsschaden an einer näher spezifizierten Außenwand hingewiesen. Die selektiven Hinweise waren geeignet, die Erwartung zu wecken, dass die Wohnungen abgesehen von dem konkreten Feuchtigkeitsschaden an einer Wand trocken sind. Der zusätzliche Hinweis in dem Kaufvertrag, es könne nicht ausgeschlossen werden, dass in der Zukunft Probleme mit Feuchtigkeit auftreten, lässt ebenfalls den Schluss zu, dass jedenfalls in der Gegenwart und damit im maßgeblichen Zeitpunkt des Gefahrübergangs mit Ausnahme der ausdrücklich genannten Feuchtigkeit an einer Wand keine Feuchtigkeit vorhanden ist. Er steht zudem im Zusammenhang mit dem Hinweis auf die Lage in Rheinnähe und der dadurch abstrakt bestehenden Gefahr hochwasserbedingter Feuchtigkeit, was zusätzlich geeignet ist, den sichtbaren Feuchtigkeitsschaden zu bagatellisieren.

21 dd) Dass die Beklagten ihre Aufklärungspflicht gegenüber den Klägern erfüllt haben, hat das Berufungsgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – nicht festgestellt. Es hat offengelassen, ob die Beklagten, wie diese behaupten, die Kläger über den Mangel unterrichtet und ihnen das im Sommer 2017 eingeholte Sanierungsangebot der Fachfirma ausgehändigt haben. Für das Revisionsverfahren ist deshalb zugunsten der Kläger davon auszugehen, dass das nicht der Fall war.

22 4. Schließlich scheitern die Ansprüche der Kläger nach den getroffenen Feststellungen nicht daran, dass diese bei Vertragsschluss Kenntnis von der Feuchtigkeit der Wohnungen hatten (§ 442 BGB). Aus dem Umstand, dass die Kläger unter Hinweis auf die nicht abschätzbaren Kosten für die Beseitigung des Feuchtigkeitsschadens sowie für die Modernisierung der Bäder einen um 70.000 € niedrigen Kaufpreis geboten haben, kann für sich genommen auf eine Kenntnis nicht geschlossen werden. Denn die Äußerungen der Kläger zu der Feuchtigkeit können sich ohne Weiteres nur auf die offengelegte Feuchtigkeit an einer Außenwand beziehen haben.

23 (hier nicht abgedruckt)

24 IV. 1. Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO).

(...)

## Bürgerliches Recht

### SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

#### 3. Keine Umwandlung eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts in ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht

BGH, Beschluss vom 23.01.2025, V ZB 10/24 (Vorinstanz: OLG München, Beschluss vom 22.02.2024, 34 Wx 2/24e)

BGB §§ 877, 1094 Abs. 2, § 1103 Abs. 1

#### LEITSATZ:

**Ein zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehendes Vorkaufsrecht (subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht) kann nicht im Wege der Rechtsänderung in ein zugunsten einer bestimmten Person bestehendes Vorkaufsrecht (subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht) umgewandelt werden. Erforderlich ist vielmehr die Aufhebung des bisherigen und die Begründung eines neuen Vorkaufsrechts. Dies gilt auch dann, wenn die nunmehr begünstigte Person Eigentümerin des (bislang) herrschenden Grundstücks ist.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 ist Eigentümerin des in dem Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundstücks (Flurstück 993/3). Dieses ist belastet mit einem Vorkaufsrecht für alle Verkaufsfälle zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Flurstücks 993. Eigentümerin dieses Grundstücks ist die Beteiligte zu 2. Mit notarieller Urkunde vom 16.05.2023 vereinbarten die Beteiligten, das Vorkaufsrecht in der Weise zu ändern, dass es künftig der Beteiligten zu 2 persönlich zustehen, unvererblich sowie nicht übertragbar sein solle. Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eintragung dieser Änderung zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten ist vor dem OLG ohne Erfolg geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Beteiligten ihren Eintragungsantrag weiter.

2 II. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung unter anderem in ZfIR 2024, 347 veröffentlicht ist, hat das Grundbuchamt den Antrag zu Recht zurückgewiesen, da die Beteiligten eine inhaltlich unzulässige Umwandlung beehrten. Eine Umwandlung eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts in ein nicht vererbliches und nicht übertragbares subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht sei auch dann nicht möglich, wenn der Berechtigte – wie hier – der Eigentümer des herrschenden Grundstücks sei. Es handele sich nicht um eine bloße Inhaltsänderung eines Rechts im Sinne des § 877 BGB. Aus den §§ 1094, 1103 BGB ergebe sich nämlich, dass ein dingliches Vorkaufsrecht nur

entweder als ein subjektiv-persönliches oder subjektiv-dingliches bestellt werden könne. Während das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht das rechtliche Schicksal des Grundstücks teile, sei das subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht an die Person des Berechtigten geknüpft. Die von den Beteiligten gewünschte Umwandlung könne deshalb nur durch Aufhebung und Neubestellung des Vorkaufsrechts und damit nicht rangwährend erfolgen.

**3 III.** Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Rechtsfehlerfrei nimmt das Beschwerdegericht an, dass die von den Beteiligten beantragte Umwandlung des Vorkaufsrechts nicht möglich und ihr Eintragungsantrag von dem Grundbuchamt zu Recht zurückgewiesen worden ist.

**4 1.** Zutreffend ist zunächst der – auch von der Rechtsbeschwerde nicht in Frage gestellte – rechtliche Ausgangspunkt des Beschwerdegerichts. Dem Eintragungsantrag könnte nur stattgegeben werden, wenn die von den Beteiligten beabsichtigte rangwährende Umwandlung des bislang zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Flurstücks 993 bestehenden Vorkaufsrechts (subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht im Sinne des § 1094 Abs. 2, § 1103 Abs. 1 BGB) in ein Vorkaufsrecht zugunsten der Beteiligten zu 2 (subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht i. S. d. § 1094 Abs. 1, § 1103 Abs. 2 BGB) als eine Änderung des Inhalts eines Rechts an einem Grundstück im Sinne des § 877 BGB zu qualifizieren wäre. Andernfalls müsste das derzeit bestehende Vorkaufsrecht aufgehoben (§ 875 BGB) und ein Vorkaufsrecht mit der Beteiligten zu 2 als der Berechtigten neu begründet werden (§ 873 Abs. 1 BGB).

**5 2.** Das Beschwerdegericht lehnt die Voraussetzungen des § 877 BGB zu Recht ab.

**6 a)** Nach allgemeiner Auffassung ist Inhaltsänderung im Sinne des § 877 BGB jede rechtsgeschäftliche Abänderung der Befugnisse, welche dem Berechtigten aus einem bereits bestehenden Recht zustehen (vgl. nur Grüneberg/Herrler, 84. Aufl., § 877 Rdnr. 3; BeckOK-BGB/H. W. Eckert, Stand: 01.11.2024, § 877 Rdnr. 2). Hieraus folgt zum einen, dass § 877 BGB nicht anwendbar ist, wenn die Person des Berechtigten eines Rechts geändert werden soll. Dies betrifft nämlich nicht den Inhalt des Rechts, sondern die Inhaberschaft, deren Übertragung allein unter die Regelung des § 873 BGB fällt (vgl. OLG Hamm, MDR 2014, 1386; OLG Naumburg, Beschluss vom 23.01.2017, 12 Wx 22/16, juris Rdnr. 19; Grüneberg/Herrler, a. a. O.). Zum anderen fehlt es an einer Inhaltsänderung grundsätzlich auch dann, wenn ein Grundstücksrecht in ein anderes umgewandelt werden soll, es sich bei dem eingetragenen und dem geänderten Recht also nicht mehr um Rechte desselben sachenrechtlichen Typs handelt (vgl. BayObLGZ 1959, 520, 526; OLG Hamm, MDR 2014, 1386; Staudinger/Heinze, Neub. 2021, § 877 Rdnr. 3, 8 f.; BeckOK-BGB/H. W. Eckert, § 877 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/Lettmaier, 9. Aufl., § 877 Rdnr. 4, 9). Anders ist es wiederum, wenn das Gesetz trotz eines Typenwechsels eine Umwandlung ausdrücklich für zulässig erklärt, wie dies etwa in § 1186 BGB (Übergang von der Sicherungshypothek zur Verkehrshypothek und umge-

kehrt), § 1198 BGB (Übergang von der Hypothek zur Grundschuld und umgekehrt) und § 1203 BGB (Übergang von der Grundschuld zur Rentenschuld und umgekehrt) der Fall ist (vgl. hierzu Staudinger/Heinze, § 877 Rdnr. 9; HK-BGB/Staudinger, 12. Aufl., § 877 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/Lettmaier, § 877 Rdnr. 7; NK-BGB/Krause, 5. Aufl., § 877 Rdnr. 23; BeckOK-BGB/H. W. Eckert, § 877 Rdnr. 4).

**7 b)** Unter Beachtung dieser Grundsätze stellt die von den Beteiligten beabsichtigte Umwandlung des bislang bestehenden Vorkaufsrechts keine Änderung des Inhalts eines Rechts im Sinne des § 877 BGB dar. Die Frage, ob eine solche Umwandlung möglich ist, wird in Rechtsprechung und Literatur allerdings nicht einheitlich beantwortet.

**8 aa)** Nach nahezu einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur, der das Beschwerdegericht folgt, kann ein subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht nicht durch eine bloße Änderung im Sinne des § 877 BGB in ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht umgewandelt werden (vgl. nur BayObLGZ 1971, 28, 32; KG, JW 1923, 760 [im Zusammenhang mit der Umwandlung von Dienstbarkeiten]; BeckOK-BGB/Reischl, § 1103 Rdnr. 2; Staudinger/Heinze, § 877 Rdnr. 11; KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 9. Aufl., Teil 1 § 6 Rdnr. 211; Meikel/Grziwotz, GBO, 12. Aufl., Vor B Rdnr. 498; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 1401; § 1103 Rdnr. 1; Otto, ZfIR 2024, 347, 349 f.; Reichel, FGPrax 2024, 61, 62). Zur Begründung wird zum Teil auf § 1103 Abs. 1 BGB verwiesen, wonach ein zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehendes Vorkaufsrecht nicht von dem Eigentum an diesem Grundstück getrennt werden kann. Als Trennung des subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts vom Eigentum wird auch die Umwandlung in ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht verstanden (vgl. Staudinger/Schermaier, § 1103 Rdnr. 3; Soergel/Kern, BGB, 14. Aufl., § 1103 Rdnr. 1: „wesensverschiedene Gestaltungsformen“). Andere halten § 877 BGB (auch) deshalb für unanwendbar, weil sich bei der Umwandlung eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts in ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht die Inhaberschaft ändere (vgl. Reichel, FGPrax 2024, 61, 62; Otto, ZfIR 2024, 347, 350; Blatt, IMR 2024, 2169).

**9 bb)** Nach der Gegenauffassung soll § 877 BGB nicht bereits deshalb unanwendbar sein, weil es sich bei dem subjektiv-dinglichen Vorkaufsrecht und dem subjektiv-persönlichen Vorkaufsrecht um gänzlich andere Rechte handle. Hierbei werde nämlich nicht berücksichtigt, dass das subjektiv-dingliche sowie das subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht lediglich unterschiedliche Ausprägungen desselben Sachenrechts darstellten, wie sich auch aus der amtlichen Überschrift des § 1094 BGB ergebe. Allerdings dürfe eine Inhaltsänderung im Sinne des § 877 BGB nicht dazu führen, dass sich die Person des Inhabers des Rechts ändere, was jedoch beim Übergang zwischen einem subjektiv-dinglichen und einem subjektiv-persönlichen Vorkaufsrecht der Fall wäre. Daher lasse sich ein „Formwechsel“ auf der Grundlage von § 877 BGB nur dann vollziehen, wenn ein subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht in ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht überführt werden solle und der neue Berechtigte zuvor Eigentümer des herrschenden Grund-



stücks gewesen sei (vgl. BeckOGK-BGB/Omlor, Stand: 01.10.2024, § 1103 Rdnr. 7; MünchKomm-BGB/Westermann, § 1103 Rdnr. 2).

**10 cc)** Richtig ist die zuerst dargestellte Meinung. Ein zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehendes Vorkaufsrecht (subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht) kann nicht im Wege der Rechtsänderung in ein zugunsten einer bestimmten Person bestehendes Vorkaufsrecht (subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht) umgewandelt werden. Erforderlich ist vielmehr die Aufhebung des bisherigen und die Begründung eines neuen Vorkaufsrechts. Dies gilt auch dann, wenn die nunmehr begünstigte Person Eigentümerin des (bislang) herrschenden Grundstücks ist.

**11 (1)** Wie auch von der Gegenauffassung nicht verkannt wird, scheidet eine Inhaltsänderung nach § 877 BGB nach allgemeiner Meinung von vornherein aus, wenn sich der Inhaber eines Grundstücksrechts ändern soll (vgl. oben Rdnr. 6). So liegt es aber bei der Änderung eines subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts in ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht. Während im ersten Fall Berechtigter der „jeweilige“ Grundstückseigentümer des begünstigten Grundstücks ist, steht das Vorkaufsrecht im zweiten Fall (nur) einer bestimmten Person zu. Hieran ändert es nichts, wenn im Zeitpunkt der beabsichtigten Rechtsänderung die zukünftig als Berechtigte vorgesehene Person – wie die Beteiligte zu 2 – aktuell Eigentümerin des herrschenden Grundstücks und deshalb bereits vor der Rechtsänderung zur Ausübung des Vorkaufsrechts berechtigt ist. Der Unterschied in der Person der Berechtigten zeigt sich nämlich im Falle der Veräußerung des Grundstücks durch den nunmehr allein Berechtigten. Während das fortbestehende subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht nach der Veräußerung dem neuen Grundstückseigentümer zustünde, bliebe Inhaber eines subjektiv-persönlichen Vorkaufsrechts der als Berechtigter benannte frühere Eigentümer.

**12 (2)** Unabhängig davon scheidet die Anwendung des § 877 BGB auch deshalb aus, weil das subjektiv-dingliche und das subjektiv-persönliche Vorkaufsrecht unterschiedliche Rechte darstellen und deshalb eine entsprechende Umwandlung nicht als bloße Änderung des Inhalts „eines Rechts“ nach § 877 BGB angesehen werden kann.

**13 (a)** Dass § 1094 BGB, in dessen Abs. 1 das subjektiv-persönliche und in Abs. 2 das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht geregelt ist, die Überschrift „Gesetzlicher Inhalt des dinglichen Vorkaufsrechts“ trägt, ist für die Frage, ob es sich um zwei unterschiedliche dingliche Rechte handelt, die einer Umwandlung in Form einer Inhaltsänderung nicht zugänglich sind, unergiebig. Insoweit handelt es sich nur um den Oberbegriff für die beiden Arten des dinglichen Vorkaufsrechts, der als solcher keine Aussage dazu trifft, ob es sich um jeweils eigenständige Rechte an einem Grundstück handelt.

**14 (b)** Der qualitative Unterschied zwischen einem subjektiv-dinglichen und einem subjektiv-persönlichen Vorkaufsrecht ergibt sich aus § 1103 Abs. 1 BGB. Hiernach kann ein zugunsten des jeweiligen Eigentümers eines Grundstücks bestehendes Vorkaufsrecht nicht von dem Eigentum an

diesem Grundstück getrennt werden. Daraus folgt, dass das subjektiv-dingliche Vorkaufsrecht wesentlicher Bestandteil des herrschenden Grundstücks (§§ 96, 93 BGB) ist und dessen rechtliches Schicksal teilt. Ließe man eine Änderung des subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts in ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht zu, verlöre das Vorkaufsrecht seine Bindung an das Grundstück. Dies wäre mit § 1103 Abs. 1 BGB nicht vereinbar.

**15 (c)** Bei dieser Sachlage käme eine rangwahrende Umwandlung des Vorkaufsrechts ohne Aufhebung des bisherigen und Bestellung des neuen Vorkaufsrechts nur in Betracht, wenn der Gesetzgeber dies ausdrücklich für zulässig erklärt hätte. Dies ist indes nicht der Fall. Eine den §§ 1186, 1198, 1203 BGB vergleichbare Vorschrift hat der Gesetzgeber zu dem dinglichen Vorkaufsrecht in den §§ 1094 ff. BGB nicht getroffen.

**16 3. a)** Unter Beachtung dieser Grundsätze scheidet die von den Beteiligten gewünschte Umwandlung des subjektiv-dinglichen Vorkaufsrechts in ein subjektiv-persönliches Vorkaufsrecht zugunsten der Beteiligten zu 2 aus.

**17 b)** Die Überlegungen der Rechtsbeschwerde rechtfertigen keine abweichende Beurteilung. Sie macht geltend, die gewünschte Umwandlung sei deshalb möglich, weil sich aus einer Auslegung der Bestellsurkunde vom 16.05.2023 ergebe, dass die Beteiligten dem Vorkaufsrecht eine die nachrangig Eingetragenen begünstigende auflösende Bedingung beigelegt hätten, nach der das Vorkaufsrecht der Beteiligten zu 2 ende, wenn diese das Eigentum an dem herrschenden Grundstück verliere. Das verhilft der Rechtsbeschwerde schon deshalb nicht zum Erfolg, weil sich aus dem festgestellten Inhalt der Bestellsurkunde keinerlei Anhaltspunkte für eine solche Vereinbarung ergeben. Soweit die Rechtsbeschwerde auf einen zugleich beurkundeten Nachtrag zu einer Dienstbarkeit verweist, handelt es sich um neuen Vortrag, der gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 74 Abs. 3 Satz 4 FamFG, § 559 ZPO nicht zu berücksichtigen ist. Das Beschwerdegericht erwähnt zwar eine Dienstbarkeit, trifft jedoch keine Feststellungen zu dem darauf bezogenen Inhalt der Bestellsurkunde.

(...)

#### 4. Prüfungsumfang des Grundbuchamts bei der Abgabe einer Einigungserklärung durch einen Vertreter

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 04.12.2024, 5 W 41/24

BGB §§ 164, 167, 172

BtOG § 7 Abs. 1 Satz 2

GBO §§ 15, 20, 29 Abs. 1

#### LEITSATZ:

Das Grundbuchamt hat die Frage, ob die Wirkung der Beglaubigung einer ihm vorgelegten Vollmacht nach § 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG geendet hat, nur dann zu prüfen, wenn es konkrete Anhaltspunkte für den Tod des Vollmachtgebers hat.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**1 I.** Im Grundbuch des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundbesitzes sind die Beteiligten zu 1 und zu 2 als Eigentümer zu je ½ Anteil eingetragen.

**2** Der Beteiligte zu 1 errichtete am 02.10.2023 eine als Vorsorgevollmacht bezeichnete Vollmachtsurkunde, in der er die Beteiligte zu 2 zu seiner allgemeinen Bevollmächtigten u. a. in den Bereichen der Gesundheitsfürsorge, der Unterbringung und Wohnungsangelegenheiten, zur Vertretung vor Gericht sowie der Vermögenssorge und damit auch zur Verfügung über Vermögensgegenstände jeder Art, einschließlich der Verwaltung, des Erwerbs und der Veräußerung von Vermögen einsetzte. Die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde des Landkreises Neunkirchen beglaubigte die Echtheit der Unterschrift des Beteiligten auf der „Vorsorgevollmacht“ gemäß § 7 Abs. 1 Satz 1 BtOG.

**3** Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 22.02.2024 des Notars Dr. O (Urk.-Nr. [...]) übertrug die Beteiligte zu 2, sowohl handelnd für sich selbst als auch als Bevollmächtigte des Beteiligten zu 1, den Grundbesitz unentgeltlich an den Beteiligten zu 3. Der von den Beteiligten zu 2 und 3 mit dem Vollzug der Kaufvertragsurkunde beauftragte Notar beantragte die Eigentumsumschreibung und die Eintragung eines zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 errichteten Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts.

**4** Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 24.06.2024 die Beteiligten unter Verweis auf die Regelung in § 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG aufgefordert, binnen einer Frist von sechs Monaten eine Lebensbescheinigung des Beteiligten zu 1 vorzulegen. Hiergegen richtet sich die durch den mit dem Vollzug der Übertragungsurkunde beauftragten Notar am 22.07.2024 eingelegte Beschwerde. Das Grundbuchamt hat mit Verfügung 29.07.2024 die Sache dem Saarländischen OLG als Beschwerdegericht zur Entscheidung vorgelegt.

**5-7** (hier nicht abgedruckt)

**8 2.)** Das Grundbuchamt hat die beantragte Eintragung des Eigentumswechsels zu Unrecht unter Hinweis auf § 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG von der Vorlage eines Lebendnachweises abhängig gemacht.

**9 a)** Vor der Eintragung eines Eigentumswechsels hat das Grundbuchamt gemäß § 20 GBO zu prüfen, ob die erforderliche Einigung der Beteiligten erklärt und in der grundbuchmäßigen Form des § 29 Abs. 1 GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen ist, wie es nach materiellem Recht erforderlich ist, um die Rechtsänderung herbeizuführen (OLG Köln, Beschluss vom 18.05.2020, 2 Wx 61/20, FGPrax 2020, 111 m. w. N.). Wird die Erklärung über die Einigung für den Eigentümer des Grundstücks – wie hier – durch einen Vertreter abgegeben, muss das Grundbuchamt und im Beschwerdeverfahren der an seine Stelle tretende Senat die Erteilung der Vollmacht und den Umfang der Vertretungsmacht (§ 164 Abs. 1, § 167 Abs. 1 BGB) als Eintragungsvoraussetzung selbstständig prüfen, ohne an die Auffassung des beurkundenden Notars gebunden zu sein (vgl. nur BGH, Beschluss vom 21.04.2016,

V ZB 13/15, FGPrax 2016, 145; BayObLG, Rpfleger 1986, 216; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 15.10.2010, 20 W 399/10, FGPrax 2011, 58; FGPrax 2011, 273; OLG München, Beschluss vom 07.11.2018, 34 Wx 395/17 FamRZ 2019, 868). Ist der Bevollmächtigte im Besitz der Vollmachtsurkunde, so hat das Grundbuchamt regelmäßig, insbesondere dann, wenn die Voraussetzungen des Rechtsscheintatbestands des § 172 BGB vorliegen, von dem Fortbestand der Vollmacht auszugehen (OLG Köln, Beschluss vom 09.07.2001, 2 Wx 42/01, juris; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.08.1991, juris; OLG Köln, Beschluss vom 14.12.1983, 2 Wx 33/83, juris; *Demharter*, GBO, 33. Aufl. 2023, § 19 Rdnr. 80). Sind ihm aber besondere Umstände bekannt, die auf die Möglichkeit eines Erlöschens hinweisen, so hat es in freier Beweiswürdigung (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29.08.1991, juris; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 80) zu prüfen, ob die Vollmacht erloschen ist (KG, Beschluss vom 21.10.2008, 1 W 246, 247/08, Rpfleger 2009, 147) und bei begründeten Zweifeln den Nachweis ihres Fortbestehens zu verlangen (OLG Hamm, Beschluss vom 11.05.2004, 15 W 163/04, FGPrax 2004, 266; Beschluss vom 15.03.2005, 15 W 61/05, FGPrax 2005, 240).

**10 b)** Dieselben Grundsätze haben auch für die Frage, ob die Beglaubigungswirkung einer Vollmacht nach § 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG geendet hat, zu gelten. § 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG sieht vor, dass die Wirkung der Beglaubigung bei einer Vollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers endet. Allein dieser Umstand berechtigt vorliegend das Grundbuchamt nicht dazu, die begehrte Eintragung von der Vorlage einer Lebendbescheinigung abhängig zu machen. Mit Inkrafttreten von § 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG zum 01.01.2023 beabsichtigte der Gesetzgeber, die Beglaubigungswirkung zeitlich auf das Lebensende des Vollmachtgebers zu begrenzen. Dies rechtfertigt sich dadurch, dass der Zusammenhang zum Betreuungsrecht mit dem Tod des Vollmachtgebers ende. Nach dem Tod des Vollmachtgebers bezwecke die Vollmacht nur noch die Nachlassabwicklung, die aber gerade nicht Gegenstand des Betreuungsverfahrens sei (BT-Drucks. 19/24445, S. 350). Ob der Vollmachtgeber noch lebt, ist deshalb nur zu prüfen, wenn das Grundbuchamt konkrete Anhaltspunkte für den Tod des Vollmachtgebers hat (BT-Drucks. 19/24445, S. 350; *Böhringer*, ZfIR 2022, 530; *Kraus*, notar 2023, 283).

**11** Das ist hier nicht der Fall. Allein der Umstand, dass der Beteiligte zu 1 schon bei Erteilung der Vollmacht die durchschnittliche Lebenserwartung für einen Mann erreicht hatte, stellt keinen konkreten Anhaltspunkt dar, vom Ableben des Vollmachtgebers auszugehen und Nachweise für den grundbuchverfahrensrechtlichen Fortbestand der Vollmacht zu fordern (so auch *Kraus*, notar 2023, 283); besonders wenn die Vollmacht – wie hier – erst wenige Monate vor Antragstellung errichtet wurde und Rechte für den Vollmachtgeber eingetragen werden sollen.

(...)



## 5. Unrichtigkeitsnachweis bei Grundbucheintragung unter Übergehung eines Insolvenzsperrvermerks

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.05.2024, 19 W 67/23 (Wx)

BGB § 892 Abs. 2

GBO § 13 Abs. 2, §§ 17, 22, 29, 71

InsO § 32

ZPO § 286 Abs. 1

### LEITSATZ:

**Wird eine Grundbucheintragung unter Übergehung eines Insolvenzsperrvermerks vorgenommen, kann die für eine Berichtigung erforderliche Überzeugung von der Unrichtigkeit des Grundbuchs je nach den Umständen des Falls auch deshalb gebildet werden, weil jeder Anhaltspunkt für eine Genehmigung der Eintragung durch den Insolvenzverwalter fehlt.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 1 wendet sich gegen eine Zwischenverfügung, die eine Grundbuchberichtigung von der Bewilligung des Beteiligten zu 2 abhängig macht.

2 In dem im Rubrum näher bezeichneten Grundbuch war Frau M B mit einem Anteil von  $\frac{1}{4}$  als Miteigentümerin eingetragen (Abteilung I, lfd. Nr. 5). Nach ihrem Tode am 21.01.2022 wurde mit Beschluss vom 12.05.2023 über ihren Nachlass ein (zunächst bis zum 25.10.2023 vorläufiges) Insolvenzverfahren angeordnet und der Beteiligte zu 1 zum Insolvenzverwalter bestellt. Bei Beginn des vorläufigen Insolvenzverfahrens wurde angeordnet, dass Verfügungen über Gegenstände des Nachlasses nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sein sollten.

3 Auf Ersuchen des Insolvenzgerichts wurde am 24.05.2023 im Grundbuch in Abteilung II unter lfd. Nr. 7 ein Insolvenzsperrvermerk eingetragen. Das Grundbuchamt nahm gleichwohl aufgrund eines am 25.05.2023 eingereichten Antrags auf der Grundlage einer Auflassungserklärung des transmortal bevollmächtigten Witwers in der Urkunde des Notars B vom 02.09.2022 (UR B [...]/22) am 01.06.2023 eine Umschreibung des Miteigentumsanteils auf den Beteiligten zu 2 vor (Abteilung I Nr. 9). Zum Hintergrund der Eigentumsübertragung enthält die Notarurkunde folgenden Vermerk (Schreibweise wie im Original):

„Der Erwerber hat im Jahr 2001 in der WEG eine Wohnung und vermeidlich ebenfalls auch einen Stellplatz in der TG ersteigert. Wie sich jedoch erst jetzt im Zuge der Sanierung der Tiefgarage im Jahr 2022 herausgestellt hat, wurde der Stellplatz versehentlich nie an den Erwerber zum Eigentum übertragen. Dieses Versehen blieb bisher verborgen. Der Erwerber hat seit dem Tag des Besitzüberganges, demnach seit dem Jahr 2001, alle Kosten und Sonderumlagen den nachstehenden Vertragsgegenstand betreffend, bezahlt. Die Vertragsparteien sind sich nunmehr darüber einig, dass der Veräußerer den Stellplatz dem Erwerber zu Alleineigentum

überträgt. Eine Gegenleistung hat der Erwerber nicht zu erbringen. Die Nutzung des Stellplatzes erfolgte durch den Erwerber. Um dieses rechtliche Versehen jetzt zu korrigieren, schließen die Vertragsparteien nunmehr diesen Übertragungsvertrag.“

4 Zu diesem Vorgang hat das Grundbuchamt folgende Feststellungen getroffen:

„Hinsichtlich der Annahme in der Erwerbsurkunde des Notars O B vom 02.09.2022 (UR Nr. [...]/2022), der Stellplatz sei von dem Erwerber mitersteigert worden und damit mit Zuschlagsbeschluss übergegangen, wurde Anfang August eine Grundaktenrecherche durchgeführt. Der Zuschlagsbeschluss vom 20.11.2001 zum Eigentumswechsel hinsichtlich der Einheit von Herrn D (Blatt X-2) befindet sich auf AS 83 der Grundakte zu Blatt X-2 von N. Dieser weist den Stellplatz in der Tiefgarage jedoch nicht mit aus.“

5 Auf Betreiben des Beteiligten zu 1 trug das Grundbuchamt in Abteilung II Nr. 8 einen Widerspruch gegen den Eigentumswechsel ein, nahm aber auf entsprechenden Antrag keine Grundbuchberichtigung vor. Eine solche hat es mit der angefochtenen Zwischenverfügung vom 16.08.2023 davon abhängig gemacht, dass eine – freiwillig abgegebene oder gerichtlich erzwungene – Berichtigungsbewilligung des Beteiligten zu 2 als eingetragenem Eigentümer vorgelegt werde. Die Unrichtigkeit des Grundbuchs sei nicht offenkundig. Aus den Grundakten lasse sich nur entnehmen, dass eine Bewilligung des Insolvenzverwalters nicht eingereicht worden sei, nicht aber, dass diese tatsächlich nicht abgegeben wurde. Ein Nachweis der Negativtatsache sei im Wege des Urkundsbeweises nicht möglich.

6 Gegen die Entscheidung des Grundbuchamts richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1. Er ist der Auffassung, die Unrichtigkeit des Grundbuchs sei offensichtlich. Die negative Tatsache, dass er selbst der Eigentumsübertragung nicht zugestimmt habe, könne im Urkundenbeweis nicht bewiesen werden. Verlange man in Fällen des Verstoßes gegen das insolvenzrechtliche Verfügungsverbot eine Berichtigungsbewilligung des eingetragenen Eigentümers, führe dies zur Wirkungslosigkeit des § 32 InsO.

7 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

8 Der Beteiligte zu 2 ist im Beschwerdeverfahren angehört worden und hat eine schriftliche Stellungnahme abgegeben. Er ist der Auffassung, er habe angesichts der in der Zeitung erfolgten Ankündigung der Zwangsversteigerung davon ausgehen können, den streitgegenständlichen Tiefgaragenstellplatz im Jahre 2001 mit einer Wohnung erworben zu haben. Als später aufgefallen sei, dass diese nicht mit übertragen worden sei, sei mit den Erben der Erblasserin die Notarurkunde errichtet worden, die zu seiner Eintragung als Eigentümer geführt habe.

9 II. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 gegen die Zurückweisung seines Antrags auf Berichtigung des Grundbuchs ist nach §§ 71, 18 GBO i. V. m. § 11 Abs. 1 RPflG zulässig (zur Statthaftigkeit der Beschwerde auch gegen Zwischenver-

fügungen vgl. etwa Demharter/*Demharter*, GBO, 33. Aufl. 2023, § 71 Rdnr. 1). Sie hat auch in der Sache Erfolg.

**10** Die Berichtigung des Grundbuchs durch Wiedereintragung der Nachlassinsolvenzmasse darf – entgegen der Auffassung des Grundbuchamts – nicht von der Bewilligung des Beteiligten zu 2 abhängig gemacht werden, weil die Unrichtigkeit in anderer Weise nachgewiesen ist.

**11 1.** Im Ausgangspunkt geht das Grundbuchamt zutreffend davon aus, dass eine unrichtige Eintragung in der Regel nicht von Amts wegen zu berichtigen ist, sondern dies von den Beteiligten herbeigeführt werden muss (vgl. etwa Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 414; Demharter/*Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 45). Den insoweit erforderlichen Antrag hat der Beteiligte zu 1 aber, nachdem er zunächst nur gefragt hatte, ob eine Berichtigung erfolgen werde, zuletzt ausdrücklich gestellt.

**12 2.** Ursprüngliche Miteigentümerin war, wie sich aus dem Grundbuch ergibt, die Erblasserin.

**13 a)** Sie hat dieses Eigentum nicht durch Zuschlagserteilung in der Zwangsversteigerung einer Wohnung verloren. Einen Zuschlag des hier gegenständlichen Grundbesitzes im Wege der Zwangsversteigerung zugunsten des Beteiligten zu 2 weist das Grundbuch nicht aus. Zwar hat der Beteiligte zu 2 darauf hingewiesen, dass bei der öffentlichen Ankündigung der Versteigerung einer Wohnung auf dem Grundstück H-Str. 41 auf einen Tiefgaragenstellplatz hingewiesen worden war. Ein Zuschlag (auch) des vorliegenden Grundbesitzes ist jedoch im Zwangsversteigerungsverfahren nicht erfolgt. Dies ergibt sich aus den vom Grundbuchamt angestellten Nachforschungen; auch der Beteiligte zu 2 geht – wie die Präambel zu der Notarurkunde zeigt – hiervon aus. Eine etwa irrtümliche Beschreibung der versteigerten Wohnung („mit TG-Stellplatz“) bei der Ankündigung einer Zwangsversteigerung kann den erforderlichen Zuschlag nicht ersetzen, sondern könnte – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – lediglich Amtshaftungsansprüche begründen.

**14** Ein gutgläubiger Erwerb (§ 892 Abs. 2 BGB) kommt nicht in Betracht, weil zum Zeitpunkt der Antragstellung, die nach § 13 GBO zu beurteilen ist (BeckOK-BGB/H.-W. Eckert, Stand: 01.02.2024, § 892 Rdnr. 14; Jauernig/*Berger*, BGB, 19. Aufl. 2023, § 892 Rdnr. 20), der Insolvenzsperrenvermerk bereits eingetragen war.

**15 3.** Die Insolvenznachlassmasse hat das Eigentum nicht aufgrund der Eintragung infolge der Auflassung in der Notarurkunde vom 22.09.2022 verloren.

**16 a)** Durch den Inhalt der Grundakten urkundlich nachgewiesen ist, dass das Grundbuchamt die Eintragung des Beteiligten zu 2 als Miteigentümer unter Übergehung des Insolvenzvermerks vorgenommen hat. Mit Eintragung des Insolvenzvermerks tritt eine Grundbuchsperre ein; diese verbietet alle Eintragungen, die den Rechtswirkungen der Verfügungsbeschränkung widersprechen (MünchKomm-InsO/*Busch*, 4. Aufl. 2019, §§ 32, 33 Rdnr. 65), mithin auch die Eintragung eines Eigentumswechsels. Maßgeblich ist insoweit, ob zum Zeitpunkt der Antragstellung bereits eine

Verfügungsbeschränkung bestand. Das war hier der Fall, weil die Auflassung zwar vor dem Insolvenzsperrenvermerk erklärt, aber – wohl infolge der zunächst noch fehlenden Unbedenklichkeitsbescheinigung des FA (Ausstellungsdatum 15.05.2023) – vom Notar erst am 25.05.2023 beim Grundbuchamt eingereicht worden ist. Wie sich aus § 13 Abs. 2 Satz 1, § 17 GBO ergibt, kommt es nicht auf die Antragstellung selbst, sondern auf den Eingang beim Grundbuchamt an.

**17 b)** Die Berichtigung scheitert auch nicht an einem fehlenden urkundlichen Nachweis des Umstands, dass der Beteiligte zu 1 als Insolvenzverwalter die Verfügung über das Grundstück nicht genehmigt hat.

**18 aa)** An den Nachweis der Unrichtigkeit sind allerdings nach einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Schrifttum (vgl. etwa BeckOK-GBO/*Holzer*, Stand: 01.03.2024, § 22 Rdnr. 59 m. w. N.) strenge Anforderungen zu stellen, da einerseits die Berichtigungsmöglichkeit gemäß § 22 GBO in die Grundbuchposition des eingetragenen Betroffenen ohne dessen Bewilligung eingreift und andererseits das Grundbuchverfahren zur Klärung streitiger Tatsachen weder geeignet noch bestimmt ist. Der Nachweis ist daher erst erbracht, wenn eine Verletzung der Rechte des Betroffenen – hier des Beteiligten zu 2 als derzeit eingetragenen Miteigentümer – unter sinngemäßer Anwendung des Maßstabs von § 286 Abs. 1 ZPO ausgeschlossen ist. Allein die Glaubhaftmachung oder eine gewisse Wahrscheinlichkeit genügen nicht. Der Antragsteller muss, ohne dass ihn dabei eine amtswegige Sachaufklärung durch das Grundbuchamt unterstützt, grundsätzlich alle Möglichkeiten ausräumen, die der erstrebten Eintragung entgegenstehen. Andererseits kann selten das Nichtvorliegen sämtlicher entgegenstehender Umstände durch Beibringung von Urkunden im Sinne des § 29 GBO bewiesen werden; dies gilt insbesondere oft bei negativen Tatsachen. Daher muss es ausreichen, dass das Grundbuchamt von den nach der allgemeinen Lebenserfahrung regelmäßigen Geschehensabläufen ausgeht, das heißt ein hinreichender Grad an Gewissheit besteht, der Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen, es sei denn, konkrete Umstände lassen im Einzelfall auch einen anderen Schluss zu (Bauer/Schaub/*Schäfer*, GBO, 5. Aufl. 2023, § 22 Rdnr. 171). Folglich sind nach der Lebenserfahrung nur entfernt entgegenstehende, bloß theoretische Möglichkeiten nicht notwendig zu widerlegen (insgesamt Bauer/Schaub/*Schäfer*, GBO, § 22 Rdnr. 171).

**19 bb)** Legt man diesen Maßstab zugrunde, ist der Unrichtigkeitsnachweis erbracht. Die zugunsten des Beteiligten zu 2 vorgenommene Verfügung wäre nur dann wirksam, wenn der Beteiligte zu 1 als Insolvenzverwalter ihr zugestimmt hätte. Dafür sind keinerlei Anhaltspunkte vorhanden. Bereits aus den Akten ergibt sich, dass eine entsprechende Zustimmung nicht vorgelegt worden ist, obwohl nach allgemeiner Lebenserfahrung damit zu rechnen wäre, dass der Beteiligte zu 2 – dem sie günstig wäre – sie spätestens bei seiner Anhörung im Beschwerdeverfahren eingereicht hätte. Der Beteiligte zu 2 hat sich auf eine Zustimmung auch nicht berufen. Dass eine Zustimmung gleichwohl erteilt



worden ist und der Beteiligte zu 1 sie unter Verletzung seiner anwaltlichen Berufspflichten im vorliegenden Verfahren verschwiegen hat, ist zwar nicht denkbildend ausgeschlossen. Die Umstände lassen aber die Bildung einer von vernünftigen Zweifeln freie Überzeugung davon zu, dass die Übertragung ohne die notwendige Zustimmung des Beteiligten zu 1 erfolgt ist.

**20** Die Entscheidung des OLG Saarbrücken (Beschluss vom 25.02.2022, 5 W 11/22, juris), auf die sich das Grundbuchamt beruft, rechtfertigt keine andere Bewertung. Sie betont zwar die strengen Anforderungen, die an den Unrichtigkeitsnachweis zu stellen sind und hebt hervor, dass allein die fehlende Zumutbarkeit des Nachweises den Antragsteller nicht davon enthebt, notfalls im Erkenntnisverfahren eine Bewilligung des von der Berichtigung Betroffenen zu erwirken. Die Anwendung dieser – vom Senat geteilten – Grundsätze betraf allerdings eine der hier vorliegenden nicht vergleichbare Situation. Das OLG Saarbrücken hatte die Zurückweisung eines Berichtigungsantrags in einem Fall verneint, in dem eine Namensverwechselung bei einem früheren Eintragungsvorgang möglich erschien, letztlich aber wegen des Fehlens hinreichend individualisierender Merkmale im Grundbuchverfahren nicht nachgewiesen werden konnte. Die Möglichkeit, dass der Grundbuchstand richtig und damit eine Berichtigung nicht angezeigt sein könnte, stellte sich damit in dem vom OLG Saarbrücken zu entscheidenden Fall als wesentlich konkreter dar als in der hier vorliegenden Situation.

(...)

## 6. Anforderungen an den Nachweis der Verwalterbestellung – Angabe des Abstimmungsergebnisses im Beschlussprotokoll

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.08.2023, 19 W 57/22 (Wx)

GBG §§ 18 Abs. 1, 29

WEG § 12 Abs. 1, § 24 Abs. 6, § 26 Abs. 1

### LEITSÄTZE:

- Aufgrund einer Teilungserklärung gemäß § 12 Abs. 1 WEG kann es erforderlich sein, dass dem Grundbuchamt bei Umschreibung des Eigentums auf einen neuen Erwerber neben der Erklärung des Verwalters auch dessen Bestellung nachgewiesen wird.**
- Der Verwalter wird gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1 WEG durch Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung mit Stimmenmehrheit bestellt. Die Feststellung und Verkündung des Beschlussergebnisses in der Wohnungseigentümerversammlung sind notwendige Wirksamkeitsvoraussetzungen eines solchen Beschlusses; es gelten die allgemeinen Bestimmungen des WEG. Liegt ein hiernach unwirksamer Beschluss vor, kommt insoweit ein Eintragungshindernis im Sinne von § 18 Abs. 1 Satz 1 GBG in Betracht.**

- Die Prüfung der Verwalterzustimmung nach § 12 Abs. 1 WEG ist hiervon zu trennen; insoweit begründen Mängel der Verwalterbestellung nicht notwendigerweise ein Eintragungshindernis.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**11.** Der Beschwerdeführer wendet sich gegen die Zwischenverfügung des AG Maulbronn – Grundbuchamt – vom 14.04.2022; hiernach seien dort näher bezeichnete Eintragungs- bzw. Löschungshindernisse zu beheben.

**2** Das beschwerdegegenständliche Grundstück ist Gegenstand eines Kaufvertrags vom 20.04.2021. In Bezug auf dieses Grundstück liegt eine Teilungserklärung vor, in welcher es unter § 5 Ziffer 2 heißt:

„Die Veräußerung einer Eigentumswohnung bedarf der Zustimmung des Verwalters, falls ein solcher bestellt ist. Dies gilt nicht im Falle der Veräußerung an Ehegatten, Verwandte in gerader Linie und Verwandte zweiten Grades in der Seitenlinie oder bei einer Veräußerung des Wohnungseigentums im Wege der Zwangsversteigerung oder durch den Konkursverwalter, sowie bei der Erstveräußerung durch die Herren K.

Die Zustimmung darf gemäß S. 12 Abs. 2 WEG nur aus wichtigem Grund versagt werden.“

**3** Nach dem Abschluss des Kaufvertrags beantragte der Notar Dr. F nach § 15 GBG mit Schreiben vom 20.07.2021 die Eintragung einer Eigentumsänderung sowie Löschung einer Erwerbsvormerkung. Diesem Antrag war ein mit „Verwalterzustimmung“ überschriebenes Dokument vom 02.07.2021 angeschlossen.

**4** Im Hinblick auf den Nachweis der Verwaltereigenschaft erfolgte eine Bezugnahme auf die Eigentümerversammlung vom 28.06.2017, deren Protokoll (auszugsweise) wie folgt lautete:

„TOP 5 Bestellung des Verwalters

Der Vertrag der Hausverwaltung mit der Firma Su ist ausgelaufen. Herr Sch verzichtet altershalber auf eine Vertragsverlängerung, ist aber bereit, für einen „fließenden“ Übergang zur Verfügung zu stehen, sodass insoweit eine Verlängerung des Verwaltervertrags notwendig wäre. Frau S übernimmt die Hausverwaltung. Das Wirtschaftsjahr 2016 wurde 2/3 von Herrn Sch und 1/3 von Frau S verwaltet. 2017 übernimmt Frau S. die Verwaltung.

Beschluss

- Das Vertragsverhältnis mit der Fa. Su ist mit 2016 beendet. Die Ablösesumme für das Verwaltungsprogramm und die Einarbeitung beträgt 100 €.
- Die Konditionen für Frau S werden angepasst auf 17 € + MwSt./Wohnung und Monat.“

**5** In der Folge erging die beschwerdegegenständliche Zwischenverfügung vom 14.04.2022. Dabei wurde im Wesentlichen die Vorlage einer Zustimmung des Verwalters gemäß § 12 WEG zur Veräußerung in der Form des § 29

GBÖ (Unterschriftsbeglaubigung) und der Nachweis der Verwaltereigenschaft zum Zeitpunkt der Zustimmung angefordert.

**6** Gegen diese Zwischenverfügung richtet sich die Beschwerde vom 21.06.2022, welche der Notar Dr. F im Namen des Käufers Herrn T R einlegte. Die Verwalterzustimmung und der Verwalternachweis seien dem Grundbuchamt mit Schreiben vom 16.07.2021 in grundbuchmäßiger Form übermittelt worden. Der aus dem übermittelten Protokoll ersichtliche Bestellungsbeschluss verfüge über die erforderliche Bestimmtheit; er ließe keine andere Lesart zu, als dass die Wohnungseigentümergeinschaft Frau S ab dem 01.01.2017 zur Verwalterin bestellt habe. In diesem Zusammenhang sei zu berücksichtigen, dass das Protokoll – vermutlich – von einem juristischen Laien formuliert worden sei. Daher seien an die inhaltliche Ausgestaltung nicht die gleichen Anforderungen zu stellen wie bei einem von einem Juristen formulierten Text.

**7** Das AG Maulbronn – Grundbuchamt half der Beschwerde mit Beschluss vom 14.07.2022 nicht ab. Das übersandte Protokoll der Eigentümerversammlung vom 28.06.2017 reiche als Nachweis über die Verwalterbestellung nicht aus.

**8** Ein Beschluss über die Bestellung des Verwalters in Gemäßheit des § 26 Abs. 1 WEG könne hierin nicht erblickt werden. Der in Rede stehende Tagesordnungspunkt sei zwar mit „TOP 5 Bestellung des Verwalters“ bezeichnet, inhaltlich beziehe er sich aber nur auf Vertragsbedingungen; zu einer tatsächlichen Bestellung von Frau S als Verwalterin verhalte er sich nicht. An die Formulierung, dass sie die Hausverwaltung übernehme, könne kein Beschluss über deren Bestellung zur Verwalterin geknüpft werden. Hierbei handele es sich – bezogen auf den Zeitpunkt der Eigentümerversammlung im Jahr 2017 – lediglich um eine Feststellung des Inhalts, dass Frau S seit Beendigung der vorangegangenen Verwalterbestellung die entsprechenden Aufgaben (faktisch) übernommen habe. Die eigentliche Beschlussfassung habe lediglich die Vertragskonditionen zum Abschluss eines neuen Verwaltervertrags zum Inhalt. Indes müsse zwingend zwischen dem Verwaltervertrag und der Bestellung des Verwalters, als zwei getrennten Beschlüssen differenziert werden. Demzufolge liege in dem Beschluss über die Vereinbarung von Vertragskonditionen kein Beschluss zur Bestellung des Verwalters.

**9** Zweifelhaft sei, ob Frau S als „juristische Laiin“ angesehen werden könne und daher eine großzügigere Auslegung geboten sei. Der Verwaltertätigkeit liege meist eine berufsmäßige Tätigkeit zugrunde, sodass von einem Verwalter zu erwarten sei, dass er sich in die bestehenden gesetzlichen Regelungen einarbeite. In Anbetracht der Formulierung am Ende des Versammlungsprotokolls „Hausverwaltung RS“ sei auch hier von einer berufsmäßigen Tätigkeit auszugehen.

**10** Der Senatsvorsitzende wies den Notar Dr. F am 05.09.2022 darauf hin, dass – neben der vom Grundbuchamt aufgeworfenen Frage nach der Auslegung des Beschlusses – auch zweifelhaft sein könne, ob das Beschlussergebnis hinreichend festgestellt sei (Angabe der Stimmverhältnisse) und dies verneinendenfalls der Wirksamkeit

des fraglichen Beschlusses entgegenstehe; hierzu wurde mit Schreiben vom 13.09.2022 Stellung genommen.

**11** Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Beschwerdevorbringens wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

**12** II. Die zulässige Beschwerde ist teilweise begründet.

**13** 1. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen sind gegeben.

**14** Die Beschwerde ist statthaft. Gegen die angefochtene Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO ist das Rechtsmittel der unbefristeten Beschwerde gegeben, § 71 Abs. 1 GBO, § 11 Abs. 1 RPfIG. Auch ist die Beschwerde in der Form des § 73 Abs. 1, 2 GBO eingelegt worden. Die Beschwerdeberechtigung folgt aus dem käuferseitigen Antragsrecht gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO; die Vollmacht des Notars wird gemäß § 15 Abs. 2 GBO vermutet.

**15** 2. Das Rechtsmittel ist in der Sache in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet. Die beschwerdegegenständliche Zwischenverfügung vom 14.04.2022 ist zum Teil zu beanstanden und im Übrigen nach § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO gerechtfertigt.

**16** Steht einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegen, so hat das Grundbuchamt entweder den Antrag unter Angabe der Gründe zurückzuweisen oder dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen, § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO.

**17** So liegt der Fall hier in Bezug auf den Nachweis der Verwaltereigenschaft; eine wirksame Verwalterbestellung ist nicht gegeben, sodass in Anbetracht der einschlägigen Teilungserklärung ein Eintragungshindernis besteht (vgl. nachfolgend unter b)). Im Hinblick auf die Zustimmung des Verwalters gemäß § 12 WEG zur Veräußerung in der Form des § 29 GBO (Unterschriftsbeglaubigung) erkennt der Senat hingegen aufgrund des mit „Verwalterzustimmung“ überschriebenen Dokuments vom 02.07.2021 kein Eintragungshindernis (vgl. nachfolgend unter c)).

**18** Im Einzelnen ist hierzu wie folgt auszuführen:

**19** a) Voraussetzung des § 18 GBO ist zunächst ein Antrag, der hier im Blick auf das Schreiben vom 20.07.2021 zu bejahen ist.

**20** b) Die weitere Voraussetzung in Gestalt des Vorliegens eines Eintragungshindernisses ist im vorliegenden Fall insoweit erfüllt, als eine Verwalterzustimmung im Sinne des § 12 Abs. 1 WEG nicht gegeben ist.

**21** aa) Im Allgemeinen rechtfertigt eine Zwischenverfügung im fraglichen Sinne jedes Eintragungshindernis, das bis zur Eintragung zu erkennen ist. Das Grundbuchamt hat grundsätzlich nur die gesetzlichen Voraussetzungen zu prüfen, aufgrund derer eine Eintragung erfolgen kann (Antrag, Bewilligung/Nachweis der Einigung, Voreintragung, Form, Vorlage des Briefs, Vorlage der Unbedenklichkeitsbescheinigung usw.). Dabei kann sich im Besonderen auch aus § 12 Abs. 1 WEG ein Eintragungshindernis ergeben. Hiernach kann als Inhalt des Sondereigentums eine Veräußerungsbeschränkung vereinbart werden, wonach ein Wohnungs-



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



eigentümer zur Veräußerung seines Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf (vgl. zum Ganzen BeckOK-GBO/*Zeiser*, Stand: 01.08.2023, § 18 Rdnr. 6; BeckOGK-WEG/*Skauradszun*, Stand: 01.06.2023, § 12 Rdnr. 20, jew. m. w. N.).

**22** Im vorliegenden Fall ist ein solches Zustimmungserfordernis im Blick auf § 5 Ziffer 2 der Teilungserklärung zu bejahen. Dort ist ausgeführt, dass die Veräußerung der Zustimmung des Verwalters bedarf.

**23** Aus dem im Schreiben vom 13.09.2022 (...) vorgebrachten Hinweis der Beschwerde, dass eine solche Zustimmung nur erforderlich sei, falls ein Verwalter bestellt sei, ergibt sich nichts anderes. Denn es ist hier weder dargetan noch mit hinreichender Deutlichkeit ersichtlich, dass Herr S als Verwalter abberufen worden ist; dies bereits deshalb, weil er ausweislich des Protokolls der Eigentümerversammlung vom 28.06.2017 „für einen fließenden Übergang zur Verfügung“ stehe. Die Beschlussformel des Tagesordnungspunkts 5 des fraglichen Protokolls verhält sich zudem zu einer Abberufung von Herrn S als Verwalter gerade nicht und ist auch im Übrigen – worauf noch vertieft zurückzukommen sein wird (nachfolgend bb) bbb)) – diffuser Natur.

**24** Demzufolge muss dem Grundbuchamt bei Umschreibung des Eigentums auf einen neuen Erwerber neben der Erklärung des Verwalters auch dessen Bestellung nachgewiesen werden (vgl. KG, Beschluss vom 27.02.2018, 1 W 38/18, BeckRS 2018, 2614 Rdnr. 3, beck-online; eingehend MünchKomm-BGB/*Krafka*, 9. Aufl. 2023, § 12 WEG Rdnr. 38–43 m. w. N.). Im Einzelnen sind dabei nachstehende Grundsätze zu beachten:

**25** aaa) Ist die Zustimmung – wie hier – von dem Verwalter zu erklären, so sind die Zustimmungserklärung in der Form des § 29 GBO sowie die Verwaltereigenschaft desjenigen, der die Erklärung abgegeben hat, gemäß § 26 Abs. 1 WEG nachzuweisen. Die Zustimmung des Verwalters kann sowohl vor als auch nach Abschluss des jeweiligen Kaufvertrags erteilt werden, da sich die Zustimmung nicht auf das Rechtsgeschäft, sondern auf die Person des Erwerbers bezieht. Wurde die erforderliche Zustimmung bezogen auf den bestimmten Erwerber bereits vor Vertragsschluss erteilt, wird der Veräußerungsvertrag bereits mit seinem Abschluss wirksam. Bis zum Wirksamwerden des Veräußerungsvertrags ist die vorab erteilte Zustimmung entsprechend § 183 BGB widerruflich (BGH, Beschluss vom 06.12.2018, V ZB 134/17, NZM 2019, 542 Rdnr. 7, 9, beck-online, vgl. zum Ganzen auch MünchKomm-BGB/*Krafka*, § 12 WEG Rdnr. 40 m. w. N.).

bbb) Für den Nachweis der Verwaltereigenschaft genügt die Vorlage einer Niederschrift über den Bestellungsbeschluss, bei dem die Unterschriften der in § 24 Abs. 6 WEG bezeichneten Personen öffentlich beglaubigt sind, § 26 Abs. 1 WEG. Die Niederschrift über die in der Eigentümerversammlung gefassten Beschlüsse ist von dem Vorsitzenden der Versammlung, einem Miteigentümer und, falls ein Verwaltungsbeirat bestellt ist, auch von dessen Vorsitzendem oder seinem Vertreter zu unterschreiben, § 24 Abs. 6 Satz 2 WEG.

**26** ccc) Im Übrigen richtet sich die Bestellung des Verwalters nach den allgemeinen Bestimmungen des WEG:

**27** Der Verwalter wird gemäß § 26 Abs. 1 Satz 1 WEG durch Beschluss der Wohnungseigentümerversammlung mit Stimmenmehrheit bestellt. Für die Mehrheitsberechnung ist das für die Gemeinschaft geltende Stimmprinzip maßgeblich. Eine relative Mehrheit bei einer Mehrzahl von Bewerbern genügt nicht; unzulässig ist das Erfordernis einer qualifizierten Mehrheit, § 26 Abs. 5 WEG. Überdies ist eine Feststellung des Ergebnisses der Abstimmung durch den Vorsitzenden zwar nicht ausdrücklich im Gesetz vorgesehen, gleichwohl aber Wirksamkeitsvoraussetzung für das Zustandekommen eines Beschlusses. Die Feststellung und Verkündung des Beschlussergebnisses in der Versammlung sind notwendige Wirksamkeitsvoraussetzungen eines Beschlusses, der erst dadurch rechtlich „ins Leben tritt“. Die Feststellung des Abstimmungsergebnisses und ihre Verkündung hat darüber hinaus inhaltsfixierende Wirkung und bestimmt vorbehaltlich einer Anfechtung im Beschlussanfechtungsverfahren, ob und mit welchem Inhalt ein Beschluss gefasst worden ist (vgl. zum Ganzen BGH, Beschluss vom 23.08.2001, V ZB 10/01, NZM 2001, 961, beck-online; Urteil vom 29.05.2020, V ZR 141/19, ZWE 2020, 379, beck-online; Bärmann/*Dötsch*, WEG, 15. Aufl. 2023, § 23 Rdnr. 75; Bärmann/*Merle*, WEG, § 25 Rdnr. 129, jew. m. w. N.).

**28** Die konstitutive Wirkung der Feststellung und Verkündung des Beschlussergebnisses lässt sich auf einen allgemein im Recht der Personenvereinigungen geltenden Grundsatz stützen, wonach überall dort, wo die Geltendmachung von Beschlussmängeln im gerichtlichen Verfahren an eine Frist gebunden ist, die Existenz eines Beschlusses dessen Feststellung und Verkündung voraussetzt. Diese Sicht der Dinge findet seine gesetzliche Grundlage daneben in § 24 Abs. 6 WEG, wonach über die in der Versammlung „gefassten Beschlüsse“ eine Niederschrift aufzunehmen ist. Der Vorsitzende der Eigentümerversammlung hat mithin dafür zu sorgen, dass neben dem Abstimmungsergebnis auch das hieraus nach den maßgeblichen rechtlichen Regeln hergeleitete Beschlussergebnis zutreffend in die Niederschrift aufgenommen wird, und dies gemäß § 24 Abs. 6 Satz 2 WEG durch seine Unterschrift zu bestätigen. Das setzt die Feststellung voraus, dass eine gemeinschaftsinterne Willensbildung stattgefunden und zu einem bestimmten Ergebnis geführt hat. Aus dem Fehlen einer ausdrücklichen und durch die Nichtigkeitsfolge sanktionierten gesetzlichen Anordnung zur Beschlussfeststellung wie etwa in § 130 Abs. 2, § 241 Nr. 2 AktG kann deshalb nicht geschlossen werden, die Wohnungseigentümerversammlung bedürfe keines Vorsitzenden und das Beschlussergebnis keiner Feststellung durch ihn (vgl. a. a. O.).

**29** bb) Überträgt man diese Grundsätze auf den vorliegenden Fall ergibt sich das nachstehende Bild:

**30** In Ansehung des Protokolls der Eigentümerversammlung vom 28.06.2017 kann der Senat – gemäß den vorstehend unter ccc) genannten Grundsätzen – keine wirksame Verwalterbestellung nach § 26 Abs. 1 WEG erkennen, weshalb ein die fragliche Zwischenverfügung rechtfertigendes



Eintragungshindernis – gemäß den unter aa) genannten Grundsätzen – vorliegt.

**31** Eine Feststellung des Abstimmungsergebnisses ist aus dem fraglichen Beschluss der Wohnungseigentümergeinschaft nicht ersichtlich (nachfolgend unter aaa)). Der Beschluss ist zudem inhaltlich keiner Auslegung dahin zugänglich, dass Frau S formal zur neuen Verwalterin bestellt wurde (nachfolgend unter bbb)). Im Einzelnen liegen diesem Befund die nachstehenden Erwägungen zugrunde:

**32** aaa) Ein wirksamer Beschluss in Bezug auf die Verwalterbestellung ist zunächst deshalb nicht gegeben, weil aus dem fraglichen Protokoll eine Feststellung des Ergebnisses der Abstimmung durch den Vorsitzenden nicht hervorgeht. Bereits wegen dieser fehlenden Angabe der Stimmverhältnisse ist das Beschlussergebnis nicht hinreichend festgestellt.

**33** bbb) Hinzu kommt, dass der eigentliche Beschluss inhaltlich nicht hinreichend klar ist.

**34** Der Inhalt des Beschlusses ist keiner Auslegung dahin zugänglich, dass Frau S formell zur – neuen – Verwalterin bestellt worden ist. Insoweit teilt der Senat die Bedenken des AG Mannheim – Grundbuchamt im Kern; zur Vermeidung von Wiederholungen kann insoweit auf den Nichtabhilfebeschluss vom 14.07.2022 (...) Bezug genommen werden. In Ansehung des Beschwerdevorbringens sind im Übrigen die nachstehenden Bemerkungen geboten:

**35** (1) Aus dem Wortlaut der Beschlussformel – und des fraglichen Tagesordnungspunktes in Gänze – folgt weder unmittelbar noch zwingend, dass Frau S in der fraglichen Versammlung zur Verwalterin bestellt worden ist.

**36** (2) In Anbetracht der Bedeutung der Verwalterbestellung für die Wohnungseigentümergeinschaft wäre indes dahingehend eine klare Positionierung derselben nach der Verkehrssitte zu erwarten gewesen (vgl. §§ 133, 157 BGB). Dabei berücksichtigt der Senat auch, dass im Regelfall vor der Beschlussfassung der Wohnungseigentümer über die Bestellung eines neuen Verwalters Alternativangebote einzuholen sind und die Namen der Bewerber und die Eckdaten derer Angebote den Eigentümern innerhalb der Einladungsfrist mitzuteilen sind. Dadurch soll gewährleistet werden, dass die Wohnungseigentümer innerhalb des ihnen zustehenden Beurteilungsspielraums ihre Entscheidung über die Verwalterbestellung auf einer hinreichend fundierten Tatsachengrundlage treffen können (BGH, Urteil vom 24.01.2020, V ZR 110/19, NZM 2020, 663, beck-online Rdnr. 9, zum Ganzen auch BeckOK-BGB/Hügel, Stand: 01.05.2023, § 26 WEG Rdnr. 9, 10 m. w. N.). Vor diesem Hintergrund ergeben sich Zweifel, ob bereits in der fraglichen Versammlung in Gestalt einer Verwalterbestellung „Tatsachen geschaffen“ werden sollten.

**37** (3) Auch im Übrigen gebietet die Wichtigkeit des in Frage stehenden Verfahrens die Anwendung strenger und formalisierter Maßstäbe. Für das Grundbuchamt stellte bereits die Verletzung einer bloßen Ordnungsvorschrift ein Eintragungshindernis dar (BeckOK-GBO/Zeiser, Stand: 28.04.2023, § 18 Rdnr. 6, 7). Die besondere Berücksichti-

gung der Gebote von Rechtssicherheit und -klarheit entspricht ohnedies der Natur des grundbuchrechtlichen Verfahrens. Infolge dessen erscheinen die Ausführungen der Beschwerde im Hinblick auf die Auslegung des Beschlusses zwar im Allgemeinen durchaus plausibel, in dem hier gegebenen Kontext überzeugen sie aber letztlich nicht; insbesondere ist es nicht ausreichend, dass sich die Verwalterbestellung aufgrund eines Rückschlusses aus dem Betreff des fraglichen Tagesordnungspunktes annehmen ließe. Denn ein solcher Rückschluss ist keineswegs zwingend, nachdem sich der Betreff – wie im Nichtabhilfebeschluss vom 14.07.2022 dargelegt – auch auf die vertraglichen Rahmenbedingungen bezogen haben könnte; zur Meidung von Doppelungen ist auf die entsprechenden Ausführungen des AG Mannheim – Grundbuchamt zu verweisen.

**38** Schließlich kommt hinzu, dass Frau S offensichtlich berufsmäßig eine Verwaltertätigkeit ausübt und ebendies gleichfalls die Anwendung strenger Auslegungsmaßstäbe rechtfertigt.

**39** c) Soweit die beschwerdegegenständliche Zwischenverfügung in der fehlenden „Zustimmung des Verwalters gemäß § 12 WEG zur Veräußerung in der Form des § 29 GBO (Unterschriftsbeglaubigung)“ ein Eintragungshindernis erblickt, kann der Senat dem in Anbetracht des mit „Verwalterzustimmung“ überschriebenen Dokuments vom 02.07.2021 nicht zustimmen.

**40** aa) Wegen der Rechtsnatur und den Voraussetzungen der Verwalterzustimmung kann auf die vorstehenden Ausführungen unter II. b) aaa) verwiesen werden.

**41** bb) Hieran gemessen ist – für sich betrachtet – von einer wirksamen Verwalterzustimmung auszugehen. Auf S. 137 f. der Grundakte findet sich eine inhaltliche Zustimmung von Frau S, deren Unterschrift weiterhin notariell – und damit in Gemäßheit von § 29 GBO – beglaubigt ist (vgl. BeckOK-GBO/Otto, Stand: 01.08.2023, § 29 Rdnr. 151).

**42** Damit verbleibt allein die Frage, ob es sich hierbei um eine Erklärung der Verwalterin zum maßgebenden Zeitpunkt handelte. Eine Antwort hierauf ist jedoch nicht unmittelbar mit dem Vorliegen einer Zustimmungserklärung als solcher verknüpft. Die Zustimmungserklärung ist für sich betrachtet kein wesensnotwendiger Bestandteil des Nachweises und umgekehrt. Für den Rechtsgedanken des § 139 BGB ist mithin kein Raum. Diese Sicht der Dinge wird auch dem Umstand gerecht, dass unter bestimmten Bedingungen eine Veräußerungszustimmung unwiderruflich wird (vgl. eingehend BGH, Beschluss vom 06.12.2018, V ZB 134/17, NZM 2019, 542, beck-online). Hieraus folgert der Senat, dass einer erteilten Zustimmung nicht ohne Weiteres die rechtliche Bedeutung genommen werden soll. Im vorliegenden Fall ist in Ermangelung eines Widerrufs von einer entsprechenden Zustimmung auszugehen, wenn gleich offen ist, ob ebendiese von der Verwalterin erteilt wurde.

(...)



## ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Felix Wobst**, Gerolzhofen

Die Entscheidung des OLG Karlsruhe fällt in die Kategorie von Entscheidungen, von denen man sich wünscht, dass sie nicht veröffentlicht worden wären, weil sie der Praxis außer Verunsicherung nichts bringen. Streitig war, ob die Bestellung von Frau S als Verwalterin im Rahmen einer Veräußerungszustimmung nach § 12 WEG hinreichend nachgewiesen war. Vorgelegt wurde ein Protokoll mit folgendem Wortlaut:

„TOP 5 Bestellung des Verwalters

Der Vertrag der Hausverwaltung mit der Firma Su ist ausgelaufen. [...] Frau S übernimmt die Hausverwaltung. [...]

Beschluss

1. Das Vertragsverhältnis mit der Fa. Su ist mit 2016 beendet. Die Ablösesumme für das Verwaltungsprogramm und die Einarbeitung beträgt 100 €.

2. Die Konditionen für Frau S werden angepasst auf 17 € + MwSt./Wohnung und Monat.“

Das OLG sah hierin keinen tauglichen Verwalternachweis: Der Beschluss sei schon deshalb unwirksam, weil die Zahl der abgegebenen Ja- und Neinstimmen nicht angegeben war. Jedenfalls sei dem Beschluss auch inhaltlich keine Verwalterbestellung zu entnehmen. Ersteres ist falsch, Zweiteres zumindest diskussionswürdig.

### 1. Keine zwingende Angabe des zahlenmäßigen Abstimmungsergebnisses

Unstreitig genügt für eine wirksame Beschlussfassung im Wohnungseigentumsrecht nicht die Abgabe der Stimmen. Der Versammlungsleiter hat den Beschluss anschließend auch zu verkünden.<sup>1</sup> Der BGH formuliert in- struktiv:

„Der Versammlungsleiter muss die Gültigkeit der abgegebenen Stimmen prüfen, das Abstimmungsergebnis ermitteln und es anhand der Mehrheitserfordernisse beurteilen, um auf dieser Grundlage einen (positiven oder negativen) Beschluss zu verkünden.“<sup>2</sup>

Im Kern geht es darum, dass der Versammlungsleiter die Existenz des Beschlusses feststellt, insbesondere mit Blick auf ein sich womöglich anschließendes Anfechtungsverfahren. Der BGH unterscheidet dabei klar zwischen Abstimmungs- und Beschlussergebnis:<sup>3</sup> Zunächst müssen die wirksamen Ja- und Neinstimmen ermittelt

werden. Dieses zahlenmäßige Abstimmungsergebnis bildet die Grundlage für das Beschlussergebnis, also die Annahme oder Ablehnung des Beschlussvorschlags. Zwingender Gegenstand der Verkündung ist nur das Beschlussergebnis. Das OLG vermischt beide Kategorien, wenn es „die Angabe der Stimmverhältnisse“ verlangt; es erstreckt die Verkündung auch auf das Abstimmungsergebnis. Erforderlich ist eine solche Angabe indes nur in der Hauptversammlung einer Aktiengesellschaft, weil § 130 Abs. 2 Satz 1 AktG neben der „Feststellung des Vorsitzenden über die Beschlussfassung“ ausdrücklich auch Angaben über „Art und das Ergebnis der Abstimmung“ verlangt. Das WEG enthält dagegen keine diesbezügliche Regelung, genauso wenig wie das übrige Verbandsrecht. Auch der Zweck des Verkündungserfordernisses zwingt nicht zur Angabe des Auszählungsergebnisses, weil er sich darauf beschränkt, die Existenz des Beschlusses festzustellen. Im Übrigen ist zweifelhaft, ob bei klaren Mehrheitsverhältnissen die genaue Zahl der Jastimmen überhaupt ermittelt werden muss. Das braucht es nämlich nicht einmal bei Gesetzesbeschlüssen im Bundestag (vgl. § 51 Abs. 1 BTGO).

### 2. Beschlussauslegung

Die Anforderungen, die das OLG an die Klarheit des Beschlusswortlauts stellt, halte ich für überzogen.<sup>4</sup> Ohne Frage sieht ein sauberer Bestellungsbeschluss anders aus als der im Streitfall. Oft ist das Leben aber nicht so rein wie die juristische Theorie. Das hat schon der Gesetzgeber geahnt und die segensreichen §§ 133, 157 BGB geschaffen, die dem Rechtsanwender ermöglichen, den Bedeutungsgehalt eines Rechtsgeschäfts auch unter einer Schmutzschicht herauszupolieren. Das muss der Rechtsanwender freilich auch wollen – das OLG wollte es offensichtlich nicht. Obwohl der betreffende Tagesordnungspunkt eindeutig mit „TOP 5 Bestellung des Verwalters“ bezeichnet war, soll der Beschluss nach Ansicht des Gerichts „inhaltlich keiner Auslegung dahin zugänglich sein, dass Frau S formal zur neuen Verwalterin bestellt wurde“ (Rdnr. 31); der Beschluss befasse sich allenfalls mit „vertraglichen Rahmenbedingungen“ (Rdnr. 37). Zusammenfassend meint das OLG, dass „[i]n Anbetracht der Bedeutung der Verwalterbestellung für die Wohnungseigentümergeinschaft [...] eine klare Positionierung derselben nach der Verkehrssitte zu erwarten gewesen [wäre]“ (Rdnr. 36).

Das hätte man auch anders sehen können. Ich finde, man kann Laien durchaus nachsehen, dass für sie das Wort „Bestellung“ im Beschlusstext weniger Bedeutung hat als der Euro-Betrag, den sie fortan bezahlen müssen. Kaum überzeugend ist es jedenfalls, den Abschluss eines Verwaltervertrags ohne zugrunde liegende Verwalterbestellung zu unterstellen. Die feine Linie, die die herrschende

1 Zum Diskussionsstand, insbesondere zum Verhältnis von Stimmen und Verkündung, Staudinger/Häublein, Neub. 2023, § 23 WEG Rdnr. 11 ff., 29 ff.; monographisch und über das Wohnungseigentumsrecht hinaus auch Skauradszun, Der Beschluss als Rechtsgeschäft, 2020, S. 79 ff.

2 BGH, Urteil vom 29.05.2020, V ZR 141/19, ZWE 2020, 379 Rdnr. 14.

3 Grundlegend BGH, Beschluss vom 23.08.2001, V ZB 10/01, NJW 2001, 3339, 3341 f.

4 So wohl auch BeckOK-GBO/Otto, Stand: 01.11.2023, § 29 Rdnr. 127.

Meinung zwischen Organ- und Anstellungsverhältnis ziehen möchte,<sup>5</sup> muss ein Laie nicht kennen.<sup>6</sup>

### 3. Praktische Konsequenzen

In der Regel kann sich der Notar schon glücklich schätzen, wenn Verwalterzustimmung und Bestellungsbeschluss überhaupt in annehmbarer Zeit und in ordnungsgemäßer Form bei ihm eingehen. Häufig handelt es sich dabei um die letzte noch ausstehende Fälligkeitsvoraussetzung. Ein zweifelhafter Beschlusstext bringt den Notar oftmals in eine problematische Lage. Vergleichsweise einfach ließe sich eine bloße Protokollberichtigung durch den Verwalter bewerkstelligen, die freilich voraussetzt, dass der Beschluss ordnungsgemäß gefasst und nur unzureichend im Protokoll wiedergegeben wurde. Scheidet eine Protokollberichtigung aus, muss sich der Notar entscheiden: Er kann den Verwalter bitten, einen klareren Beschluss fassen zu lassen; selbst wenn der Verwalter der Bitte nachkommt, verzögert sich die Fälligkeit dadurch mindestens um Wochen. Stellt der Notar dagegen ohne Weiteres fällig, besteht die Gefahr, dass sich der Endvollzug verzögert. So oder so besteht die Gefahr, dass sich der Notar dem Vorwurf ausgesetzt sieht, er habe übertrieben vorsichtig oder allzu großzügig gehandelt. Ein pragmatischer Ansatz mag darin liegen, beim Grundbuchamt nachzufragen, ob der Beschlusstext dort für ausreichend erachtet wird. Ob, wie schnell und wie konkret auf eine solche Anfrage geantwortet wird, bleibt im Einzelfall abzuwarten. Im besten Fall hängt der zuständige Rechtspfleger – anders als das OLG – nicht der weitverbreiteten Neigung an, von mehreren möglichen Auslegungsvarianten stets diejenige für zutreffend zu erachten, die die meisten Folgeprobleme aufwirft; anschließend bleibt zu hoffen, dass dieser Rechtspfleger seine Zuständigkeit bis zum Endvollzug behält. Keine Lösung wäre es, die Zweifel den Vertragsparteien offenzulegen und ihnen die Entscheidung selbst zu überlassen, ob sie den Kaufpreis für fällig erachten. Denn der Notar schuldet mit der Fälligkeitsmitteilung nicht die Mitteilung der (möglicherweise) fälligkeitsbegründenden Tatsachen, sondern die rechtliche Schlussfolgerung, dass die Fälligkeit tatsächlich eingetreten ist.<sup>7</sup>

Einen Königsweg gibt es folglich nicht. Denkt man profan in Schadenswahrscheinlichkeiten, dürfte es vorzugswürdig sein, fällig zu stellen. Im Endvollzug erzeugen Verzö-

gerungen typischerweise nicht nur subjektiv weniger Unzufriedenheit, sondern auch objektiv droht ein Schaden in der Regel nur, wenn ein baldiger Weiterverkauf geplant ist.

Am besten wäre es freilich, das Übel an der Wurzel zu packen und bestehende Veräußerungszustimmungen nach § 12 WEG ersatzlos aufzuheben. Dafür genügt ein Beschluss mit einfacher Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 12 Abs. 4 WEG). Der Versuch, § 12 WEG im Rahmen des WEMoG aufzuheben, ist leider genauso gescheitert wie schon im Rahmen der WEG-Novelle 2007.<sup>8</sup>

- 8 Vgl. Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Reform des Wohnungseigentumsgesetzes, ZWE 2019, 429, 444; BT-Drucks. 16/887, S. 21; Hügel, ZWE 2005, 131, 134.

### 7. Zur Einreichung einer Löschungsbewilligung in Form einer elektronisch beglaubigten Abschrift

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 29.06.2023, 20 W 130/23

*BeurkG §§ 39a, 42*  
*GBO §§ 29, 135*  
*JustiTV Hessen § 1*

#### LEITSATZ:

Die Vorlage einer nach §§ 39a, 42 BeurkG elektronisch beglaubigten Abschrift einer als öffentlich beglaubigten Urkunde (in Papierform) errichteten Bewilligung der Löschung eines Grundpfandrechts steht im Hinblick auf die Einhaltung des Formerfordernisses des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO der Vorlage der Originalurkunde gleich, wenn sich aus dem notariellen Beglaubigungsvermerk ergibt, dass dem Notar die Urschrift der Urkunde zur Beglaubigung vorgelegen hat.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Als Alleineigentümer des eingangs bezeichneten Grundbesitzes ist der Beteiligte zu 1 im Grundbuch eingetragen. In Abt. III unter lfd. Nr. 4 des betroffenen Grundbuchblatts ist eine Grundschuld ohne Brief für die X AG (im Folgenden Gläubigerin) über 38.000 € eingetragen.

2 Der zu 2 beteiligte Notar reichte bei dem Grundbuchamt am 30.03.2023 über das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach seinen Schriftsatz vom gleichen Tag (...) in elektronischer Form ein, mit welchem er erklärte, die Löschung des vorgenannten in Abt. III eingetragenen Rechts zu beantragen.

3 Dem Schriftsatz waren ausweislich des Prüfvermerks vom 30.03.2023 (Nr. [...]) drei von dem zu 2 beteiligten Notar jeweils qualifiziert elektronisch signierte elektronische Dokumente als Anlage beigelegt, darunter der Lösungsantrag des Beteiligten zu 1 (...).

- 5 Eingehend zum Streitstand im Wohnungseigentumsrecht BeckOGK-WEG/Greiner, Stand: 01.03.2025, § 26 Rdnr. 2 ff. m. w. N.; für die Einheitstheorie nun auch Graf von Westphalen/Thüsing/Lehmann-Richter, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 46. Aufl. 2021, Wohnungseigentumsverwalter Rdnr. 4 f.; über das Wohnungseigentumsrecht hinaus Jacoby, Das private Amt, 2007, S. 540 ff.
- 6 Vgl. auch OLG Schleswig, Beschluss vom 20.01.2006, 2 W 24/05, ZWE 2007, 51, 54, wonach in der „Fortsetzung des Verwaltervertrags“ durchaus ein Bestellungsbeschluss zu sehen ist.
- 7 BGH, Urteil vom 24.10.1985, IX ZR 91/84, NJW 1986, 576, 577 unter II. 1.; Frenz/Miermeister/Hertel, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 24 Rdnr. 25 spricht von einem Rechtsgutachten.

**4** Als Ausdruck zu den – in Papierform geführten – Akten hat das Grundbuchamt mit der lfd. Nr. (...) weiterhin ein aus insgesamt drei Seiten bestehendes Dokument genommen. Auf der ersten Seite, die auf der Vorderseite eines Blattes ausgedruckt ist, befindet sich eine Löschungsbewilligung betreffend das genannte Recht, die eine Frau A im Namen der Gläubigerin erklärte. Gemäß dem Ausdruck ist die Unterschrift der Frau A durch einen Notar beglaubigt worden. Auf der Folgeseite (auf der Rückseite des Ausdrucks der Löschungsbewilligung) befindet sich eine öffentlich beglaubigte Abschrift der Ausfertigung einer notariellen Vollmachtsurkunde, mit der die Gläubigerin mehrere namentlich bezeichnete Personen, darunter Frau A, bevollmächtigt, jeweils allein u. a. Löschungsbewilligungen im Namen der Gläubigerin abzugeben. Es folgt auf einer weiteren Seite die Erklärung des zu 2 beteiligten Notars, wonach dieser die Übereinstimmung der in dieser Datei enthaltenen Bilddaten (Abschrift) mit dem ihm vorliegenden Papierdokument (Urschrift) beglaubige.

**5** Mit vorliegend angefochtener Zwischenverfügung vom 12.04.2023 (Nr. [...]) teilte die Rechtspflegerin des Grundbuchamts dem zu 2 beteiligten Notar mit, dass der beantragten Löschung ein Hindernis entgegenstehe.

**6** Die Vorlage einer beglaubigten Abschrift der Bewilligungserklärung der Gläubigerin/Bank sei nur dann ausreichend, wenn der Bewilligende diese selbst einreiche bzw. den Antrag stelle oder den einreichenden Notar persönlich beauftragt habe. Die Rechtspflegerin des Nachlassgerichts hat zum Beleg ihrer Ansicht auf Kommentare zum Grundbuchrecht Bezug genommen.

**7** Da das Vorliegen der vorgenannten Voraussetzungen vom Grundbuchamt nicht geprüft werden könne, sei zum Vollzug der Löschung entweder das schriftliche Original der Löschungsbewilligung oder der (Treuhand-)Auftrag der Gläubigerin nebst gesiegelter notarieller Erklärung, dass die Bedingungen eingetreten seien, nachzureichen.

**8** Mit bei dem Grundbuchamt am selben Tag eingegangenem Schriftsatz vom 28.04.2023 (Nr. [...]) hat der zu 2 beteiligte Notar ausdrücklich in eigenem Namen sowie im Namen des Eigentümers, des Beteiligten zu 1, Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 12.04.2023 eingelegt und diese sogleich begründet.

**9** Im Wesentlichen hat er ausgeführt, es sei gar keine beglaubigte Abschrift der Löschungsbewilligung eingereicht worden. Die Löschungsbewilligung existiere vielmehr im Original, welches durch das eingereichte elektronische Dokument verkörpert werde. Für eine von dem Grundbuchamt gewünschte von § 2 Justiz-Informationstechnik-Verordnung abweichende Handhabung bestehe kein sachlicher Grund.

**10** Eine Gläubigerbank werde nur in den seltensten Fällen eine Löschungsbewilligung selbst bei dem Grundbuchamt einreichen. Denn diese wolle regelmäßig nicht als formell Verfahrensbeteiligte mit Kosten belastet werden und könne zudem nicht beurteilen, ob der Darlehensnehmer überhaupt einen Löschantrag stellen wolle oder die Grundschuld stehen lassen wolle, um diese zu einem späteren

Zeitpunkt „aufzuladen“. Die Gläubigerbank mache bereits durch Aushändigung des Originals der Löschungsbewilligung stillschweigend deutlich, mit der Vorlage bei dem Grundbuchamt einverstanden zu sein.

**11** Auch im Fall, dass im Rahmen des Vollzugs eines Kaufvertrags Grundpfandrechte abgelöst werden müssten, werde die Gläubigerbank die Löschungsbewilligung nicht bei dem Grundbuchamt einreichen. Sie werde diese vielmehr dem den Kaufvertrag vollziehenden Notar mit einer Treuhandaufgabe überlassen, wonach dieser von der Löschungsbewilligung erst dann Gebrauch machen dürfe, wenn die von der Gläubigerbank geforderte Ablösesumme gezahlt sei.

**12** Es sei – entgegen der Kommentierung bei *Demharter* (GBO, 32. Aufl., § 19 Rdnr. 26) – nicht Sache des Grundbuchamts zu überprüfen, ob die Treuhandaufgabe beachtet worden sei. Die insoweit dort vorgeschlagene Vorgehensweise, die Bewilligung im Original und nicht elektronisch beglaubigt einzureichen, biete keine weitergehende Sicherheit. Denn auch bei Übermittlung in Papierform könne das Grundbuchamt nicht überprüfen, ob der Notar die Treuhandaufgabe beachtet habe.

**13** Aus § 29 GBO lasse sich eine solche Befugnis nicht ableiten. Es gebe keinen Zwang, entfernte Möglichkeiten durch formgerechten Nachweis auszuschließen.

**14** Wenn vorliegend die Gläubigerin die Löschungsbewilligung aus der Hand gegeben habe, bestehe für das Grundbuchamt kein Anlass zu Spekulationen, wonach die Löschungsbewilligung zweck- bzw. weisungswidrig verwendet werde.

**15** Die Rechtspflegerin des Grundbuchamts hat der Beschwerde mit Beschluss vom 13.06.2023 (...) nicht abgeholfen. Zu den Gründen, wegen derer im Einzelnen auf die Nichtabhilfeentscheidung verwiesen wird, hat sie im Wesentlichen ausgeführt, die Wirksamkeit der Bewilligungserklärung der Gläubigerin hänge u. a. davon ab, dass der Bewilligende mit der Einreichung bei dem Grundbuchamt einverstanden sei. Die Einreichung einer beglaubigten Abschrift davon sei daher nur dann ausreichend, wenn der Bewilligende diese selbst einreiche, den Antrag stelle oder den einreichenden Notar persönlich beauftragt habe.

**16** Weil die Einreichung von Erklärungen im Rahmen des elektronischen Rechtsverkehrs (§ 39a BeurkG) mit der Einreichung von beglaubigten Abschriften nach § 42 BeurkG gleichzusetzen sei, habe vorliegend die Vorlage der Bewilligungserklärung im Original zu erfolgen. Es könne nicht pauschal von einem Einverständnis zur Einreichung ausgegangen werden. Im Hinblick auf die gewünschte Erleichterung durch den elektronischen Rechtsverkehr bestehe alternativ die Möglichkeit der Vorlage einer Kopie des schriftlichen Auftrags der Gläubigerin, um den Einreichungswillen und die damit einhergehende Bewilligungswirksamkeit nachzuweisen.

**17** II. A. 1. Soweit der im Verfahren vor dem Grundbuchamt von dem Beteiligten zu 1 als Antragsteller bevollmächtigte hier zu 2 beteiligte Notar die Beschwerde ausdrücklich in



eigenem Namen eingelegt hat, war diese als unzulässig zu verwerfen.

**18** Denn dem zu 2 beteiligten Notar fehlt die auch im Beschwerdeverfahren nach den §§ 71 ff. GBO erforderliche (vgl. dazu: *Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 57 ff.) Beschwerdeberechtigung. Beschwerdeberechtigt ist regelmäßig jeder, dessen Rechtsstellung durch die Entscheidung des Grundbuchamts unmittelbar oder mittelbar beeinträchtigt wird. Weil eine Entscheidung des Grundbuchamts regelmäßig die Rechtsstellung eines verfahrensbevollmächtigten Notars nicht beeinträchtigt, steht diesem im Beschwerdeverfahren nach den §§ 71 ff. GBO grundsätzlich auch kein eigenes Beschwerderecht zu (vgl. Senat, Beschluss vom 20.10.2011, 20 W 548/10, Rdnr. 15; KG, Beschluss vom 11.02.2014; Beschluss vom 11.02.2014, 1 W 130/13, Rdnr. 9; beide juris). Ein eigenes Beschwerderecht des Notars folgt weder aus § 15 Abs. 2 GBO, welcher lediglich die Vermutung einer Vollmacht beinhaltet, noch aus dem Umstand, dass die angefochtene Zwischenverfügung Fragen der formgültigen Einreichung von Dokumenten durch den Notar im elektronischen Rechtsverkehr betrifft. Auch Letzteres beeinträchtigt – auch nur mittelbar – keine eigenen Rechte des Notars.

**19 2.** Die Beschwerde des Beteiligten zu 2 ist hingegen zulässig.

**20** Sie ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft, da auch eine Zwischenverfügung eine Entscheidung im Sinne des § 71 Abs. 1 GBO ist (vgl. auch: Senat, Beschluss vom 12.01.2023, 20 W 196/22, Rdnr. 14 juris). Sie ist auch im Übrigen zulässig, so formgerecht bei dem Grundbuchamt eingelegt worden, § 73 Abs. 1, Abs. 2 GBO.

**21 B.** Die zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat auch in der Sache Erfolg.

**22 1.** Das von der Rechtspflegerin des Grundbuchamts mit der angefochtenen Zwischenverfügung gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO aufgezeigte vermeintliche Hindernis besteht nicht.

**23** Die der Zwischenverfügung zugrunde liegende Annahme der Rechtspflegerin, wonach die Einreichung der Löschungsbewilligung als mit einem einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a BeurkG versehenes elektronisches Dokument den Nachweiserfordernissen für die Löschung des Grundpfandrechts der Form nach nicht genüge, ist unzutreffend.

**24** Der Nachweis, dass die Gläubigerin die Löschungsbewilligung in öffentlich beglaubigter Form erteilt hat, ist durch die bei dem Grundbuchamt von dem zu 2 beteiligten Notar, der zur Einreichung in elektronischer Form verpflichtet war, eingereichten elektronischen Dokumente ausweislich der zur vorgelegten Papierakte gelangten Ausdrucke vielmehr in einer den Vorschriften der GBO genügenden Weise erbracht.

**25 2.** Im Einzelnen gilt das Folgende:

**26 a)** Der zu 2 beteiligte Notar war grundsätzlich zur Einreichung des Antrags und der erforderlichen Erklärungen und Nachweise in elektronischer Form verpflichtet.

**27 aa)** Gemäß § 135 Abs. 1 Satz 1 GBO können Anträge, Erklärungen sowie Nachweise über andere Eintragungsvoraussetzungen dem Grundbuchamt nach Maßgabe der Bestimmungen der §§ 135 ff. GBO als elektronische Dokumente übermittelt werden.

**28 bb)** U. a. den Zeitpunkt, von dem an elektronische Dokumente übermittelt werden können, und eine etwaige Beschränkung auf einzelne Grundbuchämter können nach § 135 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 GBO die Landesregierungen durch Rechtsverordnung bestimmen. Nach § 135 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GBO können die Landesregierungen durch Rechtsverordnung auch bestimmen, dass Notare Dokumente elektronisch einzureichen haben, also diese zur elektronischen Einreichung verpflichten. Die Landesregierungen können die genannten und weitere Verordnungsermächtigungen des § 135 Abs. 1 Satz 2 GBO durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen, § 135 Abs. 3 GBO.

**29 cc)** In Hessen ist der elektronische Rechtsverkehr im genannten Sinne bei allen Grundbuchämtern seit 01.03.2023 durch § 1 Abs. 2 der Justiz-Informationstechnik-Verordnung (JustITV) vom 29.11.2017 (GVBl., S. 415) zuletzt geändert durch Art. 1 der Verordnung vom 22.09.2022 (GVBl., S. 475) eröffnet. Nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 JustITV sind, soweit der elektronische Rechtsverkehr in Grundbuchsachen eröffnet ist, Notare verpflichtet, Dokumente elektronisch einzureichen.

**30** Durch § 28 Nr. 6 der Verordnung zur Übertragung von Verordnungsermächtigungen im Bereich der Justiz (Justiz-DelegV) vom 21.12.2015 (GVBl. 2016, S. 2) zuletzt geändert durch Verordnung vom 14.12.2022 (GVBl., S. 782) sind die maßgeblichen Verordnungsermächtigungen auf den Minister der Justiz übertragen worden.

**31** Im Ergebnis besteht demnach seit 01.03.2023 – so auch für den vorliegend am 30.03.2023 eingereichten Antrag – die Verpflichtung der Notare, Schriftstücke bei allen Grundbuchämtern in Hessen als elektronische Dokumente einzureichen, wobei nach § 135 Abs. 1 Satz 3 GBO ein Verstoß gegen die Verpflichtung zur elektronischen Einreichung dem rechtswirksamen Eingang von Dokumenten bei dem Grundbuchamt nicht entgegensteht. Die Einzelheiten zur elektronischen Einreichung richten sich dabei – wie gesagt – nach den §§ 135 ff. GBO.

**32 b)** Die Einreichung einer beglaubigten elektronischen Abschrift der – als Papierdokument – errichteten unterschrittsbeglaubigten Löschungsbewilligung steht im Hinblick auf die Einhaltung des Formerfordernisses des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO vorliegend einer Vorlage des Originals der in öffentlich beglaubigter Form errichteten Löschungsbewilligung bei dem Grundbuchamt gleich, sodass im Hinblick auf das Vorliegen der Bewilligungserklärung der Gläubigerin keine weiteren Nachweise erforderlich sind.

**33** Ob weitere Erklärungen oder sonstige Nachweise über Eintragungsvoraussetzungen, vorliegend in der notwendigen Form erbracht worden sind, ist hingegen nicht Gegenstand des vorliegenden Verfahrens und von dem Grundbuchamt eigenständig zu prüfen.



**34 aa)** § 137 Abs. 1 GBO regelt, in welcher Weise Dokumente elektronisch einzureichen sind, wenn eine zur Eintragung erforderliche Erklärung oder andere Voraussetzung der Eintragung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachzuweisen ist. Die Vorschrift bestimmt demnach, unter welchen Voraussetzungen elektronisch eingereichte Dokumente die Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO einhalten.

**35 (a)** § 137 Abs. 1 GBO sieht dabei zwei alternative Nachweismöglichkeiten vor. Nach Satz 1 der Vorschrift kann ein durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde zu erbringender Nachweis durch deren Übermittlung als ein mit einem einfachen elektronischen Zeugnis nach § 39a BeurkG versehenes elektronisches Dokument erbracht werden. Nach § 137 Abs. 1 Satz 2 GBO kann der Nachweis auch durch Übermittlung eines öffentlichen elektronischen Dokuments im Sinne von § 371a Abs. 3 Satz 1 ZPO erfolgen, wenn dieses bestimmte weitere Voraussetzungen erfüllt. Die letztgenannte Variante betrifft den – hier nicht vorliegenden – Fall, dass die Errichtung der Urkunde bereits originär in elektronischer Form erfolgt ist, während die erstgenannte Nachweismöglichkeit ein elektronisches Dokument betrifft, das durch Überführung (Transfer) eines in Papier vorliegenden Originals erzeugt worden ist.

**36** Die genannte Vorschrift dient mit dem Ziel einer wirkungsgleichen Überführung der strengen Formerfordernisse des papiergebundenen Grundbuchverfahrens der Übertragung des Regelungsgehalts des § 29 GBO auf den elektronischen Rechtsverkehr (BT-Drucks. 16/12319, S. 16 und 29). Es soll im Hinblick auf deren Nachweisfunktion Äquivalenz elektronischer Dokumente mit den entsprechenden in Papier erstellten Urkunden hergestellt werden.

**37 (b)** § 137 Abs. 1 Satz 3 GBO enthält eine einschränkende Klarstellung, wonach ein etwaiges Erfordernis, dem Grundbuchamt den Besitz der Urschrift oder einer Ausfertigung der Urkunde nachzuweisen, unberührt bleibt.

**38 bb)** Von den genannten Grundsätzen ausgehend erbringt das von dem Notar eingereichte elektronische Dokument zunächst den Nachweis, dass eine Löschungsbewilligung in unterschrittbeglaubigter Form errichtet worden ist, ausweislich derer Frau A im Namen der Gläubigerin die Löschung des Grundpfandrechts bewilligt hat.

**39 (a)** Der Senat hat keinen Zugriff auf die elektronischen Eingänge des Grundbuchamts, die nach § 138 Abs. 3 Satz 1 GBO als Ausdrucke zu den in Papierform geführten Grundakten genommen worden sind und nach Satz 2 der vorgenannten Vorschrift nicht aufbewahrt werden müssen. Der Senat geht nach den aus den Ausdruck gebildeten Grundakten davon aus, dass es sich bei der vorliegend maßgeblichen Löschungsbewilligung einschließlich des einfachen Zeugnisses über die Beglaubigung der Ablichtung um das in dem Prüfvermerk (vgl. § 96 Abs. 2 Satz 1 GBV) an vierter und letzter Stelle genannte Dokument handelt, welches der einreichende Notar nicht mit einem aussagekräftigen Dateinamen versehen hat. Der Senat geht weiterhin davon aus, dass der Ausdruck dieses Dokuments in den Akten mit der Nr. (...) versehen ist. Dies hat auch die Rechtspflegerin des Grundbuchamts zur Grundlage der

Zwischenverfügung gemacht, in der sie im Hinblick auf die Einhaltung der elektronischen Form zu beachtenden Vorschriften keine Beanstandungen mitgeteilt hat und davon ausgegangen ist, dass die Löschungsbewilligung in Form einer beglaubigten (elektronischen) Abschrift eingereicht worden ist.

**40 (b)** Auf der genannten Grundlage hat der zu 2 beteiligte Notar in Erfüllung der Anforderungen des § 137 Abs. 1 Satz 1 GBO nach § 39a BeurkG ein wirksames einfaches elektronisches Zeugnis erteilt, wonach er die Übereinstimmung der in der eingereichten Datei enthaltenen Bilddaten mit dem ihm vorliegenden Papierdokument beglaubigt hat.

**41 (aa)** Ein solches einfaches elektronisches Zeugnis kann gemäß § 39a Abs. 1 Satz 1 Hs. 1 BeurkG in allen Fällen errichtet werden, in denen ein einfaches Zeugnis im Sinne von § 39 BeurkG ausgestellt werden kann, insbesondere also bei der Beglaubigung von Abschriften, Abdrucken, Ablichtungen und dergleichen.

**42** Ein einfaches elektronisches Zeugnis im Sinne von § 39a BeurkG über die Herstellung einer elektronisch beglaubigten Abschrift kann u. a. erstellt werden, indem der Notar eine elektronische Datei, zum Beispiel im Format TIFF oder PDF, mit der Bestätigung der inhaltlichen Übereinstimmung erstellt und diese Datei mit seiner qualifizierten elektronischen Signatur versieht (vgl. *Theilig* in BeckOGK-BeurkG, Stand: 01.11.2022, § 39a Rdnr. 12).

**43 (bb)** Der Inhalt des Zeugnisses, das eine – auch elektronische – Abschrift beglaubigt, richtet sich nach § 42 BeurkG. Nach Abs. 1 der genannten Vorschrift soll insbesondere festgestellt werden, ob die Urkunde, deren Abschrift beglaubigt wird, eine Urschrift, eine Ausfertigung, eine beglaubigte oder eine einfache Abschrift ist.

**44 (cc)** Vorliegend hat der zu 2 beteiligte Notar unter Beachtung dieser Anforderungen, die Übereinstimmung der in der – ausweislich des Prüfvermerks im Format PDF – übermittelten Datei enthaltenen Bilddaten (als Abschrift) mit dem vorliegenden Papierdokument, bei dem es sich ausweislich des Klammerzusatzes um die Urschrift handelte, festgestellt. Demnach stellt die eingereichte elektronische Abschrift eine bildlich und damit auch inhaltlich übereinstimmende Wiedergabe der Urschrift dar.

**45** Der Notar hat die Datei ausweislich des Prüfvermerks vom 30.03.2023 (...) mit seiner wirksamen qualifizierten elektronischen Signatur versehen. Zudem ist ausweislich des Prüfvermerks – wie von § 39a Abs. 2 Satz 1 BeurkG gefordert – durch das berufsbezogene Attribut des qualifizierten Zertifikats des Notars auch die Bestätigung der Notareigenschaft durch die zuständige Stelle mit dem Zeugnis erfolgt (vgl. zum Notarattribut und dessen Nachweis: *Theilig* in BeckOGK-BeurkG, § 39a Rdnr. 24 f.).

**46** Die Einreichung der mit dem elektronischen Zeugnis des Notars versehenen elektronischen Abschrift der Löschungsbewilligung erbringt demnach den Nachweis, dass diese in unterschrittbeglaubigter Form mit dem aus dem elektronischen Dokument (und dessen zur Akte genommen Ausdruck) ersichtlichen Inhalt errichtet wurde.

**47 cc)** Dadurch, dass der Notar weiterhin zum Inhalt des als einfaches elektronisches Zeugnis erstellten Beglaubigungsvermerks – durch den Klammerzusatz – gemacht hat, dass ihm das Papierdokument als Urschrift vorlag, ist auch nachgewiesen, dass die Gläubigerin die Urschrift der Löschungsbewilligung dem antragstellenden Eigentümer, dem Beteiligten zu 1, ausgehändigt hat.

**48 (a)** Zwar trifft es im Ausgangspunkt zu, dass – wovon die Rechtspflegerin des Grundbuchamts ausgegangen ist – angenommen wird (zum Beispiel von *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 26; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 171), dass eine Löschungsbewilligung grundsätzlich im Original bei dem Grundbuchamt einzureichen ist und die Vorlage einer beglaubigten Abschrift davon nur dann genügt, wenn der Erklärende – wie vorliegend nicht – auch den Eintragungsantrag selbst stellt oder jedenfalls den Notar zur Antragstellung bevollmächtigt hat.

**49 (b)** Hintergrund ist, dass die Löschungsbewilligung nicht schon mit der Ausstellung der Urkunde in dem Sinne wirksam wird, dass diese verfahrensrechtliche Grundlage einer Eintragung sein kann. Vielmehr wird diese als Verfahrenshandlung erst mit ihrer Aushändigung mit dem Willen des Erklärenden unmittelbar an das Grundbuchamt oder zur dortigen Vorlage an diejenigen, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll, unwiderruflich wirksam (so auch: Senat, Beschluss vom 03.11.1994, 20 W 333/94, Rdnr. 16). Denn materiellrechtlich ist der Berechtigte vor der Löschung an seine Erklärung, dass er das Recht aufhebe, nur gebunden, wenn er diese dem Grundbuchamt gegenüber abgegeben oder demjenigen, zu dessen Gunsten sie erfolgt, eine den Vorschriften der Grundbuchordnung entsprechende Löschungsbewilligung ausgehändigt hat. Dabei reicht zwar grundsätzlich die Aushändigung in Urschrift, Ausfertigung oder auch lediglich beglaubigter Abschrift aus.

**50** Weil aber beglaubigte Abschriften einer Urkunde anders als deren Ausfertigungen auch ohne die Befugnis zur Verwendung des Originals zu erlangen sind, soll die Vorlage einer beglaubigten Abschrift nicht für den Nachweis genügen, dass diese mit dem Willen des Bewilligenden erfolgt, wenn die Abschrift von einem anderen als dem Bewilligenden oder dessen Vertreter eingereicht wird (vgl. Thüringer OLG, Beschluss vom 26.03.2014, 3 W 47/11, juris Rdnr. 2).

**51 (c)** Allerdings ist damit ein anderweitiger Nachweis nicht ausgeschlossen, dass die Vorlage einer beglaubigten Abschrift mit dem Willen des Bewilligenden erfolgt (vgl. Thüringer OLG, a. a. O.). Kommt es auf den Besitz einer Urkunde an, ist anerkannt, dass die Vorlage einer beglaubigten Abschrift dann ausreichend ist, wenn ein Notar bescheinigt, dass ihm die Urkunde zu einem bestimmten Zeitpunkt vorgelegen hat (vgl. KG, Beschluss vom 30.10.2012, 1 W 46-67/12, Rdnr. 13; OLG des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 11.09.2014, 12 Wx 39/14, Rdnr. 21; beide juris).

**52** Demnach kann der Nachweis, dass die Urschrift bzw. Ausfertigung einer Löschungsbewilligung dem dadurch begünstigten Eigentümer von dem Berechtigten ausgehändigt worden ist, auch dadurch geführt werden, dass der No-

tar, der den Antrag im Namen des Eigentümers stellt, bescheinigt, dass ihm die Urschrift bzw. Ausfertigung der Urkunde vorgelegen habe.

**53 (d)** Solches ist vorliegend schon dadurch erfolgt, dass der zu 2 beteiligte Notar, worauf er in seinem Schriftsatz vom 28.04.2023 hingewiesen hat, in dem Vermerk des einfachen elektronischen Zeugnisses vom 30.03.2023 auch bescheinigt hat, dass ihm die Urschrift der Urkunde vorlag. Denn der Beglaubigungsvermerk, wonach eine Abschrift mit einer dem Notar vorliegenden Urschrift übereinstimmt, erbringt als öffentliche Urkunde auch den Beweis dafür, dass die Urschrift der Urkunde dem beglaubigenden Notar tatsächlich vorgelegen hat (vgl. BGH, Beschluss vom 12.08.2020, III ZR 160/19, juris Rdnr. 20; *Otto* in BeckOK-GBO, Stand: 08.04.2023, § 29 Rdnr. 137).

**54 dd)** Soweit – wie bereits erwähnt – § 137 Abs. 1 Satz 3 GBO etwaige Erfordernisse, den Besitz der Urschrift oder einer Ausfertigung der Urkunde nachzuweisen, unberührt bleiben, ergibt sich daraus nichts anderes. Aus der genannten Vorschrift selbst ergeben sich Verpflichtungen zur Vorlage von (Papier-)Urkunden in Urschrift oder Ausfertigung nicht. Solche bestehen auch – wie bereits begründet – für die Löschungsbewilligung vorliegend nicht. § 137 Abs. 1 Satz 3 GBO betrifft vielmehr im Wesentlichen Fallgestaltungen, in denen auch der dem Beglaubigungsvermerk zu entnehmende Nachweis, dass die Urkunde in Urschrift oder Ausfertigung zu einem bestimmten Zeitpunkt dem Notar vorgelegen hat, nicht oder nicht mehr genügt, einen zum Zeitpunkt der Befassung des Grundbuchamts erforderlichen Nachweis zu erbringen. Dabei handelt es sich insbesondere um Legitimationsurkunden, deren Legitimationswirkung zwischenzeitlich – zum Beispiel im Fall einer Vollmacht durch Rückgabe oder Kraftloserklärung der Vollmachtsurkunde gemäß § 172 Abs. 2 BGB oder im Fall eines Erbscheins oder Testamentsvollstreckerzeugnisses durch Einziehung nach § 2361 Satz 1 BGB – entfallen sein kann.

**55** Da aber – wie ausgeführt – die Aushändigung der Löschungsbewilligung eine nicht widerrufliche Wirkung hat, genügt es vorliegend, dass die Vorlage der Urschrift der Urkunde bei dem Notar zum Zeitpunkt der Beglaubigung, hier am 30.03.2023, nachgewiesen ist.

**56 ee)** Nicht zu klären ist vorliegend die Frage, ob in Fällen, in denen der Grundpfandrechtsgläubiger die Löschungsbewilligung dem Notar zu treuen Händen verbunden mit einer Anweisung übergeben hat, diese bei Eintritt einer Bedingung – im Rahmen eines Grundstückskaufvertrags zum Beispiel der vollständigen Zahlung der von einer Gläubigerbank geforderten Ablösesumme – bei dem Grundbuchamt vorzulegen, die Vorlage einer Urschrift oder Ausfertigung der Löschungsbewilligung verlangt werden kann. Für eine solche Gestaltung gibt es vorliegend nämlich keinen Anhaltspunkt. Der Antrag auf Löschung der Grundschild ist von dem Beteiligten zu 1 isoliert gestellt, ohne dass dies im Rahmen des Vollzugs eines Kaufvertrags erfolgt wäre.

**57** Besteht das in der angefochtenen Zwischenverfügung aufgezeigte Hindernis im Sinne des § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO,





wonach die als beglaubigte elektronische Abschrift eingereichte Löschungsbewilligung nicht der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO genüge, nicht, war die angefochtene Zwischenverfügung auf die zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 1 aufzuheben.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Constantin Kloiber**, München

Das OLG Frankfurt a. M. setzt sich im Beschluss vom 29.06.2023, 20 W 130/23 mit Details der Einreichung einer Löschungsbewilligungserklärung in elektronischer Form auseinander. Dabei beantwortet es insbesondere die Frage, in welcher Form die Wirksamkeit der Bewilligungserklärung nachgewiesen werden kann, wenn die Einreichung der Erklärung nicht von dem Bewilligenden selbst erfolgt, sondern vom Notar im Auftrag des Eigentümers. Das Urteil bestätigt im Grundsatz die bisherige notarielle Praxis. Zudem erinnert es daran, dass bei der Vorlage von Bewilligungserklärungen, die dem Notar lediglich in (elektronisch) beglaubigter Form vorliegen, nach derzeit herrschender Auffassung ein zusätzlicher Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt zum Verwendungswillen des Bewilligenden geboten ist.

Die Verfahrenserklärung der Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO wird nach derzeit ganz herrschender Meinung nicht schon mit der Ausstellung in der vorgeschriebenen Form wirksam, sondern erst dann, wenn die Erklärung mit dem Willen des Erklärenden dem Grundbuchamt oder dem durch die Eintragung Begünstigten zugeht.<sup>1</sup> Die Registerpraxis behilft sich bei der Feststellung des Verwendungswillens mit der allgemeinen Lebenserfahrung, wonach die Urschrift der Urkunde oder eine auf den Namen des Vorlegenden lautende Ausfertigung von ihr nicht ohne den Willen des Erklärenden in dritte Hände gelangt.<sup>2</sup> Diese Annahme, dass bei einer in den Verkehr gebrachten Urkunde der Verwendungswille des Ausstellers vorliegt, entspricht der gesetzgeberischen Wertung des § 172 BGB. Reicht der Bewilligende selbst oder durch einen Bevollmächtigten die Urkunde beim Grundbuchamt ein, oder ergibt sich der Wille zur verfahrensmäßigen Abgabe der Erklärung aus anderen Umständen, genügt auch eine beglaubigte Abschrift der Bewilligungserklärung den Anforderungen des § 19 GBO.<sup>3</sup> Lässt sich die Antragsstellung durch das Grundbuchamt hingegen nicht dem Bewilligenden zuordnen, so genügt die Vorlage einer

beglaubigten Abschrift nicht, um den Verwendungswillen nachzuweisen. Eine beglaubigte Abschrift lässt nach dieser Ansicht keinen Schluss auf die Besitzberechtigung des Vorlegenden zu, denn dieser könnte die beglaubigte Abschrift auch unberechtigt vervielfältigen und nutzen, sodass der Antrag zurückzuweisen ist.<sup>4</sup>

Diese in der analogen Welt wurzelnde Registerpraxis führt mit Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs zunächst zu Schwierigkeiten. Der Nachweis der Eintragungsbewilligung in der Form des § 29 GBO kann seit dem ERVGBG<sup>5</sup> nach § 135 Abs. 1 Satz 1 GBO auch mit einem elektronischen Dokument nach Maßgabe der §§ 135 ff. GBO geführt werden. § 137 Abs. 1 Satz 1 GBO verweist für die Form der elektronischen Dokumente zum Nachweis der Eintragungsvoraussetzungen nach § 29 GBO auf § 39a BeurkG. Schon ausweislich des Wortlauts des § 39a BeurkG, jedenfalls aber nach § 137 Abs. 1 Satz 1 GBO, besteht daher eine Funktionsäquivalenz des einfachen elektronischen Zeugnisses nach § 39a BeurkG zu den in Papierform nach § 39 GBO errichteten Zeugnissen.<sup>6</sup>

Ein elektronisches Zeugnis nach § 39a BeurkG kann der Notar insbesondere nach § 42 BeurkG zur Beglaubigung einer Abschrift einer Urkunde errichten.<sup>7</sup> Das Zeugnis muss vom Notar mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen werden, mit einer Bestätigung der Notareigenschaft verbunden werden und soll Ort und Tag seiner Ausstellung angeben, § 39a Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BeurkG. Nach § 42 BeurkG muss der Vermerk jeder (elektronisch) beglaubigten Abschrift zudem eine Aussage darüber enthalten, ob es sich bei der zugrunde liegenden Hauptschrift um eine Urschrift, eine Ausfertigung oder um eine beglaubigte bzw. einfache Abschrift handelte. Unabhängig von der rechtlichen Qualität dieser Hauptschrift muss dem Notar diese Hauptschrift zur Beglaubigung einer davon gefertigten Abschrift körperlich vorgelegen haben, andernfalls kann er die in dem Vermerk festgestellte Übereinstimmung der Abschrift mit der Hauptschrift nicht aus eigenen Wahrnehmungen bezeugen.<sup>8</sup>

Die elektronische Einreichung nach §§ 135 ff. GBO führt nun dazu, dass für das Grundbuchamt zur Ermittlung des

- 1 BayObLG, Beschluss vom 29.07.1993, 2 Z BR 62/93, DNotZ 1994, 182, 183; Beschluss vom 14.11.1975, BReg. 2 Z 63/75, BayObLGZ 1975, 398, 404; OLG Stuttgart, Beschluss vom 05.03.2012, 8 W 75/12, FGPrax 2012, 158; KG, Beschlüsse vom 30.10.2012, 1 W 46-67/12, 1 W 46/12, 1 W 47/12, 1 W 48/12, 1 W 49/12, FGPrax 2013, 56; OLG Hamm, Beschluss vom 19.10.1988, 15 W 174/88, OLGZ 1989, 9, 13; Demharter/*Demharter*, GBO, 33. Aufl. 2023 § 19 Rdnr. 21; Schöner/*Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 107.
- 2 Bauer/Schaub/*Kilian*, GBO, 5. Aufl. 2023, § 19 Rdnr. 100.
- 3 Bauer/Schaub/*Kilian*, GBO, § 19 Rdnr. 99.

- 4 BayObLG, Beschluss vom 29.07.1993, 2 Z BR 62/93, DNotZ 1994, 182, 183; OLG Hamm, Beschluss vom 19.10.1988, 15 W 174/88, OLGZ 1989, 9, 13.
- 5 Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften vom 11.08.2009.
- 6 BeckOK-GBO/*Wilsch*, Stand: 01.03.2025, § 137 GBO Rdnr. 1; DNotI-Report 2022, 123.
- 7 *Winkler*, BeurkG, 21. Aufl. 2023, § 39a Rdnr. 10 ff.; BeckOGK-BeurkG/*Meier*, Stand: 01.05.2024, § 39a Rdnr. 12 ff.
- 8 BayObLG, Beschluss vom 26.06.1980, BReg. 3 Z 77/77, BayObLGZ 1980, 180, 183; Beschluss vom 27.12.2001, 2 Z BR 185/01, MittBayNot 2002, 112; BeckOGK-BeurkG/*Meier*, § 42 Rdnr. 13.



Verwendungswillens in Bezug auf einen Bewilligungsantrag keine Unterscheidung nach der Rechtsqualität des eingereichten Dokuments mehr möglich ist, da nach geltender Rechtslage weder eine elektronische Ausfertigung der Urkunde existiert<sup>9</sup> noch ein rechtsverkehrsfähiges elektronisches Original,<sup>10</sup> sondern die elektronisch beim Grundbuchamt eingereichten Dokumente nach § 39a BeurkG stets nur die Rechtsqualität einer (elektronisch) beglaubigten Abschrift haben.

Würde man der im Verfahren vertretenen Ansicht der Grundbuchrechtspflegerin folgen und durch Notare eingereichte Bewilligungserklärungen stets im Original einfordern, würde dies die Funktion des elektronischen Rechtsverkehrs jedoch grundsätzlich torpedieren und der gesetzgeberischen Intention der verpflichtenden elektronischen Übermittlung von Grundbuchdokumenten durch Notare nach § 135 Abs. 1 Satz 2 Nr. 4 GBO i. V. m. den entsprechenden Rechtsverordnungen der Landesregierungen entgegenlaufen.

Das OLG Frankfurt a. M. löst diesen Widerspruch konsequent: Bringt der antragstellende Notar einen entsprechenden (elektronischen) Beglaubigungsvermerk mit Bezug auf die Urschrift an, so ist hiermit nachgewiesen, dass diesem die Urschrift zur Antragstellung vorgelegt wurde. Daraus wiederum ist genau wie bei einer Vorlage gegenüber dem Grundbuchamt zu schließen, dass die Gläubigerin die Urschrift der Löschungsbewilligung zur grundbuchmäßigen Verwendung in den Verkehr gebracht hat. Der zuvor beim Grundbuchamt vollzogene Schluss von der Qualität der Urkunde auf den Verwendungswillen geschieht nun beim antragstellenden Notar.

Liegt dem Notar ein Original der Bewilligungserklärung vor, fügt sich dies nahtlos in die bestehenden Abläufe bei der Teilnahme des Notars am elektronischen Grundbuchrechtsverkehr ein. Ob dem Notar die Urschrift vom Begünstigten oder direkt von dem Bewilligenden zur Verwendung – gegebenenfalls unter Auflagen – übergeben wurde, spielt dabei keine Rolle. Nach Vorliegen der Verwendungsvoraussetzungen fertigt der Notar eine elektronische beglaubigte Abschrift, in der er die Urschriftqualität der ihm vorliegenden Hauptschrift feststellt. Mit dieser Feststellung wird manifestiert, dass die Urschrift vom Bewilligenden bewusst in den Verkehr entäußert wurde.

Liegt dem Notar hingegen nur eine beglaubigte Abschrift der Bewilligungserklärung vor, etwa weil der beglaubigen-

de Notar dem antragstellenden Notar die Löschungsbewilligung über das besondere elektronische Notarpostfach (beN) als elektronisch beglaubigte Abschrift übermittelt, § 39a BeurkG, muss sich der Verwendungswille nach der Ansicht der herrschenden Meinung aus anderen Umständen ergeben. Bei einer durch einen Notar zum Zweck des Vollzugs übermittelten Löschungsbewilligung wird stets auf den Verwendungswillen des Bewilligenden zu schließen sein. Die Übermittlung der Urkunde ist für den Notar Amtspflicht nach § 53 BeurkG oder im Rahmen eines selbstständigen Vollzugsauftrags nach § 24 BeurkG, sodass der Notar an Weisungen des Bewilligenden streng gebunden ist.<sup>11</sup> Eine Übermittlung der Bewilligungserklärung gegen den Willen des Berechtigten scheidet somit aus. In der Praxis ergibt sich der Verwendungswille des Bewilligenden zudem regelmäßig aus dem Begleitschreiben des übermittelnden Notars, in welchem dieser klarstellt, ob die Bewilligungsurkunde frei oder unter Beachtung von Auflagen verwendet werden darf. Das Vorliegen des Verwendungswillens kann der antragstellende Notar auch gegenüber dem Grundbuchamt klarstellen, etwa dadurch, dass der Notar den Auftrag des Bewilligenden an das Grundbuchamt mitteilt, oder eine eigene Feststellung zum Veräußerungswillen anbringt, z. B.: „Von der Bewilligung wird mit dem Willen des Berechtigten Gebrauch gemacht.“

Ist die Bewilligungserklärung in einer Niederschrift enthalten und ist der Eigentümer als Erklärungsempfänger ebenfalls an der Beurkundung im materiellen Sinn beteiligt, ist auch das Vorliegen einer beglaubigten Abschrift der Urkunde beim antragstellenden Notar ausreichend. In diesem Fall geht mit wirksamer Errichtung der Urkunde die Bewilligungserklärung dem anderen Teil zu. Auch verfahrensrechtlich haben die Beteiligten nach § 51 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG (vorbehaltlich einer abweichenden Bestimmung) den Anspruch, eine Ausfertigung der Urkunde zu verlangen. Dieser Anspruch steht der Aushändigung der Eintragungsbewilligung oder einer Ausfertigung davon durch den Bewilligungsberechtigten gleich.<sup>12</sup> Mit der Vorlage der die Niederschrift enthaltenden Urkunde in einer Form des § 29 GBO ist dies auch gegenüber dem Grundbuchamt in der gebotenen Form hinreichend nachgewiesen.

Insgesamt kann man mit guten Gründen daran zweifeln, ob man an der derzeit herrschenden Auffassung zur Feststellung des Verwendungswillens nur bei Übermittlung eines Originals oder einer Ausfertigung auch im elektronischen Rechtsverkehr festhalten muss. Bereits jetzt ist ein Versand der notariell beglaubigten Bewilligungserklärung durch den Notar gegen den Willen des Bewilligenden unzulässig und auszuschließen. Mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer elektronischen Präsenzbeurkundung wird die herrschende Ansicht zusätzlich dadurch

9 Vgl. den Wortlaut des § 47 BeurkG der nur eine Ausfertigung der elektronischen Niederschrift, nicht jedoch eine elektronische Ausfertigung erwähnt, sowie: *Winkler*, BeurkG, § 47 Rdnr. 13 f.

10 Die elektronische Fassung der Urschrift ist nach § 56 Abs. 4 BeurkG der Urschrift in Papierform nur bezüglich derjenigen elektronischen Dokumentendatei gleichgestellt, die in der Urkundensammlung verwahrt wird, sodass Kopien dieser Datei an einem anderen Speicherort nur die Dokumentenqualität einer beglaubigten Abschrift erreichen, vgl. *Winkler*, BeurkG, § 56 Rdnr. 24. Gleiches gilt für die originär elektronisch errichteten Urkunden nach § 45 Abs. 3 BeurkG.

11 BeckOGK-BeurkG/Regler § 53 Rdnr. 21; *Winkler*, BeurkG, § 53 Rdnr. 23; BeckOK-BNotO/Sander § 24 Rdnr. 28.

12 BayObLG, Beschluss vom 29.07.1993, 2 Z BR 62/93, DNotZ 1994, 182, 183.

in Frage gestellt, dass (der jedenfalls dem Rechtsgedanken nach auch für die Bewilligungserklärung anwendbare)<sup>13</sup> § 130 Abs. 2 BGB-E einen wirksamen Zugang einer beurkundeten oder öffentlich beglaubigten Willenserklärung stets auch durch den Zugang einer öffentlich beglaubigten Abschrift der Urschrift ermöglicht.<sup>14</sup>

13 Demharter/Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 21; für eine unmittelbare Anwendung des § 130 BGB auf die Bewilligungserklärung: BayObLG, Beschluss vom 14.11.1975, BReg. 2 Z 63/75, BayObLGZ 1975, 398, 404; OLG Stuttgart, Beschluss vom 05.03.2012, 8 W 75/12, FGPrax 2012, 158, 159.

14 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Einführung einer elektronischen Präsenzbeurkundung, BT-Drs. 20/11849 S. 28 f.

## Bürgerliches Recht

### FAMILIENRECHT

#### 8. Anspruch auf nachehelichen Unterhalt wegen Kindesbetreuung über das dritte Lebensjahr des Kindes hinaus

OLG Köln, Beschluss vom 07.11.2024, 14 UF 57/24

BGB § 1570 Abs. 1 Satz 1, 2 und 3, §§ 1573, 1578, 1578b

##### LEITSÄTZE:

1. Es kann der Billigkeit entsprechen, den nachehelichen Unterhalt nach § 1570 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB auch über das dritte Lebensjahr des gemeinsamen Kindes hinaus zu verlängern. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. An die Darlegung kindbezogener Gründe sind nach der Rechtsprechung des BGH keine überzogenen Anforderungen zu stellen. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Im Rahmen der Billigkeitsentscheidung über eine Verlängerung des Betreuungsunterhalts über das vollendete dritte Lebensjahr hinaus aus kindbezogenen Gründen nach § 1570 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB kann sich der betreuende Elternteil allerdings nicht mehr auf die Notwendigkeit einer persönlichen Betreuung des Kindes berufen, wenn und soweit das Kind eine kindgerechte Betreuungseinrichtung besucht oder unter Berücksichtigung der individuellen Verhältnisse besuchen könnte. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Besteht für das gemeinsame Kind eine Fremdbetreuung für die Dauer von täglich 8:00 Uhr bis 16:00 Uhr, scheidet unter Berücksichtigung der Fahrtzeiten eine vollschichtige Erwerbstätigkeit aus. Die Ausübung einer 30 Wochenstunden umfassenden Tätigkeit ist hingegen möglich und zumutbar. (Leitsatz der Schriftleitung)

5. Umstände, die auch bei fortbestehender Ehe eingetreten wären, und Umstände, die bereits in anderer Weise in der Ehe angelegt und mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten waren, sind im Rahmen der Bedarfsbemessung nach § 1578 BGB zu berücksichtigen, nicht hingegen vom Normalverlauf erheblich abweichende Entwicklungen. (Leitsatz der Schriftleitung)
6. Der Anspruch auf nachehelichen Unterhalt in Form von Aufstockungsunterhalt gemäß § 1573 BGB ist gemäß § 1578b BGB zu begrenzen und zu befristen. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### 9. Berücksichtigung eines Wohnrechts im Zugewinnausgleichsverfahren nach dem Tod des Wohnberechtigten

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 02.07.2024, 6 UF 213/23

BGB § 1371 Abs. 2, §§ 1374, 1378

##### LEITSÄTZE:

1. Um im Zugewinnausgleich den Wertzuwachs der Zuwendung einer mit einem Wohnrecht belasteten Immobilie rechnerisch zu erfassen, kann auf das Einstellen des Werts des Wohnrechts im Anfangs- und Endvermögen verzichtet werden, wenn der Inhaber des Wohnrechts zum Stichtag Endvermögen verstorben ist.
2. Ist der Inhaber eines Wohnrechts, mit der eine zugeordnete Immobilie belastet ist, zum Stichtag Endvermögen verstorben, ist der Wert des Wohnrechts gesunken und nicht gestiegen im Sinne des Leitsatzes 3 des Beschlusses des BGH vom 06.05.2015, XII ZB 306/14. Es liegt ein Fall der Wertsteigerung der Immobilie durch einen „auf null“ gesunkenen Wert des Wohnrechts vor, die dadurch nicht dem Zugewinnausgleich unterstellt wird, dass das Wohnrecht bei der Immobilienbewertung unberücksichtigt bleibt.
3. Der fortlaufende Wertzuwachs der Zuwendung einer mit einem Nießbrauch bzw. Wohnrecht belasteten Immobilie durch den abnehmenden Wert eines Wohnrechts unterfällt nicht dem Zugewinnausgleich. (Leitsatz der Schriftleitung)

## 10. Wirksamkeit eines Grundstückskaufvertrags, mit dem ein Ehegatte aufgrund ihm erteilter Vollmacht das dem anderen Ehegatten allein gehörende Grundstück erwirbt

OLG München, Beschluss vom 25.04.2024, 16 UF 906/22

BauGB § 194

BGB §§ 119, 121, 123, 125, 134, 138, 139, 142, 166 Abs. 1, § 167 Abs. 2, §§ 177, 181, 242, 249 Abs. 1, §§ 254, 280 Abs. 1, §§ 812, 889, 891, 894, 889, 1093, 1009, 1163, 1177, 1196, 1361b, 1410, 1414

BewG §§ 1, 188 Abs. 2

FamFG § 70 Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 Alt. 1, § 113

FamGKG §§ 40, 42

ImmoWertVO § 6 Abs. 6 Satz 1, § 14 Abs. 2, § 20

ZPO § 91

### LEITSÄTZE:

1. Bei einem besonders groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht nach der Rechtsprechung eine tatsächliche Vermutung für ein Handeln aus verwerflicher Gesinnung, die in der Regel eine weitere Prüfung subjektiver Voraussetzungen entbehrlich macht und die Sittenwidrigkeit des Vertrags begründet. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Von einem besonders groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kann bei Grundstücksgeschäften erst ausgegangen werden, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung. Diese Voraussetzung ist grundsätzlich erst ab einer Verkehrswertüber- oder -unterschreitung von 90 % erfüllt. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Wenn die Vertragsparteien ein (ggf. fehlerhaftes) Verkehrswertgutachten zur Grundlage des vereinbarten Kaufpreises gemacht haben, kann dies die Vermutung für ein Handeln aufgrund verwerflicher Gesinnung entkräften. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Die Unzulässigkeit der Unwiderruflichkeit einer Vollmacht führt lediglich zur Unwirksamkeit der Vereinbarung der Unwiderruflichkeit, nicht aber zur vollständigen Unwirksamkeit der Vollmacht. (Leitsatz der Schriftleitung)
5. Die Unwirksamkeit eines Insichgeschäfts gemäß § 181 BGB unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht setzt neben einer Überschreitung der Vertretungsmacht im Innenverhältnis voraus, dass das Insichgeschäft für den Vertretenen nachteilig ist. (Leitsatz der Schriftleitung)
6. Bei der Verkehrswertermittlung einer Immobilie hat die Bewertung des Wohnrechts nach Maßgabe der ImmoWertVO und nicht des BewG zu erfolgen. (Leitsatz der Schriftleitung)

### AUS DEN GRÜNDEN:

1-3 (hier nicht abgedruckt)

4 Am 17.04.2007 schlossen die beteiligten Ehegatten vor dem Notar A B einen Ehevertrag (...) mit welchem unter Ziffer II. für die weitere Ehe der Güterstand der Gütertrennung vereinbart wurde. In diesem Zusammenhang erklärten die Ehegatten, dass sie übereinstimmend davon ausgehen, dass die Antragstellerin für die bisherige Ehe einen Zugewinnausgleichsanspruch i. H. v. 550.000 € gegen den Antragsgegner habe; beide Ehegatten verzichteten gegenseitig auf den Ausgleich eines darüber hinausgehenden weiter entstandenen Zugewinns und nahmen diesen Verzicht gegenseitig an.

5 Unter Ziffer III. 1. des Ehevertrags räumt die Antragstellerin dem Antragsgegner „auf Lebensdauer unter Ausschluss des Eigentümers das ausschließliche Wohnrecht an sämtlichen Räumen des neuen Gebäudes, wie diese sich aus dem beigelegten Plan ergeben (...) auf dem Grundstück (...)“ ein, wobei zugleich die Eintragung des Wohnungsrechts als beschränkte persönliche Dienstbarkeit an dem benannten Grundbesitz an erster Rangstelle bewilligt und beantragt wurde. Den Wert des Wohnungsrechts nahmen die Beteiligten mit 650.000 € an.

6 Unter Ziffer III. 2. des Ehevertrags vereinbarten die Beteiligten,

„dass das in Kapitel I. Ziffer 3. genannte von Herrn JH an seine Ehefrau, D H, gewährte Darlehen i. H. v. 1.300.000 € (...) mit den vorstehenden Vereinbarungen wie folgt verrechnet wird: Darlehensforderung (nach vollständiger Auszahlung) 1.300.000 €

– Zugewinnausgleich -550.000 €

– Wohnrecht -650.000 €

= Darlehensrestforderung 100.000 €.“

7 Ebenfalls am 17.04.2007 erteilte die Antragstellerin (...) dem Antragsgegner mit notariell beglaubigter Unterschrift die Vollmacht (...) hinsichtlich der Immobilie (...), in ihrem Namen

„a) diesen Grundbesitz entgeltlich oder unentgeltlich zu veräußern, alle mit der Veräußerung im Zusammenhang stehenden Rechtsgeschäfte abzuschließen und Erklärungen abzugeben, sei es gegenüber Gerichten, Behörden und Privatpersonen einschließlich Grundbuchamt, also den Veräußerungsvertrag abzuschließen, die Auflassung zu erklären, die Vormerkung zu bewilligen und den Grundbesitz mit Finanzierungspfandrechten zu belasten, einschließlich der Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz – ohne Übernahme einer persönlichen Haftung des Grundstückseigentümers.

b) diesen Grundbesitz mit Grundpfandrechten zu belasten, (...). Der Bevollmächtigte ist von den Beschränkungen des Selbstkontrahierens befreit. Er ist zur Entgegennahme des Veräußerungserlöses nicht befugt. (...)

2. Die Vollmacht kann jedoch widerrufen werden mit Rechtshängigkeit eines Scheidungsverfahrens bei Gericht der Ehe von Frau D H mit Herrn JH.“

8 Ebenfalls am 17.04.2007 unterzeichnete der Antragsgegner die folgende privatschriftliche Bestätigung (...):

„Hiermit bestätige ich, JH, geboren am 12.06.1967, gegenüber meiner Ehefrau D H, geboren am 26.02.1973, dass wir auf Wunsch von D H jederzeit wieder in den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft wechseln werden, nachdem wir mit Ehevertrag vom heutigen Tag Gütertrennung vereinbart haben.“

9 Mit Kaufvertrag vom 03.07.2013, notariell beurkundet vom Notar A B (...), veräußerte der Antragsgegner handelnd im eigenen Namen und für seine Ehefrau D H, die Antragstellerin, aufgrund der dem Notar vorliegenden Vollmacht vom 17.04.2007, (...), den im Alleineigentum der Antragstellerin stehenden Grundbesitz (...) für einen „Verkehrswert unter Berücksichtigung des bestehenden Wohnrechts“ i. H. v. 600.000 € an sich selbst zum Alleineigentum. Der Kaufpreis i. H. v. 600.000 € ist gemäß Ziffer III. des Kaufvertrags in zehn jährlichen Raten von je 60.000 € immer am 31.12. eines jeden Jahres zu zahlen, wobei die erste Rate am 31.12.2013 zahlbar und der Kaufpreis mit 2,4 % jährlich ab dem Tage des Vertragsabschlusses zu verzinsen ist.

10 Der Kaufpreis i. H. v. 600.000 € entspricht dem Ergebnis eines vom Antragsgegner eingeholten Gutachtens über den Verkehrswert der Immobilie unter Berücksichtigung des Wohnrechts des Antragsgegners zum Wertermittlungstichtag 07.05.2013 des Sachverständigen A T (...). Der Antragsgegner wurde am 09.07.2013 im Grundbuch (...) als Alleineigentümer eingetragen.

11 (hier nicht abgedruckt)

12 Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 19.01.2015 erklärte die Antragstellerin die Anfechtung des Kaufvertrags vom 03.07.2013, der Vollmacht vom 17.04.2007 sowie des Ehevertrags vom 17.04.2007. Zugleich widerrief sie die Vollmacht vom 17.04.2007.

13–41 (hier nicht abgedruckt)

42 II. Die Beschwerde ist gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässig, sie ist auch begründet.

43 Der Antragstellerin steht weder ein Anspruch gemäß § 894 BGB auf Berichtigung des Grundbuchs noch auf Rückübertragung bzw. -auflassung des Grundstücks zu. Der aktuelle Inhalt des Grundbuchs entspricht der tatsächlichen Rechtslage.

44 Der Antragsgegner hat durch notariellen Kaufvertrag nebst Auflassung (...) vor dem Notar A B Alleineigentum an dem verfahrensgegenständlichen Grundstück (...) erworben. Die am 09.07.2013 erfolgte Eintragung des Antragsgegners als Alleineigentümer des genannten Grundstücks entspricht der Rechtslage.

45 Der notarielle Kaufvertrag vom 03.07.2013 ist weder gemäß § 138 BGB nichtig noch mangels Vertretungsbefugnis gemäß § 177 BGB schwebend unwirksam noch durch An-

fechtung des Kaufvertrags mit Anfechtungserklärung vom 19.01.2015 gemäß § 142 BGB unwirksam geworden. Da bereits der Kaufvertrag einer Inhaltskontrolle standhält, kann die Frage, ob ein dahingehender Mangel auf das dingliche Vollzugsgeschäft – vorliegend die Auflassung – durchschlagen würde, offen bleiben.

46 1. Voraussetzung für die Nichtigkeit des Verpflichtungsgeschäfts in Form des Kaufvertrags vom 03.07.2013 wäre gemäß § 138 Abs. 2 BGB zunächst ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung in Verbindung mit einer Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder erheblichen Willensschwäche eines anderen. Nachdem die Antragstellerin aufgrund einer wirksam erteilten Vollmacht (siehe 2.) beim Abschluss des Vertrags durch den Antragsgegner vertreten wurde, fehlt es an den subjektiven Voraussetzungen des § 138 Abs. 2 BGB. Infolgedessen ist das Rechtsgeschäft an den Vorgaben des § 138 Abs. 1 BGB zu überprüfen.

47 Ein gegenseitiger Vertrag ist als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis besteht und außerdem mindestens ein weiterer Umstand hinzukommt, der den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und der objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lässt. Dies ist insbesondere der Fall, wenn eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hervorgetreten ist.

48 Bei einem besonders groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht nach der Rechtsprechung eine tatsächliche Vermutung für ein Handeln aus verwerflicher Gesinnung, die in der Regel eine weitere Prüfung subjektiver Voraussetzungen entbehrlich macht und die Sittenwidrigkeit des Vertrags begründet. Von einem besonders groben Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung kann bei Grundstücksgeschäften erst ausgegangen werden, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung. Ausgehend von dem für die Annahme eines besonders groben Äquivalenzmissverhältnisses bestehenden Erfordernis, dass der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung, ist diese Voraussetzung grundsätzlich erst ab einer Verkehrswertüber- oder -unterschreitung von 90 % erfüllt (BGH, NJW 2014, 1652). Wenn die Vertragsparteien ein (ggf. fehlerhaftes) Verkehrswertgutachten zur Grundlage des vereinbarten Kaufpreises gemacht hatten, kann dies jedoch die Vermutung für ein Handeln aufgrund verwerflicher Gesinnung entkräften (BGH, NJW 2001, 1127).

49 Vorliegend ist weder ein auffälliges oder gar grobes Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung noch eine verwerfliche Gesinnung des Antragsgegners festzustellen.

50 Bei der Feststellung eines groben Missverhältnisses zwischen Kaufpreis und Grundstückswert ist nicht die Relation zwischen dem vereinbarten Kaufpreis (600.000 €) und dem Wert des unbelasteten Grundstücks (2.023.000 € bzw. 2.373.000 €), sondern vielmehr die Relation zwischen dem vereinbarten Kaufpreis und dem Verkehrswert des Grund-



stücks unter Berücksichtigung der vorhandenen grundbuchrechtlichen Belastungen zugrunde zu legen. Gegenstand des Kaufvertrags ist das Grundstück in der rechtlichen Konstellation, in der es sich zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags befand. Der Verkehrswert oder Marktwert einer Immobilie wird nämlich durch den Preis bestimmt, der in dem Zeitpunkt, auf den sich die Ermittlung bezieht, im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach den rechtlichen Gegebenheiten und tatsächlichen Eigenschaften, der sonstigen Beschaffenheit und der Lage des Grundstücks ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse zu erzielen wäre (vgl. § 194 BauGB). Das verfahrensgegenständliche Grundstück stand zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags im Alleineigentum der Antragstellerin (Abteilung I) und war belastet mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, dem Wohnungsrecht, für den Antragsgegner (Abteilung II). Folglich ist bei der Feststellung des Verkehrswerts des verfahrensgegenständlichen Grundstücks der Wert des die Immobilie belastenden Wohnrechts mitzubetrachten.

**51** Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags bestand das die Immobilie belastende Wohnungsrecht.

**52** Dies ergibt sich aus dem (...) vorgelegten Grundbuchauszug (§ 891 BGB). Das Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB erlischt gemäß § 889 BGB auch nach Abschluss des Kaufvertrags nicht dadurch, dass der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Es entspricht der ständigen Rechtsprechung, dass, wenn bei Bestehen eines Wohnungsrechts der Berechtigte des Wohnungsrechts das Eigentum an dem damit belasteten Grundstück erwirbt, dies auf den Bestand des Wohnungsrechts ohne Einfluss bleibt, § 889 BGB (KG, Beschluss vom 07.10.2021, NZI 2021, 1023). Durch dezidierte gesetzliche Regelung wird in konkret bezeichneten Einzelfällen (§§ 889, 1196, 1009, 1163, 1177 f.) der Grundsatz der Konsolidation aufgegeben. Das Recht (hier: Wohnungsrecht) am eigenen Grundstück ist wie ein eigenständiges, einem Dritten zustehendes Recht und zwar grundsätzlich mit dem ursprünglichen Rechtsgehalt zu behandeln (MünchKomm-BGB/Lettmaier, 9. Aufl. 2023, § 889 Rdnr. 5). Dies hat zur Folge, dass das Wohnungsrecht, das zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags – unstreitig – die Immobilie belastete, auch nach Abschluss des Kaufvertrags nicht durch Konsolidation erloschen ist. Es ist daher jedenfalls bei der Bewertung des Grundstücks als Belastung in vollem Umfang in Abzug zu bringen.

**53** Das Eigentum der Antragstellerin, das die Antragstellerin, vertreten durch den Antragsgegner, durch notariellen Kaufvertrag vom 03.07.2013 veräußerte und der Antragsgegner, insoweit in eigenem Namen handelnd, erwarb, war eine Immobilie, die mit einem Wohnungsrecht belastet war und daher einen durch den Wert des Wohnrechts reduzierten Verkehrswert hatte. Auch beim Verkauf der Immobilie an einen Dritten im Allgemeinen Geschäftsverkehr wäre nur ein um den Wert des Wohnrechts reduzierter Kaufpreis erzielbar gewesen. Nachdem weder eine Löschung der Belastung vor Durchführung des Veräußerungsgeschäfts erfolgt ist noch das Wohnungsrecht mit dem Eigentumserwerb

durch den Antragsgegner erloschen ist, kann auch beim Erwerb durch den Antragsgegner unter allen Gesichtspunkten lediglich ein um den Wert des Wohnrechts reduzierter Verkehrswert zum Ansatz gebracht werden.

**54** Ein anderes Ergebnis ergibt sich auch nicht aus der Erwägung der Antragstellerin, dass beim Zusammenfallen von Eigentümerstellung und Wohnrechts-Inhaberschaft sich die beiden Rechte gegenseitig ausschließen und der Eigentümer das Wohnrecht im Regelfall sofort löschen würde. Zum einen haben die Eigentümerstellung und die Wohnrechts-Inhaberschaft durchaus unterschiedliche Inhalte. So erstreckt sich die Eigentümerstellung nicht nur auf die Gebäude, sondern auch auf das Grundstück, andererseits berechtigt – aber verpflichtet nicht – das Wohnrecht den Inhaber, den Eigentümer oder auch Miteigentümer von der Nutzung auszuschließen. Der Fortbestand des Wohnungsrechts neben der Eigentümerstellung könnte im Übrigen auch im Falle einer zukünftigen Übertragung der Immobilie, beispielsweise auf die Kinder, für den Antragsgegner von Interesse sein – eine durchaus typische Gestaltung im Familienkreis. Vor allem spricht gegen die Argumentation der Antragstellerin aber, dass der Verkehrswert nicht durch die subjektiven Umstände, die in der Person des Erwerbers vorliegen, beeinflusst wird. Ein potenzieller Erwerber würde sich bei der Preisbildung grundsätzlich nicht von der Erwägung leiten lassen, welche rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten für Dritte einschließlich dinglich Berechtigter mit dem Erwerb des Grundstücks verbunden sind. So würde ein Dritter bei der Preisbildung nicht mindernd berücksichtigen, dass der Antragsgegner im Fall, dass er das Grundstück erwirbt, durch Löschungsbewilligung das Wohnungsrecht aufheben kann, ohne dass hierfür ein Entgelt entrichtet werden müsste. Und umgekehrt: Auch aus Sicht des Antragsgegners war es gerechtfertigt, das Wohnungsrecht bei der Preisbildung zu berücksichtigen; denn er war bereits Inhaber dieser beschränkten rechtlichen Befugnis, sodass für ihn keine Veranlassung bestand, auch insoweit für den Erwerb dieses Anrechts ein weiteres Entgelt zu entrichten. Vielmehr hatte er das Wohnungsrecht bereits entgeltlich durch Verrechnung mit dem Rückzahlungsanspruch des Darlehens gegen die Antragstellerin im Jahr 2007 erworben.

**55** Soweit durch die Antragstellerin vorgetragen wird, dass die Berechnung des Wohnungsrechts durch den Sachverständigen fehlerhaft erfolgt sei, ist festzustellen, dass die durch den Sachverständigen vorgenommene Bewertung den rechtlichen Grundlagen entspricht, während die vom Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin erstellte alternative Berechnung unzutreffend ist. Es entspricht in der Bewertungspraxis einhelliger Auffassung, dass ein Wohnungsrecht anhand der Nutzungsart, der vertraglichen Ausgestaltung des Wohnrechts, der Lebenserwartung des Berechtigten, des Nutzwerts und des Zinssatzes zu bewerten und als Kapitalwert wertmindernd bei der Berechnung des Grundstückswerts in Ansatz zu bringen ist (Fischer in Kleiber, Verkehrswertermittlung von Grundstücken, 9. Aufl. 2020, Rdnr. VIII 417 ff.). Dies wird von der Antragstellerin auch nicht grundsätzlich in Zweifel gezogen. Vielmehr wendet sie sich gegen den Ansatz des Liegenschaftszinses als maßgeblichem Rechnungszins.

**56** Der Sachverständige hat seiner Bewertung § 20 ImmoWertVO zugrunde gelegt:

„§ 20 Kapitalisierung und Abzinsung: Der Kapitalisierung und Abzinsung sind Barwertfaktoren zugrunde zu legen. Der jeweilige Barwertfaktor ist unter Berücksichtigung der Restnutzungsdauer (§ 6 Abs. 6 Satz 1) und des jeweiligen Liegenschaftszinssatzes (§ 14 Abs. 3) der Anlage 1 oder der Anlage 2 zu entnehmen oder nach der dort angegebenen Berechnungsvorschrift zu bestimmen.“

Demnach basiert seine Berechnung auf einer Restnutzungsdauer in Form einer statistischen Restlebenserwartung betreffend den Antragsgegner von 34,22 Jahren und einem Liegenschaftszins, den er für hochwertige Einfamilienhäuser in dieser Gegend mit rund 2,4 % annimmt. Unter Anwendung der Anlage 1 zu § 20 ImmoWertVO gelangt er zu einem Barwertfaktor in Höhe von 23,18, den er sodann mit dem Reinertrag der baulichen Anlage multipliziert. Das Gutachten ist auch in dieser Hinsicht überzeugend. Insbesondere ist die Heranziehung des Liegenschaftszinses sachgerecht. Es entspricht allgemeiner Auffassung für die Grundstücksbewertung, dass der Wert von auf dem Eigentum liegenden, langjährigen Belastungen in Form von Nutzungsrechten anhand des Liegenschaftszinses zu berechnen ist (*Fischer*, a. a. O. Rdnr. 443). Dieser Maßstab erscheint sachgerecht, weil er dazu führt, dass der Ertragswert des Eigentums an einem Grundstück insgesamt und die Schmälerung dieses Werts durch auf dem Eigentum ruhende Belastungen anhand eines einheitlichen, rationalen und betriebswirtschaftlich angemessenen Maßstabs ermittelt werden.

**57** Demgegenüber legt die Antragstellerin im Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 28.04.2023 (...) der Bewertung steuerrechtliche Regelungen und Tabellen gemäß BewG zugrunde. Das BewG kann vorliegend zur Bewertung jedoch nicht herangezogen werden, da der Geltungsbereich des Gesetzes auf öffentlichrechtliche Abgaben beschränkt ist. (...). Darüber hinaus stellt auch die Finanzverwaltung vorrangig auf den Liegenschaftszins und nur hilfsweise für den Jahreswert der Nutzungen auf einen Zinssatz von 5,5 % ab. Diese Praxis beruht auf § 188 Abs. 2 BewG, der den Vorrang des durch die Gutachterausschüsse herangezogenen Liegenschaftszinses ausdrücklich auch für die Finanzverwaltung vorschreibt. Nur wenn ein solcher Liegenschaftszins nicht zur Verfügung steht, darf der durch das BewG vorgesehene pauschale Zins von 5,5 % herangezogen werden. Aus alledem folgt, dass der Anwendungsbereich von § 188 Abs. 2 Satz 2 BewG nicht eröffnet ist, sondern der Sachverständige zutreffend den Wert des Wohnungsrechts anhand des Liegenschaftszinses ermittelt hat.

**58** Auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise stellt sich die Berechnung des Verkehrswertes unter Berücksichtigung des Wohnrechts als zutreffend dar, denn der Antragsgegner hatte das Wohnrecht gemäß Notarvertrag vom 17.04.2007 nicht unentgeltlich erhalten. Vielmehr wurde das zu diesem Zeitpunkt mit 650.000 € bewertete Wohnungsrecht mit dem Rückzahlungsanspruch des Antragsgegners

gegen die Antragstellerin aus dem Darlehensvertrag vom 14.12.2006 in Höhe von 1,3 Mio. € zur Verrechnung gebracht, sodass sich diese Vermögensposition des Antragsgegners entsprechend verminderte.

**59** Ohne Erfolg macht die Antragstellerin geltend, das Wohnrecht dürfe jedenfalls nicht mit einem höheren Betrag als im notariellen Ehevertrag vom 17.04.2007 berücksichtigt werden. Durch diesen Vertrag sei der Wert des Wohnrechts abschließend geregelt worden. Diese Auslegung wird den Interessen der Beteiligten nicht gerecht. Bei einem Wohnrecht handelt es sich um ein Anrecht, dessen Wert sich fortlaufend, abhängig insbesondere von dem Wert der Nutzung, den biometrischen Risikofaktoren des Berechtigten und dem zugrunde zu legenden, volatilen Zins ändert. Dies war den Beteiligten, die beide geschäftsgewandt sind, bei Abschluss des Ehevertrags auch bekannt. Sie konnten und durften die Regelung in Ziffer III. 2. des notariellen Ehevertrags daher nur so verstehen, dass hier der Wert des Wohnrechts für den Zeitpunkt und zu dem Zweck der Verrechnung mit dem durch den Antragsgegner auszureichenden Darlehen bestimmt werden sollte. Dies entspricht auch der systematischen Stelle im Ehevertrag, an der diese Regelung aufgenommen werden sollte.

**60** Die Berücksichtigung eines Marktanpassungsabschlags durch den Sachverständigen entspricht der gängigen Praxis bei Immobilienbewertungen nach dem Sachwertverfahren. Es handelt sich um einen Korrekturfaktor, mit dem System- und Modellfehler der Sachwertermittlung ausgeglichen werden sollen (*Kleiber* in *Kleiber*, Verkehrswertermittlung von Grundstücken, IV § 14 ImmoWertV Rdnr. 13). Der Marktanpassungsfaktor korrigiert den ermittelten Wert und passt ihn den aktuellen Marktbedingungen an. Je größer die Prognoseunsicherheit und je weniger das Objekt mit anderen Verkaufsfällen vergleichbar ist, umso höher ist der Marktanpassungsfaktor anzusetzen. Die Einzelheiten für das Sachwertverfahren, das der Sachverständige zutreffend zugrunde gelegt hat, ergeben sich aus den §§ 21, 35-39 ImmoWertVO. Eine betragsmäßige Begrenzung des Marktanpassungsfaktors ist nicht vorgeschrieben. Eine Korrektur darf nur erfolgen, soweit wertbestimmende Merkmale nicht bereits bei der vorläufigen Ermittlung des Sachwerts berücksichtigt wurden. Diese Vorgaben wurden durch den Sachverständigen eingehalten. Er hat berücksichtigt, dass es sich bei dem zu bewertenden Objekt um eine Villa in bester Lage, welche für ca. 1,6 Mio. € gekauft und errichtet wurde, handelt, die darüber hinaus mit einem lebenslangen umfassenden Wohnungsrecht belastet war. Zu Recht hat der Sachverständige berücksichtigt, dass es sehr schwer sein würde, für ein Objekt dieser Größenordnung einen Erwerber zu finden, der bereit wäre, einen Kaufpreis von ca. 1 Mio. € zu bezahlen, ohne im Gegenzug eine Mietzahlung zu erhalten, ohne zu wissen, wie lange er ohne Gegenleistung das Kapital investieren müsse und ohne zu wissen, welchen Wert das Objekt nach Ende des Wohnungsrechts noch haben wird und welche Investitionen für die Erhaltung des Objekts erforderlich sein werden. Der durch den Gutachter gewählte Wertabschlag von 35 % erscheint angesichts dessen im unteren Bereich angesetzt.

**61** Die durch die Antragstellerin gegen diesen Wertansatz erhobenen Einwände rechtfertigen nicht die Erholung eines gerichtlichen Sachverständigengutachtens. Die Antragstellerin wendet ein, dass ein Marktanpassungsabschlag nicht neben dem Abzug für das Wohnrecht vorgenommen werden dürfe. Die Antragstellerin verkennt hierbei, dass zunächst der Wert der Immobilie unter Berücksichtigung der bestehenden Belastungen ermittelt werden muss. Erst dann ist zu fragen, ob der so ermittelte reduzierte Wert angepasst werden muss, beispielsweise weil es sich um ein nicht marktgängiges Objekt handelt.

**62** Der Ansatz eines Marktanpassungsfaktors kann auch nicht deshalb unterbleiben oder geringer angesetzt werden, weil es der Berechtigte des Wohnrechts in der Hand hat, dieses bei Erwerb des Eigentums zu löschen. Hierbei handelt es sich nicht um einen den Verkehrswert der Immobilie prägenden Umstand. Ein objektiver Dritter würde fragen, welchen Aufwand er aufbringen müsste, um den Berechtigten zu veranlassen, der Löschung des Wohnungsrechts zuzustimmen. Dass für den Antragsgegner dieser Aufwand im Fall des Erwerbs nicht anfällt, erhöht den Verkehrswert der Immobilie nicht, sondern beruht allein darauf, dass er (auch) Berechtigter des Wohnungsrechts ist, das er 2007 für 650.000 € erworben hatte.

**63** Soweit die Antragstellerin den Wert der (unbelasteten) Immobilie, wie ihn der Sachverständige T festgestellt hat, bestreitet und unter Vorlage einer im Jahr 2015, also 2 Jahre nach dem verfahrensgegenständlichen Verkauf, erstellten Bewertung von einem Grundstückswert i. H. v. 2.373.000 € ausgeht, handelt es sich um eine Abweichung von knapp 18 % zu dem sachverständig zum Zeitpunkt des Verkaufs im Jahr 2013 festgestellten Wert. Selbst wenn der von der Antragstellerin für das Jahr 2015 behauptete Grundstückswert bereits für die Veräußerung im Jahr 2013 den Berechnungen zugrunde gelegt würde, ergibt sich bei Berücksichtigung des zutreffend bewerteten Wohnungsrechts und des zutreffend angesetzten Marktanpassungsfaktors ein Betrag i. H. v. 950.000 € (2.373.000 – 1.100.000 – 323.000), welcher in Relation zum vereinbarten Kaufpreis i. H. v. 600.000 € weiterhin nicht zu einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Sinne des § 138 BGB führt. Die Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens zur Bewertung des Grundstücks, wie seitens der Antragstellerin beantragt, hätte daher keine entscheidungserhebliche Relevanz und hatte zu unterbleiben.

**64** Der vereinbarte Kaufpreis entspricht vorliegend dem – wie dargelegt zutreffenden – Ergebnis des Gutachtens des öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen (...). Der Sachverständige gelangte zu einem vorläufigen Sachwert der Immobilie i. H. v. 2.023.000 €, den Wert des Wohnrechts errechnete der Sachverständige mit 1.100.000 €. Unter Berücksichtigung eines Marktanpassungsabschlags i. H. v. 323.000 € gelangte er zu einem bereinigten Sachwert von rund 600.000 €. Dieser Betrag wurde als Kaufpreis im Kaufvertrag vom 03.07.2013 festgelegt.

**65** Der Einholung eines Sachverständigengutachtens bedarf es aber auch aus einem weiteren Grund nicht:

**66** Selbst wenn man zugunsten der Antragstellerin unterstellt, dass der Verkehrswert des Grundstücks bei Abschluss des Kaufvertrags 2.023.000 € bzw. 2.373.000 € betragen hat und damit ein wesentliches Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung vorliegt, fehlt es an der weiteren Voraussetzung, dass der Antragsgegner auch in subjektiver Hinsicht den Tatbestand des § 138 BGB verwirklicht hat. Es ist kein Grund ersichtlich und es ist auch nichts dazu vorgetragen, warum der Antragsgegner auf das Ergebnis dieses Gutachtens, das er zur Ermittlung eines realistischen Preises in Auftrag gegeben hatte, nicht hätte vertrauen dürfen. Sogar bei Vorliegen eines besonders groben Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung würde das Vorliegen eines Gutachtens die Vermutung für ein Handeln aufgrund verwerflicher Gesinnung entkräften (BGH, NJW 2001, 1127). Im konkreten Fall ist weder dargelegt, dass der Antragsgegner über eigene Kenntnisse oder Erkenntnisse verfügt hätte, um die Berechnung des Wohnwerts zu überprüfen, noch, dass er aus anderen Gründen leichtfertig über ersichtliche Bedenken gegen die Richtigkeit des Gutachtens bzw. der Berechnung des Wertes der Immobilie hinweggegangen wäre.

**67** Insbesondere Zweifel an der Richtigkeit der Berechnung des Wohnungsrechts mussten sich dem Antragsgegner schon deshalb nicht aufdrängen, weil der Wert des Wohnrechts gegenüber dem Abschluss des Ehevertrags gestiegen war. Nachdem sich das Wohnrecht an der – in den Jahren zwischen Bestellung und Bewertung des Wohnrechts erheblich gestiegenen – Nettokaltmiete der belasteten Immobilie orientiert, durfte es sich für den Antragsgegner schlüssig darstellen, dass auch das Wohnrecht an einer Wertsteigerung des Grundstücks teil hatte und sich der Nennbetrag erhöhte. Aufgrund der nachvollziehbaren Berechnung des Sachverständigen konnte der Antragsgegner davon ausgehen, dass dadurch, aber auch durch die Verringerung des Zinsniveaus die gegenteilige Entwicklung aufgrund fortschreitenden Alters des Antragsgegners mehr als kompensiert wird.

**68** 2. Der Antragsgegner handelte beim Abschluss des Kaufvertrags vom 03.07.2013 und Erklärung der Auflassung in der gleichen Urkunde aufgrund einer wirksamen Vollmacht auch im Namen der Antragstellerin.

**69** Die Vertretung der Antragstellerin durch den Antragsgegner beim Abschluss des notariellen Kaufvertrags vom 03.07.2013 beruht auf der dem Antragsgegner notariell wirksam erteilten Vollmacht vom 17.04.2007 (...), die ihn zur Veräußerung der Immobilie (entgeltlich oder unentgeltlich) und zur Erklärung der Auflassung ermächtigte sowie von den Beschränkungen des Selbstkontrahierens befreite.

**70** Die Wirksamkeit des notariellen Kaufvertrags und der Auflassung vom 03.07.2013 hängen daher nicht von einer Genehmigung durch die Antragstellerin gemäß § 177 BGB ab. Der Antragsgegner handelte vielmehr mit Vertretungsmacht, er schloss von Anfang an wirksame Verträge ab.

**71** Eine Formnichtigkeit der Vollmachterteilung gemäß §§ 1410, 125, 139 BGB besteht nicht. Grundsätzlich kann eine Vollmacht formfrei errichtet werden. Die Bevollmächtigte





gung bedarf insbesondere nicht der Form, die für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht (§ 167 Abs. 2 BGB). Ob hiervon eine Ausnahme zu machen ist, weil die Vollmacht nur im Fall der Scheidung widerruflich ist, kann vorliegend dahingestellt bleiben. Die Erklärung der Antragstellerin vom 17.04.2007 wurde zur Urkunde des Notars B (...) öffentlich beglaubigt. In diesem Termin hat der Notar die Antragstellerin sowohl über die Bedeutung und rechtliche Tragweite des zeitgleich geschlossenen Ehevertrags als auch der Vollmacht belehrt. Insbesondere hat er ausweislich der Urkunde über die Bedeutung der Erteilung einer nur beschränkt widerrufbaren Vollmacht im Außenverhältnis belehrt. Darüber hinaus ergibt sich aus der Vernehmung des Notars am 26.07.2019, dass er die Beteiligten ausführlich über die Bedeutung des Kaufvertrags und der Vollmacht belehrt hat und zur Sicherheit der Antragstellerin in die Vollmacht die Beschränkung aufgenommen hat, dass ein etwaiger Veräußerungserlös an diese ausbezahlt werden müsse. In Anbetracht dessen wird das gleiche Schutzniveau wie bei einer notariellen Beurkundung erreicht. Angesichts dieser Umstände kommt eine teleologische Reduktion der Vorschrift nicht in Betracht.

**72** Inwieweit die privatschriftlich und damit formunwirksam vereinbarte Güterrechtsschaukel mit dem Ehevertrag und/oder der Vollmachtserteilung ein einheitliches Rechtsgeschäft im Sinne des § 139 BGB darstellt, ist zwischen den Beteiligten streitig; die Antragstellerseite ist insoweit beweisfällig geblieben. Aus dem Wortlaut der Urkunde ergibt sich allerdings, dass diese erst nach Abschluss der notariellen Verträge erstellt wurde, was gegen die Absicht spricht, dass die Wirksamkeit von Ehevertrag und Vollmachtsurkunde von der Wirksamkeit der Vereinbarung der Güterrechtsschaukel abhängig gemacht werden sollte. Keinesfalls kann, soweit die Einheitlichkeit der Rechtsgeschäfte nicht positiv festgestellt werden kann, eine spätere formunwirksam abgeschlossene Vereinbarung die Wirksamkeit der zuvor formgerecht abgeschlossenen Vereinbarungen beeinträchtigen.

**73** Für den Zeitpunkt ihrer Erteilung hält die Vollmachtserteilung der Inhaltskontrolle gemäß § 138 BGB stand, denn im Jahr 2007 war diese wertneutral. Es war zu diesem Zeitpunkt nicht absehbar, ob der Antragsgegner die Vollmacht überhaupt nutzen bzw. ob er sie zugunsten oder zulasten der Antragstellerin nutzen würde. Abgesehen davon erweitert diese nur die Rechtsmacht des Antragsgegners für die Antragstellerin im Außenverhältnis zu handeln, ändert aber nichts daran, dass dieser im Innenverhältnis die aus der Ehe und dem der Erteilung der Vollmacht zugrunde liegenden Rechtsverhältnis folgenden Pflichten zu beachten und zu erfüllen hat.

**74** Die Unwirksamkeit der Vollmacht ergibt sich auch nicht daraus, dass diese unwiderruflich erteilt worden wäre; vielmehr war sie für den Fall der Anhängigkeit eines Scheidungsverfahrens widerruflich. Ungeachtet dessen würde die Unzulässigkeit der Unwiderruflichkeit der Vollmacht lediglich dazu führen, dass die Vereinbarung der Unwiderruflichkeit unwirksam wäre, nicht aber dass die gesamte Vollmacht unwirksam wäre, denn eine etwaige Unwirksamkeit

beschränkt sich auf die Ausschlussklausel, die Vollmacht selbst bleibt in der Regel gemäß § 139 BGB bestehen (Grüneberg/Ellenberger, 83. Aufl. 2024, § 168 Rdnr. 6).

**75** Auch wenn man von einer engen inhaltlichen Verknüpfung von Ehevertrag und Vollmacht ausgeht, führt dies nicht zur Nichtigkeit der Vollmachtserteilung. Aus den ehevertraglichen Vereinbarungen – einschließlich der Vereinbarung des Wohnrechts – und der Erteilung der Vollmacht lässt sich bei einer Gesamtwürdigung nicht feststellen, dass diese objektiv auf die einseitige Benachteiligung der Antragstellerin abzielen, die die Grenze des § 138 BGB erreichen würde. Etwas anderes ergibt sich im Übrigen auch nicht aus den Gründen des Teilbeschlusses des AG – Familiengericht – München vom 16.09.2019 in der Scheidungssache, 520 F 6561/16.

**76** Auch das AG – Familiengericht – München gelangt in dem bezeichneten Teilbeschluss ebenso wie der Senat zu dem Ergebnis, dass der Ehevertrag sich nicht als von Anfang an nichtig (§ 138 BGB) darstellt. Soweit das AG München zu dem Ergebnis gelangt, dass im Rahmen der Ausübungskontrolle eine Berufung des Antragsgegners auf die mit Vertrag vom 17.04.2007 vereinbarte Gütertrennung als rechtsmissbräuchlich erscheine und Anpassungsbedarf bestehe (§ 242 BGB), kommt es zum einen hierauf im vorliegenden Verfahren, mit welchem die Berichtigung des Grundbuchs aufgrund der Nichtigkeit der Vollmacht verfolgt wird, nicht an, zum anderen geht der Senat davon aus, dass auch die Ausübungskontrolle nicht zu einer Abänderung der getroffenen Vereinbarungen führen kann.

**77** Die Darstellung der Vermögensentwicklung aufseiten des Antragsgegners bzw. der Antragstellerin durch den Abschluss des Ehevertrags ergibt auch nach nochmaliger Prüfung aller Argumente der Antragstellerseite durch den Senat weiterhin keine relevante, evident einseitige Benachteiligung der Antragstellerin.

**78** Diesen Überlegungen voranzustellen ist die ständige Rechtsprechung des BGH, wonach auf Grundlage der sog. Kernbereichslehre (BGH, FamRZ 2004, 601) Vereinbarungen zum Güterstand vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht umfasst sind, insbesondere insoweit als es sich um die Wahl eines der gesetzlich normierten Wahlgüterstände handelt.

**79** Insoweit verbleibt es bei der Dispositionsfreiheit der beteiligten Ehegatten. Ein Verstoß gegen § 138 BGB ist in der Regel demgegenüber nur zu bejahen, wenn Regelungen aus dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts ganz oder zu erheblichen Teilen abbedungen werden, ohne dass dieser Nachteil durch Vorteile gemildert oder durch wichtige Belange des anderen Ehegatten oder besondere Umstände gerechtfertigt wird. Der Ausschluss des Zugewinnausgleichs ist in der Regel nicht sittenwidrig.

**80** Zum Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrags war die Antragstellerin Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen Grundstücks (...), dessen Verkehrswert nach vollständiger Fertigstellung durch die Beteiligten mit ca. 1,6 Mio. € angegeben wurde. Zugleich bestand eine Verbindlichkeit der Antragstellerin gegenüber dem Antrags-



gegner in Höhe von 1,3 Mio. € aufgrund eines Darlehensvertrags vom 14.12.2006 bzw. war der Antragsgegner zum Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrags Inhaber einer Darlehensforderung gegen die Antragstellerin in Höhe von 1,3 Mio. €. Es bestand Zugewinnsgemeinschaft seit der Eheschließung im Jahr 2003.

**81** Aufgrund des Abschlusses des Ehevertrags hat sich objektiv die Vermögenslage der Beteiligten dahingehend verändert, dass die verfahrensgegenständliche Immobilie mit einem Wohnrecht, das die Beteiligten mit 650.000 € bewertet hatten, belastet wurde. Die Beteiligten waren sich darüber einig, dass das Wohnrecht dem Antragsgegner nicht unentgeltlich zugewendet werden sollte, sondern dass der Wert des Wohnrechts die vor Abschluss des Ehevertrags bestehende Darlehensverbindlichkeit der Antragstellerin in dieser Höhe reduzieren sollte, sodass sich die Darlehensverbindlichkeit der Antragstellerin um 650.000 € reduzierte. Zudem entstand durch Vereinbarung der Gütertrennung für die Antragstellerin eine Forderung auf Ausgleich des bislang entstandenen Zugewinns, welchen die Beteiligten mit 550.000 € bezifferten und mit der Rest-Darlehensverbindlichkeit verrechneten, sodass sich die Darlehensverbindlichkeit der Antragstellerin durch Abschluss des Ehevertrags auf 100.000 € reduzierte.

**82** Im Saldo hat die Antragstellerin durch den Abschluss des Ehevertrags mit Vereinbarung der Gütertrennung und Bestellung des Wohnrechts zugunsten des Antragsgegners eine Reduzierung des Wertes ihrer Immobilie i. H. v. 650.000 € hinnehmen müssen sowie den Verzicht auf zukünftigen Zugewinn, jedoch reduzierte sich zugleich ihre zunächst in Höhe von 1,3 Mio. bestehende Darlehensverbindlichkeit auf 100.000 €. Dementsprechend hat der Antragsgegner das Wohnrecht im Wert von 650.000 € sowie die Befreiung von der Forderung der Antragstellerin auf Zugewinnausgleich hinzu erlangt, jedoch Darlehensforderungen in Höhe von 1,2 Mio. € verloren. Ein unangemessenes Ungleichgewicht der vermögensrechtlichen Regelungen zulasten der Antragstellerin ergibt sich hieraus nicht. Soweit die Immobilie der Antragstellerin mit einem Wohnrecht belastet wurde und der Darlehensrückzahlungsanspruch des Antragsgegners durch Verrechnung mit dem Wert des Wohnrechts und des Zugewinnausgleichs verrechnet wurde, liegt ein rein vermögensumschichtender, aufwandsneutraler Vorgang vor. Lediglich die vorzeitige Aufhebung der Zugewinnsgemeinschaft war für die Antragstellerin mit dem Verzicht auf künftigen Zugewinnausgleich, aber auch der Möglichkeit, den bereits entstandenen Zugewinn i. H. v. 550.000 € sofort zu realisieren, verbunden. Die vorzeitige Aufhebung der Zugewinnsgemeinschaft verbunden mit der Wahl der Gütertrennung ist eine vom Gesetzgeber vorgesehene Gestaltungsmöglichkeit der Ehegatten, die keinesfalls den Kernbereich der Scheidungsfolgen tangiert.

**83** Soweit die Antragstellerin davon ausgeht, dass die Immobilie durch die Bestellung des umfassenden Wohnrechts vollständig entwertet worden sei, ist dem entgegenzuhalten, dass sich das Wohnrecht nur auf das Gebäude, nicht auch auf den nicht bebauten Teil des knapp 1000 m<sup>2</sup> großen Grundstücks erstreckt, sodass ein unabhängig vom

Wohnrecht verwertbarer Bestandteil der Immobilie im unbelasteten Alleineigentum der Antragstellerin verblieb. Im Übrigen durften die Beteiligten zum damaligen Zeitpunkt davon ausgehen, dass der Wert des Wohnrechts sich in Relation zum Wert der unbelasteten Immobilie mit Zeitablauf mehr und mehr reduzieren würde – sowie unabhängig davon spätestens mit dem Ableben des Antragsgegners insoweit unbelastetes Eigentum entstehen würde.

**84** Auch unter Berücksichtigung der zugleich mit dem Abschluss des Ehevertrags abgeschlossenen Vollmachtserteilung ergibt sich keine andere Beurteilung, nachdem, wie oben bereits ausgeführt, die Vollmachtserteilung sich als zunächst wertneutral darstellte und an den Pflichten im Innenverhältnis nichts änderte.

**85** Im Übrigen kann der Senat auch auf der subjektiven Seite kein eklatantes Ungleichgewicht zwischen den Beteiligten, insbesondere keine Unterlegenheit der Antragstellerin, erkennen. Eine Drucksituation der Antragstellerin in dem Sinn, dass sie negative Konsequenzen hätte befürchten müssen, wenn sie den Ehevertrag nicht abgeschlossen hätte, ist nicht ersichtlich und auch nicht vorgetragen. Die Ehe mit dem Antragsgegner war bereits geschlossen und sie war im Vorfeld Eigentümerin einer werthaltigen Immobilie, die als Familienwohnheim genutzt werden sollte, geworden.

**86** Es ist auch nicht schlüssig dargestellt, dass der Inhalt des Ehevertrags die Antragstellerin überrascht haben sollte. Denn bereits durch Abschluss des Darlehensvertrags vom 14.12.2006 waren die wesentlichen Eckpunkte des vier Monate später abgeschlossenen Ehevertrags zwischen den Beteiligten als Absichtserklärung festgelegt worden.

**87** Ebenso wenig ist eine subjektive Benachteiligungsabsicht des Antragsgegners zum Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrags und der Erteilung der Vollmacht ersichtlich. Durch Vorlage einer gegen den Antragsteller persönlich gerichteten Klageschrift vom 14.06.2006 im Rahmen des beigezogenen Ehescheidungsverfahrens, 520 F 6561/16 des AG – Familiengericht – München, hat der Antragsgegner zumindest schlüssig dargelegt, dass er mit der verfahrensgegenständlichen Vertragskonstruktion beabsichtigte, das zu erwerbende Familienwohnheim vor dem drohenden Zugriff von Gläubigern zu schützen, denn die Klageschrift richtete sich gegen den Antragsgegner persönlich, nicht lediglich gegen eine seiner Firmen.

**88** Das auf Grundlage der erteilten Vollmacht abgeschlossene Geschäft ist auch nicht wegen Missbrauchs oder Überschreitung der Vertretungsmacht nichtig.

**89** Ein Missbrauch der Vertretungsmacht, der zur Anwendung der §§ 177 ff. BGB oder zu einer Rechtsfolgenkorrektur gemäß §§ 242, 254 BGB führen würde, liegt auch im Hinblick auf das durch den Antragsgegner vorgenommene In-sichgeschäft nicht vor. Der Antragsgegner hat im Rahmen der ihm erteilten Vertretungsmacht gehandelt und auch nicht gegen den ausdrücklich geäußerten Willen der Antragstellerin verstoßen.

**90** Der Missbrauch der Vertretungsmacht betrifft, anders als das Überschreiten der Vertretungsmacht im Sinne der



§§ 177 ff. BGB, nicht das Außenverhältnis, sondern die Grenzen, die der Vertretene dem Vertreter für die Ausübung der Rechtsmacht im Innenverhältnis gezogen hat. Diese Pflichtverletzungen haben an sich keine Wirkung für das Außenverhältnis, zumal der Missbrauch der Vertretungsmacht keine Regelung im Gesetz gefunden hat. Daher bleibt es grundsätzlich dabei, dass der Vertretene das Risiko des Fehlverhaltens des Vertreters trägt. Ausnahmen davon lassen sich nur begründen, wenn die Außengrenzen der Rechtsordnung berührt sind (§§ 134, 138 BGB) oder ein Missbrauch vorliegt, der die Inanspruchnahme des Verkehrsschutzes durch den Geschäftsgegner als unzulässige Rechtsausübung erscheinen lässt (MünchKomm-BGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 164 Rdnr. 225 f.). Es bedarf eines objektiv pflichtwidrigen Handelns des Vertreters im Innenverhältnis, das den objektiven Interessen des Vertretenen widerspricht und sich nachteilig auswirkt (MünchKomm-BGB/Schubert, a. a. O. Rdnr. 235).

**91** Der Antragsgegner war laut Vollmachtsurkunde zur Veräußerung, sogar zur unentgeltlichen Veräußerung, der Immobilie berechtigt. Eine ausdrückliche Beschränkung der Vertretungsmacht im Innenverhältnis bzw. eine Treuhandabrede zwischen den Beteiligten wurde nicht behauptet.

**92** Eine Beschränkung der Vertretungsbefugnis des Antragsgegners ergibt sich vorliegend nicht aus der Tatsache, dass dieser die Vollmacht zum Zeitpunkt einer bestehenden Ehekrise genutzt hätte. Die Trennung der Ehegatten erfolgte erst am 15.04.2015, also ein Jahr und 9 Monate nach Abschluss des Kaufvertrags. Auch spricht der unbestritten gebliebene Vortrag (...), dass das Immobilienbewertungsgutachten des Sachverständigen T mehrere Tage offen in einem allgemein zugänglichen Bereich der Ehewohnung abgelegt war, ohne dass die Antragstellerin dieses gelesen oder kommentiert hätte, gegen eine akut krisenhafte Entwicklung der Ehe zu dieser Zeit. Diese unbestritten gebliebene Tatsache spricht im Übrigen auch gegen die Absicht oder gar einen arglistigen Plan des Antragsgegners, die Antragstellerin über die Tatsache der Übertragung des Grundstücks und den hierfür festgesetzten Kaufpreis im Ungewissen zu lassen.

**93** Eine Unwirksamkeit eines Inlichgeschäftes gemäß § 181 BGB unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht, wie von der Antragstellerseite behauptet, setzt nach ständiger Rechtsprechung des BGH neben einer Überschreitung der Vertretungsmacht im Innenverhältnis voraus, dass das Inlichgeschäft für den Vertretenen nachteilig ist (BGH, NJW-RR 2018, 222; NJW 2002, 1488; Urteil vom 28.01.2014, II ZR 371/12, Urteil vom 25.02.2002, II ZR 374/00; Urteil vom 18.10.2017, I ZR 6/16; Grüneberg/Ellenberger, § 164 Rdnr. 14).

**94** Vorliegend wurde dem Vermögen der Antragstellerin zwar ein werthaltiger Vermögensgegenstand, die verfahrensgegenständliche Immobilie, entzogen, hierfür erhielt sie jedoch einen Wertausgleich in Form des Kaufpreisanspruches, für den samt Zinsen in Höhe von 2,4 % jährlich die Eintragung einer Kaufpreissicherungshypothek in Abteilung II im Rang nach dem eingetragenen Wohnrecht und in Abteilung III an erster Rangstelle in der Kaufvertragsurkun-

de vereinbart und beantragt wurde; bezüglich des Hypothekenbetrags/Kaufpreises samt Zinsen erklärte der Antragsgegner als Käufer und künftiger Eigentümer zudem, sich der sofortigen Zwangsvollstreckung in den belasteten Grundbesitz in der Weise zu unterwerfen, dass die Zwangsvollstreckung aus der Kaufvertragsurkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des belasteten Grundbesitzes zulässig ist. Zugleich bewilligten und beantragten die Vertragsparteien, dass auch diese Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung in das Grundbuch eingetragen wird.

**95** Ein Handeln zum Nachteil der vertretenen Antragstellerin ist auf Grundlage dieses Sachverhalts nicht gegeben. Die Antragstellerin erhielt als adäquates Korrelat zum Verlust des mit dem umfassenden Wohnungsrecht des Antragsgegners belasteten Eigentums einen dem Verkehrswert des Grundstücks entsprechenden Kaufpreisanspruch, der sich als hinreichend gesichert durch Sicherungshypothek und sofortige Unterwerfung unter die Zwangsvollstreckung darstellt.

**96** Weder im Hinblick auf die Vereinbarung von Ratenzahlung noch im Hinblick auf die begrenzte Liquidität des Antragsgegners zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags ergibt sich ein anderes Ergebnis.

**97** Gemäß Vollmachtsurkunde war der Antragsgegner nicht befugt, einen Kauferlös in Empfang zu nehmen. Dies ist vorliegend auch nicht vereinbart. Der Kaufpreis ist laut Kaufvertrag vielmehr auf ein Konto der Antragstellerin zu bezahlen. Eine Stundung der Kaufpreisschuld bzw. die Vereinbarung einer Ratenzahlung bedeutet eine Verzögerung der Vermögensminderung beim Antragsgegner und der Vermögensmehrung bei der Antragstellerin. Mit einem Vermögenszufluss beim Antragsgegner – die ihm laut Vollmacht untersagt wäre – ist diese Situation jedoch nicht gleichzustellen. Im Übrigen wurde ein zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags angemessener Zins von 2,4 % zugunsten des Antragsgegners für die gewährte Ratenzahlung vereinbart.

**98** Die begrenzte Liquidität des Antragsgegners zum Zeitpunkt des Abschlusses des Kaufvertrags bzw. zum Zeitpunkt des Fälligwerdens der ersten Rate stellt keine Vermögensgefährdung der Antragstellerin dar, nachdem zum einen eine Sicherungshypothek vereinbart wurde und der Antragsgegner sich der sofortigen Zwangsvollstreckung hinsichtlich der Kaufpreisforderung unterworfen hatte und zum anderen der Antragsgegner über weitere Vermögenswerte in Form von Firmenwerten, in welche eine Zwangsvollstreckung erfolversprechend gewesen wäre, verfügte.

**99** Weder die Erteilung der Vollmacht noch die konkrete Ausübung der Vertretungsbefugnis durch den Antragsgegner widerspricht dem Kindeswohl. Für das Kindeswohl ist es völlig unerheblich, in wessen Eigentum das Familienwohnheim steht. Die faktische Nutzung der verfahrensgegenständlichen Immobilie als Familienheim für den Antragsgegner und die Antragstellerin sollte entsprechend Ziffer IV. des Kaufvertrags ausdrücklich nicht geändert werden. Tatsächlich wurde vorliegend der Lebensmittelpunkt der Kinder in der verfahrensgegenständlichen Immobilie durch den Eigentumswechsel in keinster Weise berührt.

**100** 3. Weder die Vollmacht noch der Kaufvertrag vom 03.07.2013 wurden wirksam mit der Rechtsfolge des § 142 BGB angefochten.

**101** Anfechtungsgründe, die in § 119 BGB (Irrtum) und § 123 BGB (arglistige Täuschung oder widerrechtliche Drohung) enumerativ aufgeführt sind, wurden weder betreffend den Kaufvertrag noch betreffend die Vollmacht konkret vorgebracht und sind auch nicht ersichtlich. Soweit die Antragstellerin behauptet, sie habe sich über die wahren Motive des Antragsgegners geirrt bzw. sie sei insofern arglistig getäuscht worden, ist dieser Irrtum irrelevant. Regelungsgegenstand der §§ 119, 123 BGB ist allein der Erklärungsinhalt, bezüglich dessen die Antragstellerin selbst keinen Irrtum behauptet.

**102** Soweit die Anfechtung die Vollmachtserteilung am 17.04.2007 betrifft, war die Anfechtungsfrist gemäß §§ 121, 123 BGB zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung jedenfalls abgelaufen.

**103** Soweit die Anfechtung den Kaufvertrag vom 03.07.2013 betrifft, wäre, den Sachvortrag der Antragstellerin unterstellt, die Anfechtungsfrist zwar noch nicht abgelaufen, jedoch ist weder ein Irrtum noch eine arglistige Täuschung insoweit denkmöglich, da die Antragstellerin bei Abschluss des Kaufvertrags durch den Antragsgegner mit dessen umfassendem Erklärungshorizont vertreten wurde. Gemäß § 166 Abs. 1 BGB ist die Kenntnis bzw. das Kennenmüssen des Vertreters, nicht das des Vertretenen maßgeblich.

**104** Der Widerruf der Vollmacht durch Schriftsatz des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin vom 17.04.2007 konnte die Wirksamkeit der Vollmacht lediglich ex nunc beseitigen.

**105** 4. a) Die mit Schriftsatz vom 12.12.2019 zu 1 und 2 gestellten Hilfsanträge sind zulässig, aber nicht begründet. In der mündlichen Verhandlung vom 29.06.2022 wurden die Hilfsanträge durch Bezugnahme auf den Schriftsatz vom 12.12.2019 gestellt. Eine Entscheidung über die Hilfsanträge ist nicht ergangen, da das AG – Familiengericht – München bereits nach dem durch die Antragstellerin gestellten Hauptantrag erkannt hatte.

**106** Aufgrund des Beschwerdeverfahrens ist der Hauptantrag zurückzuweisen. In einem solchen Fall fallen dem Beschwerdegericht die in erster Instanz gestellten Hilfsanträge ohne Weiteres an (BGH, MDR 1990, 711; Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 45. Aufl. 2024, § 260 Rdnr. 18). Die Antragstellerin hat durch den Antrag auf Zurückweisung der Beschwerde konkludent auf das gesamte erstinstanzliche Vorbringen und die dort gestellten Anträge Bezug genommen.

**107** Dementsprechend gilt auch der Hilfsantrag als im Beschwerdeverfahren gestellt.

**108** b) Die Hilfsanträge sind zulässig. Insbesondere wurden sie in Bezug auf die Entscheidung über den Hauptsacheantrag gestellt und stehen damit unter einer innerprozessualen Bedingung.

**109** Die Hilfsanträge sind auch hinreichend bestimmt. Insbesondere wurde die Bedingung, unter der über die Hilfs-

anträge zu entscheiden sein soll, eindeutig definiert und die Reihenfolge, in der eine Entscheidung über die Hilfsanträge begehrt wird, offengelegt.

**110** c) Die Hilfsanträge sind jedoch nicht begründet.

**111** In erster Linie macht die Antragstellerin einen Antrag auf Verpflichtung des Antragsgegners zur Rückauflassung für den Fall geltend, dass der hauptsächlich gestellte Grundbuchberichtigungsanspruch abgewiesen werden sollte.

**112** Der Anspruch auf Rückauflassung setzt voraus, dass die Antragstellerin gegen den Antragsgegner einen Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks hat.

**113** Unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt steht der Antragstellerin jedoch ein solcher Anspruch zu. Die Voraussetzungen eines Anspruchs gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB liegen nicht vor. Der Kaufvertrag vom 03.07.2013 ist nicht unwirksam. Der Antragsgegner hat den Vertrag nicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossen. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die Antragstellerin diesen Vertrag konkludent genehmigt hat. Der Abschluss des Kaufvertrags vom 03.07.2013 war von der dem Antragsgegner erteilten Vollmacht vom 17.04.2013 gedeckt. Insoweit wird auf die Ausführungen unter Ziffer II. 2. verwiesen.

**114** Weder der Kaufvertrag noch die Erteilung der Vollmacht sind gemäß § 138 BGB nichtig. Insoweit wird auf die Ausführungen unter Ziffer II. 1. verwiesen.

**115** Schließlich sind auch weder die Vollmacht noch der Kaufvertrag durch Anfechtung gemäß § 142 BGB nichtig geworden. Wie unter Ziffer II. 3. ausgeführt, war die Antragstellerin nicht berechtigt, die am 17.04.2007 abgegebenen Erklärungen anzufechten. Auch hinsichtlich des Kaufvertrags vom 03.07.2013 fehlt ein Anfechtungsgrund.

**116** Der Antragstellerin steht auch schließlich der äußerst hilfsweise geltend gemachte Anspruch auf Rückübertragung des Grundstücks nicht zu. Ein solcher Anspruch kann nicht im Wege der Naturalrestitution gemäß § 280 Abs. 1, § 249 Abs. 1 BGB geltend gemacht werden. Der Antragsgegner war aus den bereits genannten Gründen im Außenverhältnis berechtigt, über das Grundstück der Antragstellerin zu verfügen. Aufgrund der ihm erteilten Vollmacht war er ebenfalls berechtigt, im Wege des Ingeschäfts einen Kaufvertrag über das Grundstück mit sich selbst zu schließen und dieses an sich aufzulassen. Insoweit unterlag er lediglich der Beschränkung, dass der Kaufpreis nicht an ihn, sondern an die Antragstellerin zahlbar gestellt werden müsse. Diese Vorgaben hat der Antragsgegner eingehalten.

**117** Der Antragsgegner hat eine sich aus dem Innenverhältnis ergebende Verpflichtung auch dann nicht verletzt, wenn er den Kaufvertrag ohne vorherige Absprache mit der Antragstellerin abgeschlossen hat. Eine solche Vorgabe ist in der Vollmachterklärung nicht enthalten. Auch sonst ist nicht konkret vorgetragen, dass die Antragstellerin dem Antragsgegner eine Weisung erteilt hätte, dass er nur nach vorheriger Absprache mit ihr das Grundstück verkaufen und veräußern dürfe.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



**118** Schließlich ergibt sich auch aus den Umständen des Einzelfalls nicht, dass der Antragsgegner gehalten gewesen wäre, über das Grundstück nur nach vorheriger Absprache mit der Antragstellerin zu verfügen. Eine solche Beschränkung ergibt sich insbesondere nicht aus den Nutzungsverhältnissen an der Immobilie. Unabhängig von der Eigentümerstellung stand aufgrund des dinglichen Wohnrechts die Nutzung des Gebäudes allein und ausschließlich dem Antragsgegner zu. Hieran hat sich durch die Veräußerung nichts geändert. Ebenfalls wird durch die Veräußerung die Rechtsfrage nicht berührt, inwieweit die Antragstellerin aus familienrechtlichen Gründen (§ 1361b BGB) gegen den Antragsgegner einen Anspruch auf Überlassung der Wohnräume zur weiteren Nutzung geltend machen kann.

**119** Letztlich sind auch keine wirtschaftlichen Interessen erkennbar, aufgrund derer der Antragsgegner davon ausgehen musste, dass er den Kaufvertrag und die Auflassung nur mit Zustimmung der Antragstellerin erklären konnte. Wie bereits ausgeführt, hat er das Grundstück zu dem von einem öffentlich bestellten und vereidigten – und auch von den Gerichten anerkannten – Sachverständigen ermittelten Verkehrswert erworben.

**120** Für die Antragstellerin erweist sich der Verkauf wirtschaftlich vorteilhaft. Durch den Verkauf konnte sie einen Kaufpreis i. H. v. 600.000 € realisieren. In Anbetracht der Belastung des Grundstücks wäre es wenig realistisch zu erwarten, dass das Grundstück an einen Dritten zu einem höheren Kaufpreis hätte veräußert werden können.

**121** Der Einwand der Antragstellerin, durch Verrechnung mit dem noch offenen Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens hätte sich ihr im Jahr 2007 bestehender Anspruch auf Zugewinnausgleich um 50.000 € von 550.000 € auf 500.000 € verringert, erweist sich als unzutreffend. Auch im Jahr 2007 bestand der Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens i. H. v. 100.000 €. Per Saldo stand der Antragstellerin aufgrund des Ehevertrags vom 17.04.2007 also ein Anspruch auf Zahlung von Zugewinnausgleich i. H. v. 450.000 € zu.

**122** Durch die Veräußerung der Immobilie hat sich dieser Wert auf 500.000 € erhöht.

**123** Ein anderes Ergebnis ist auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Ausübungskontrolle gerechtfertigt. Insoweit macht die Antragstellerin durch Bezugnahme auf ihr Vorbringen in dem Scheidungsverfahren, dessen Beziehung unter ausdrücklicher Bezugnahme auf den dortigen Vortrag die Antragstellerin beantragt hat, geltend, dass ihr durch die Veräußerung des Grundstücks die weiteren Wertsteigerungen des Grundstücks nicht mehr zufallen. Daher müsse der Ehevertrag vom 17.04.2007 dahingehend angepasst werden, dass sich die Rechtsfolgen nach den Regeln der Zugewinnngemeinschaft richten. Selbst wenn man dies als zutreffend unterstellt, führt dies jedenfalls nicht dazu, dass der Antragsgegner gehalten gewesen wäre, vor Abschluss des Kaufvertrags und der Auflassung die Zustimmung der Antragstellerin einzuholen. Im Wege des Zugewinnausgleichs würde die Antragstellerin an dem Wertzuwachs des Grundstücks auch dann partizipieren, wenn dieses formal dem Antragsgegner zugeordnet ist.

**124** Unabhängig davon liegen die Voraussetzungen für eine Anpassung des Vertrags aber auch nicht vor, da die Antragstellerin nicht dargelegt hat, dass sich Umstände, die die Beteiligten bei Abschluss des Vertrags vorausgesetzt haben, und die nicht in den Risikobereich der Antragstellerin fallen, wesentlich geändert haben. Die Veräußerung des Grundstücks im Wege des Inschlaggeschäfts zum Verkehrswert war bei Abschluss des Vertrags absehbar, da dieser Fall ausdrücklich in der dem Antragsgegner erteilten Vollmacht geregelt ist.

**125** Dass die Beteiligten wechselseitig an der Entwicklung des Werts ihres Vermögens mit Abschluss der Gütertrennung nicht mehr partizipieren, ist kein nachträglich eingetretener, nicht vorhersehbarer Umstand, sondern gerade das Ziel der Vereinbarung der Gütertrennung. Bei Abschluss des Vertrags war – das Vorbringen des Antragsgegners, das sich die Antragstellerin insoweit zu eigen macht – bekannt, dass der Antragsgegner aufgrund seiner geschäftlichen Tätigkeit in erheblichem Umfang gerichtlich in Anspruch genommen wurde. Dies haben die Beteiligten zum Anlass genommen, den bis zum Jahr 2007 erzielten Zugewinn zugunsten der Antragstellerin auszugleichen und ein Haus zu erwerben, das formal der Antragstellerin zugeordnet war, hinsichtlich dessen jedoch Befugnisse des Antragsgegners aufgrund des dinglichen Wohnrechts, der Vollmacht und – wirtschaftlich gesehen – des Darlehens erhalten blieben. Es entspricht der Risikoverteilung und dem Zweck dieses Vertrags, dass der Antragsgegner mit Wegfall dieser Risiken diese Befugnisse ausgeübt hat. Eine Korrektur der rechtsgeschäftlich vereinbarten Risikoverteilung durch nachträgliche Anpassung des Ehevertrags mit mittelbaren Auswirkungen auf die Rechtsgeschäfte, die in Ausübung des Ehevertrags abgeschlossen wurden, einschließlich der Vollmacht und des ihr zugrunde liegenden Auftragsverhältnisses, erscheint daher nicht veranlasst.

(...)

## Bürgerliches Recht

### ERBRECHT

#### 11. Adoptivkinder als testamentarisch eingesetzte Nacherben

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 05.03.2024, 21 W 80/23

BGB §§ 1772, 1924, 2069, 2084, 2100  
FamFG § 352b

#### LEITSÄTZE:

1. **Beruft der Erblasser ausdrücklich die Abkömmlinge seiner leiblichen Kinder als Nacherben, so umfasst dies mangels konkreter Anhaltspunkte für einen davon abweichenden Erblasserwillen jedenfalls auch solche als Volljährige an Kindes statt angenommenen Adoptivkinder, die mit den Wirkungen einer Minder-**



jährigen Adoption (§ 1772 BGB) adoptiert worden waren.

2. Zur Fassung des Nacherbenvermerks bei noch offenem Kreis der als Nacherben berufenen Abkömmlinge des Erblassers.
3. Setzt der Erblasser mehrere Vorerben ein, muss der Erbschein nicht darauf hinweisen, dass der Erblasser einem der Vorerben einen Vermögensgegenstand (hier: Betriebsvermögen) als Vorausvermächtnis zugewendet hatte.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Erblasser ist mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Stadt 1 dort am XX.XX.1986 verstorben.

2 Bei dem Beteiligten zu 1 und seinem am XX.XX.2002 vorverstorbenen Bruder Vorname 1 Vorname 2 Nachname 1 handelt es sich um die einzigen Abkömmlinge des Erblassers.

3 Mit notariellem Testament vom 19.12.1978 (UR-Nr. [...]) des Notars A, Stadt 1) ordnete der Erblasser u. a. Folgendes an:

4 „Ich setze meine beiden Söhne Vorname 3 Nachname 1 und Vorname 1 Nachname 1 als Vorerben je zur Hälfte ein.

5 Nacherben jeder meiner beiden Söhne sollen zu gleichen Teilen die Abkömmlinge meiner beiden Söhne Vorname 1 und Vorname 3 zu gleichen Teilen <in der Originalurkunde gestrichen> sein.“

6 Ferner setzte der Erblasser zugunsten der beiden Ehefrauen der Söhne im Falle eines Todes der Söhne als Vermächtnis jeweils unentgeltliche Wohnrechte zu ihren Gunsten aus. Des Weiteren wurde dem Beteiligten zu 1 als Vorausvermächtnis das von dem Erblasser betriebene Baugeschäft zugewendet.

7 Das seinerzeit eingereichte Nachlassverzeichnis (...) hat einen Reinwert des Nachlasses von 400.853 DM ausgewiesen.

8 Im Zeitpunkt des Todes des Erblassers waren die Beteiligten zu 2 sowie ihre Brüder Vorname 4 Nachname 1 und Vorname 5 Nachname 1 als Abkömmlinge des sodann nachverstorbenen Bruders des Beteiligten zu 1 vorhanden.

9 Der Bruder ist bei seinem Ableben am XX.XX.2002 gemäß Erbschein vom 18.04.2002 (...) zu ½ von seiner überlebenden Ehefrau und zu je ¼ von der Beteiligten zu 2 und ihren Geschwistern beerbt worden.

10 Der Beteiligte zu 1 hat gemäß Beschluss des AG – Familiengerichts – Frankfurt a. M. vom 07.04.2022 (...) die einer früheren Beziehung seiner Ehefrau entstammenden, im Zeitpunkt der Adoption 58 bzw. 59 Jahre alten Stiefkinder Vorname 6 Nachname 2, geb. Nachname 1 sowie Vorname 7 Nachname 2-Nachname 1, geb. Nachname 1 mit den Wirkungen der Annahme eines Minderjährigen adoptiert.

11 Mit notariell beurkundetem Antrag vom 12.04.2022 (...) hat der Beteiligte zu 1 dargelegt, dass nach dem Tod seines

Bruders in Bezug auf dessen Hälfte der Nacherbfall eingetreten sei, wobei die zum Todeszeitpunkt vorhandenen Abkömmlinge des Beteiligten zu 1 Nacherben des Erblassers zu je ½ geworden seien. In Bezug auf die ihm, dem Beteiligten zu 1, zustehende Hälfte sei der Nacherbfall noch nicht eingetreten. Als Nacherben seien seine in dem Erbscheinsantrag benannten beiden Adoptivkinder anzusehen.

12 Der Beteiligte zu 1 hat beantragt, ihm als Vorerbe des Erblassers einen Erbschein unter namentlicher Benennung seiner beiden Adoptivkinder als Nacherben nach seinem Tod auszustellen.

13 Die Beteiligte zu 2 ist dem Erbscheinsantrag entgegengetreten. Es könne nicht davon ausgegangen werden, dass der in dem Testament mit „Abkömmlinge“ der Söhne des Erblassers umschriebene Kreis der Nacherben des Erblassers auch Adoptivkinder des Beteiligten zu 1 umfassen solle, wie dies mit dem von dem Beteiligten zu 1 beantragten Nacherbenvermerk geltend gemacht worden sei. Der Erblasser habe vielmehr bei familiären Zusammenkünften und bis kurz vor seinem Tod zu verstehen gegeben, dass das Vermögen in seiner leiblichen Familie bleiben und daher nur leibliche Abkömmlinge seiner Söhne und nicht Adoptivkinder als Nacherben in Betracht kämen. Zudem sei die von dem Erblasser angeordnete Nacherbfolge in Abweichung zu dem Erbscheinsantrag dahin zu verstehen, dass im Falle des Todes eines der beiden Söhne des Erblassers die Abkömmlinge beider Söhne und nicht nur des verstorbenen Sohns zu Nacherben bestimmt worden seien.

14 Das Nachlassgericht hat die Beteiligten angehört und den Bruder Vorname 5 Nachname 1 der Beteiligten zu 2 als Zeugen angehört (...).

15 Mit angefochtenem Beschluss vom 30.03.2023 (...) hat es die zur Erteilung des von dem Beteiligten zu 1 beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Die Erteilung des Erbscheins ist bis zur Rechtskraft der Entscheidung zurückgestellt worden. Zur Begründung hat das Nachlassgericht dabei ausgeführt, dass vom Wortlaut des Testaments ausgehend unter dem dort verwendeten Begriff des Abkömmlings auch Adoptivkinder des jeweiligen Vorerben zu verstehen seien. Äußere Umstände, wonach Adoptivkinder aus dem Kreis der zu Nacherben bestimmten Abkömmlinge ausgeschlossen bleiben sollten, seien der Beweisaufnahme und dem übrigen Vorbringen der Parteien nicht zu entnehmen.

16 Gegen den ihren damaligen Verfahrensbevollmächtigten am 06.04.2023 (...) zugestellten Beschluss hat die Beteiligte zu 2 mit am 03.05.2023 (...) bei dem Nachlassgericht eingereichten Schriftsatz Beschwerde eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 31.05.2023 begründet. Die letztwillige Verfügung des Erblassers müsse im Zusammenhang mit der gesamten Familiengeschichte und insbesondere dem vorausgegangenen Testament der Mutter des Erblassers vom 08.11.1960 gesehen werden. Daraus ergebe sich ein durchgehend verfolgtes Bemühen, eine im seinerzeitigen Familienbesitz stehende Immobilien Straße 1 auch künftig im angestammten Familienkreis zu halten. Die letztwillige Verfügung des Erblassers habe sich an diese Verfügung



angelehnt. Sie müsse daher mit Blick auf diese Zielrichtung des Testaments der Mutter hin ausgelegt werden.

**17** Soweit Adoptivkinder in dem Testament des Erblassers nicht ausdrücklich ausgeschlossen worden seien, dürfe auf den Wortlaut des Testaments kein erhöhtes Gewicht gelegt werden. Es habe sich zwar um ein notarielles Testament gehandelt. Die zugunsten der Ehefrauen der Söhne des Erblassers ausgesetzten Vermächtnisse seien aber rechtsunwirksam. Damit sei auch für die Klausel zur Nacherbfolge zweifelhaft, ob der Erblasserwille darin von dem Notar zutreffend niedergelegt worden war. Zudem habe der Erblasser einige Jahre vor seinem Tod erklärt, dass die Ehefrau des Beteiligten zu 1 und dessen Kinder nichts erhalten würden. Jedenfalls habe die erst 2022 erfolgte Adoption seiner Stiefkinder durch den Beteiligten zu 1 allein den Zweck einer Verbesserung der Position des Beteiligten zu 1 bei Auseinandersetzungen mit den übrigen Mitberechtigten an dem Anwesen Straße 1 verfolgt. Mit einer Adoption zu diesem Zweck und Zeitpunkt habe der Erblasser bei Testamentserrichtung nicht gerechnet. Die Regelungslücke des Testaments müsse durch die Annahme geschlossen werden, dass der Erblasser in diesem Fall die Nacherbfolge auf seine leiblichen Abkömmlinge beschränkt hätte. Zudem habe sich das Nachlassgericht nicht mit der Frage auseinandergesetzt, warum von einer Nacherbfolge nach Stämmen ausgegangen werden dürfe. Nach dem Testamentwortlaut seien bei dem Tod des einen der zu Vorerben bestimmten Söhne neben seinen Abkömmlingen auch die Abkömmlinge des anderen Sohnes als Nacherben eingesetzt worden, sodass sich die Nacherbfolge bei Ableben des Beteiligten zu 1 auch auf die Beteiligte zu 2 und ihre Geschwister beziehe.

**18** Der Beteiligte zu 1 verteidigt die angegriffene Entscheidung unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vorbringens.

**19** Der Senat hat den Antragsteller mit Verfügung des Vorsitzenden vom 05.07.2023 (...) um Klarstellung gebeten, ob der Antrag vom 12.04.2022 als Antrag auf Erteilung eines Teilerbscheins oder als Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins aufzufassen sei und auf Bedenken gegen die beantragte namentliche Benennung der Nacherben in dem beantragten Erbschein hingewiesen.

**20** Der Beteiligte zu 1 hat mit Schriftsatz vom 07.08.2023 (...) mitgeteilt, es werde von ihm die Erteilung eines Teilerbscheins hinsichtlich der Vorerbschaft des Beteiligten zu 1 und der Nacherbschaft nach seinem Tode begehrt. Der Erbschein solle ohne namentliche Bezeichnung der Nacherben erteilt werden. Vielmehr seien die Nacherben abstrakt als leibliche und adoptierte Abkömmlinge des Beteiligten zu 1 zu bezeichnen. Dies sei schon in dem Antrag vom 12.04.2022 enthalten gewesen.

**21** Ferner ist der Beteiligte zu 1 dem Vorbringen der Beteiligten zu 2 zur Vorgeschichte des 1978 von dem Erblasser errichteten Testaments entgegengetreten.

**22** Die Beteiligte zu 2 hat mit Schriftsatz vom 04.09.2023 (...) ihr bisheriges Vorbringen vertieft und insbesondere geltend gemacht, dass das Testament des Erblassers nach seinem Ableben über viele Jahre hinweg bis zum Ableben des Bru-

ders des Beteiligten zu 1 im Jahre 2002 im Sinne einer alleinigen Nacherbfolge der leiblichen Abkömmlinge der Söhne des Erblassers aufgefasst und praktiziert worden sei. Dies habe sich insbesondere daran gezeigt, dass die Beteiligte zu 2 vor dem Hintergrund ihrer zu erwartenden Nacherbschaft kostenfrei die Hausverwaltung des Anwesens Straße 1 übernommen habe, während sich der Beteiligte zu 1 darauf getätigte Aufwendungen aus Handwerkertätigkeiten habe bezahlen lassen. Dem habe ersichtlich zugrunde gelegen, dass das Hausgrundstück bei kinderlosem Versterben des Beteiligten zu 1 sodann allein an die Beteiligte zu 2 und ihre Geschwister als Abkömmlinge seines vorverstorbenen Bruders fallen werde.

**23** II. 1. Die gemäß § 58 FamFG statthafte Beschwerde der Beteiligten zu 2 ist zulässig und insbesondere gemäß § 63 FamFG fristgerecht bei dem Nachlassgericht eingegangen. Die Beteiligte zu 2 ist gemäß § 59 FamFG als Erbprätendentin beschwerdebefugt (vgl. Sternal/*Jokisch*, FamFG, 2023, § 59 FamFG Rdnr. 78).

**24** 2. In der Sache bleibt der Beschwerde auf der Grundlage der im Beschwerderechtszug mit Schriftsatz des Beteiligten zu 1 vom 07.08.2023 (...) erfolgten Klarstellungen des Antrags ein Erfolg versagt.

**25** a) Von dem Beteiligten zu 1 ist mit seiner Antragsklarstellung vom 07.08.2023 (...) zureichend berücksichtigt worden, dass eine namentliche Benennung seiner beiden derzeit vorhandenen Adoptivkinder als Nacherben innerhalb des Nacherbenvermerks des von ihm beantragten Erbscheins zu unterbleiben hat.

**26** Zwar hat die Bezeichnung des Nacherben so genau wie möglich zu erfolgen, sofern er schon derzeit seiner Person nach feststeht (vgl. BayObLGZ 1982, 282; BeckOGK-BGB/*Küpper*, § 2100 Rdnr. 244). Hat der Erblasser allerdings die bei seinem Ableben vorhandenen Abkömmlinge ohne namentliche Bezeichnung der Abkömmlinge in seinem Testament als Nacherben bestimmt, so sind die Nacherben bis zum Ableben des Vorerben auch insoweit als unbekannt anzusehen, als es sich um im Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers schon vorhandene und ihrer Identität nach bekannte Abkömmlinge des jeweiligen Vorerben handelt. Denn wer endgültig als Nacherbe berufen ist, steht in diesem Fall erst im Zeitpunkt des Nacherbfalls endgültig fest (vgl. BayObLG, FamRZ 1991, 1114, 1116). Der Nacherbenvermerk muss daher ohne namentliche Bezeichnung der derzeit schon vorhandenen möglichen Nacherben eine möglichst genaue abstrakte Beschreibung der wesentlichen Merkmale für die Identifizierung der Nacherben im Zeitpunkt des künftigen Nacherbfalls enthalten (vgl. Burandt/*Rojahn/Gierl*, Erbrecht, 2023, § 352b FamFG Rdnr. 12; Sternal/*Zimmermann*, FamFG, § 352b Rdnr. 9, Grüneberg/*Weidlich*, 2024, Vor § 2100 BGB Rdnr. 13).

**27** Die Auslegung des ursprünglichen Antrags ergibt dabei, dass die Erteilung eines Antrags mit diesem Inhalt bei zutreffendem Verständnis bereits mit dem ursprünglichen Antrag vom 12.04.2022 als hilfsweise darin mitenthaltenes Minus beantragt worden ist. Durch den Schriftsatz des Beteiligten zu 1 vom 07.08.2023 (...) ist nur zusätzlich klarge-

stellt worden, dass eine solche Auslegung des Antrags vom Willen des Antragstellers gedeckt ist.

**28** Ergibt die Auslegung des Antrags, dass der Antragsteller hilfsweise zu dem nicht bewilligungsfähigen Antragsziel seines Hauptantrags als darin mitenthaltenes Weniger einen Erbschein mit bewilligungsfähigem Inhalt begehrt, steht einem Erfolg seines damit schon erstinstanzlich gestellten Antrags nicht entgegen, dass in der Beschwerdeinstanz vor dem OLG eine Antragsänderung unter Einschluss der erstmaligen Einführung eines erstinstanzlich noch nicht gestellten Hilfsantrags allenfalls in engen Grenzen als zulässig angesehen werden kann (vgl. OLG Frankfurt a. M., FamRZ 2016, 748, juris Rdnr. 44 ff.).

**29** Die Auslegung der Stellungnahme des Antragstellers vom 07.08.2023 (...) zu dem Hinweis des Vorsitzenden vom 05.07.2023 ergibt dabei zugleich, dass der Antragsteller seinen gemäß diesem Hinweis voraussichtlich nicht bewilligungsfähigen Hauptantrag auf namentliche Benennung der Nacherben auch selbst nicht mehr weiterverfolgen möchte. Dies ist als Rücknahme des Hauptantrags zu werten, so dass seither allein der Hilfsantrag auf Erteilung eines Erbscheins ohne namentliche Benennung der Nacherben zur Entscheidung gestellt worden ist.

**30 b)** Um eine bloße Klarstellung des Ziels des ursprünglichen Antrags vom 12.04.2022 handelt es sich auch, soweit der Beteiligte zu 1 mit seinem Schriftsatz vom 07.08.2023 (...) auf Anfrage des Senats hin bestätigt hat, dass von ihm allein die Erteilung eines Teilerbscheins beantragt worden ist.

**31** Zwar hatte der Beteiligte zu 1 in Abschnitt II seines Erbscheinsantrags vom 12.04.2022 in der rechtlichen Begründung für seinen sodann unter IV. formulierten Antrag auch Erwägungen zur Nacherbfolge nach seinem verstorbenen Bruder angestellt. Jedoch war die konkrete Antragstellung unter IV. seines Erbscheinsantrags von Anfang an im Sinne eines Antrags auf Erteilung eines Teilerbscheins zu verstehen. Von dem Beteiligten zu 1 ist dort allein die Erteilung eines Erbscheins als Vorerbe des Erblassers unter Angabe seiner Abkömmlinge als Nacherben, aber nicht auch zugunsten der als Nacherben des Bruders berufenen Abkömmlinge beantragt worden, wie dies einem Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins für alle Miterben gemäß § 352a FamFG entsprechen würde.

**32 c)** Der Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 in Verbindung mit der Klarstellung vom 07.08.2023 legt zutreffend zugrunde, dass von dem Erblasser als Nacherben des Beteiligten zu 1 auch Adoptivkinder des Beteiligten zu 1 berufen worden sind.

**33** Der von dem Erblasser in seinem Testament vom 29.12.1978 verwendete Begriff des Abkömmlings ist allerdings mangels einer ausdrücklichen Klarstellung, ob von dem Begriff eines Abkömmlings der als Vorerben eingesetzten Söhne neben leiblichen Abkömmlingen auch Adoptivkinder erfasst werden sollten, der Auslegung bedürftig. Diese führt jedoch zu dem Ergebnis, dass der Erblasser auch Adoptivkinder seiner beiden Söhne als Erben berufen wollte.

**34 aa)** Die Testamentsauslegung hat zum Ziel, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen. Dieser ist jedoch nicht bindend. Vielmehr sind der Wortsinn und die vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten hat sagen wollen und ob er mit ihnen genau das wiedergegeben hat, was er zum Ausdruck bringen wollte (BGH, NJW 1993, 256 m. w. N.). Maßgeblich ist insoweit allein sein subjektives Verständnis der von ihm verwendeten Begriffe (BGH, FamRZ 1987, 475, 476; Grüneberg/*Weidlich*, § 2084 Rdnr. 1). Zur Ermittlung des Inhalts der testamentarischen Verfügungen ist der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher außerhalb des Testaments, heranzuziehen und zu würdigen (BGH, NJW 1993, 256 m. w. N.). Solche Umstände können vor oder auch nach der Errichtung des Testaments liegen. Dazu gehört das gesamte Verhalten des Erblassers, seine Äußerungen und Handlungen (Grüneberg/*Weidlich*, § 2084 Rdnr. 2 m. w. N.), jedoch müssen sich mit Blick auf die Formerfordernisse des § 2247 BGB für einen entsprechenden Willen des Erblassers in der letztwilligen Verfügung – wenn auch nur andeutungsweise – Anhaltspunkte finden lassen (vgl. BGHZ 80, 242, 244; BGHZ 86, 41; Grüneberg/*Weidlich*, § 2084 Rdnr. 4).

**35 bb)** Wird hiernach von dem Wortlaut der Verfügung des Erblassers ausgegangen, so unterliegt jedenfalls die Berufung solcher Adoptivkinder des Beteiligten zu 1 als Nacherben keinen Zweifeln, die auch gemäß § 1924 BGB als gesetzliche Erben des Nacherben in Betracht kommen würden, wie dies insbesondere auch auf mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption adoptierte volljährige Adoptivkinder zutrifft.

**36 (1)** Für eine solche Auslegung spricht maßgeblich schon der Wortlaut des Testaments, wenn dort als Nacherben die Abkömmlinge der Söhne berufen worden sind.

**37** Setzt der Erblasser Abkömmlinge des Vorerben als Nacherben ein, kann zur Auslegung des Begriffs eines Abkömmlings ergänzend auf § 2069 BGB zurückgegriffen werden, wonach im Zweifel mit dem Begriff des Abkömmlings die nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge als Erben berufenen Kinder als Erben eingesetzt worden sind (vgl. OLG Hamm, Rpfleger 1969, 278). Gesetzliche Erben des Erblassers sind nach der seit 01.01.1977 und damit schon bei Testamenterrichtung im Jahre 1978 maßgeblichen Rechtslage neben im Zeitpunkt der Adoption minderjährigen Adoptivkinder auch durch Beschluss des Familiengerichts gemäß § 1772 BGB mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption adoptierte Volljährige (vgl. Grüneberg/*Weidlich*, § 1924 Rdnr. 11).

**38** Werden von dem Erblasser die Abkömmlinge eines seiner Kinder als Nacherben eingesetzt, ist deshalb mangels eines anderen feststellbaren Willens des Erblassers davon auszugehen, dass davon jedenfalls auch die gesetzlich erbberechtigten Adoptivkinder des jeweiligen Vorerben umfasst sein sollen (vgl. Grüneberg/*Weidlich*, § 2100 Rdnr. 6). Eine andere Beurteilung kommt grundsätzlich erst in Betracht, wo der Erblasser die Nacherbfolge ausdrücklich auf





leibliche Abkömmlinge begrenzt hatte (vgl. OLG Düsseldorf, FamRZ 2015, 446).

**39** Zweifelhaft kann allenfalls sein, ob der Erblasser unter dem Begriff eines Abkömmlings auch solche Fälle einer Volljährigenadoption erfasst sehen wollte, die mangels einer nach § 1772 BGB ergangenen Gleichstellungsanordnung des Familiengerichts kein gesetzliches Erbrecht vermitteln würden und demzufolge auch bei Anwendung der für die Auslegung des Begriffs eines „Abkömmlings“ in einem Testament jedenfalls dem Rechtsgedanken nach anwendbaren Vorschrift des § 2069 BGB nicht als erbberechtigt anzusehen wären (vgl. BayObLG 1984, 246).

**40** Diese Frage stellt sich hier jedoch nicht. Hinsichtlich der Stiefsöhne des Beteiligten zu 1 liegt eine das gesetzliche Erbrecht vermittelnde Volljährigenadoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption vor. Ein auf Einbezug auch gesetzlich nicht erbberechtigter Adoptivkinder gerichteter Wille des Erblassers ist nicht ersichtlich. Dann erscheint es nicht erforderlich, in dem Nacherbenvermerk des Erbscheins gesondert hervorzuheben, dass die Nacherbfolge sich auf gesetzlich erbberechtigte Adoptivkinder beschränkt, also im Falle der Volljährigenadoption eine Gleichstellungsanordnung des Familiengerichts nach § 1772 BGB erfordert. Denn dies ergibt in erbrechtlichen Zusammenhängen schon das übliche, von der Vorschrift des § 2069 BGB geprägte Verständnis des Begriffs eines Abkömmlings. Auch würde der Nacherbenvermerk überfrachtet, wenn man stets verlangen wollte, dass darin bei Verwendung des Begriffs eines Abkömmlings auf alle theoretisch denkbaren Fallgestaltungen einer durch Adoption vermittelten Elternschaft eingegangen und klargestellt wird, inwiefern sie für eine Nacherbfolge in Betracht kommen.

**41 (2)** Es lässt sich nicht feststellen, dass von dem Erblasser entgegen dem üblichen Verständnis des Begriffs eines Abkömmlings eine Beschränkung der Nacherbfolge auf leibliche Abkömmlinge unter Ausschluss der gesetzlich erbberechtigten Adoptivkinder seiner Söhne gewollt gewesen sein soll.

**42** Gemäß üblichem Sprachgebrauch werden von dem Begriff eines Abkömmlings in erbrechtlichen Zusammenhängen auch Adoptivkinder erfasst (vgl. OLG München, NJW-RR 2014, 1161; BayObLGZ 1959, 493, 495 ff.). Die Stiefkinder waren von der Ehefrau des Erblassers aus einer früheren Beziehung mit einem anderen Partner in die Ehe eingebracht worden. Dass der Erblasser ihre Adoption durch den Beteiligten zu 1 von vornherein sittlich missbilligt hätte, wie dies für die Adoption eines außerehelich gezeugten Kindes durch seinen Vater in Betracht kommen mag, sofern der jeweilige Erblasser in starkem Ausmaß traditionellen Wertvorstellungen verhaftet ist (vgl. OLG Düsseldorf, FamRZ 2015, 445, juris Rdnr. 27), liegt fern und ist auch von der Beteiligten zu 2 nicht geltend gemacht worden.

**43** Die Darstellung der Beteiligten zu 2, dass nach den für die Testamenterrichtung maßgeblichen Vorstellungen des Erblassers „das Gut nach dem Blute fließen“ und die Beschränkung der Erbfolge auf leibliche Abkömmlinge seiner Söhne ein für ihn bei der Testamenterrichtung leitender

Gesichtspunkt gewesen sein soll, hat auch durch die Beweiserhebung vor dem Nachlassgericht keine Bestätigung gefunden. Insoweit kann der Senat auf die zutreffende Beweiswürdigung in dem Beschluss des Nachlassgerichts (...) Bezug nehmen und macht sie sich zu eigen.

**44** Ein Anhaltspunkt für eine auf den Ausschluss von Adoptivkindern, insbesondere der nunmehr von dem Beteiligten zu 1 adoptierten Stiefkinder gerichtete Willensrichtung des Erblassers ergibt sich auch nicht aus den von der Beteiligten zu 2 in ihrer Beschwerdebegründung ergänzend geschilderten Äußerungen des Erblassers, dass die Ehefrau des Beteiligten zu 1 und ihre Kinder nichts erhalten sollten. Die Erhebung der dazu angebotenen Beweise kann unterbleiben. Die Behauptungen der Beteiligten zu 2 sind unerheblich. Sie lassen nicht die Schlussfolgerungen zu, welche die Beteiligte zu 2 daraus gezogen sehen möchte.

**45** Zu Lebzeiten des Erblassers hatte der Beteiligte zu 1 seine Stiefkinder noch nicht adoptiert. Damit entsprach es von vornherein dem Inhalt des 1978 errichteten Testaments, dass sie mangels einer Änderung dieses Testaments bei Ableben des Beteiligten zu 1 nicht zur Nacherbfolge gelangen würden. Die Äußerung, dass sie nichts erhalten sollten, kann damit ohne Weiteres auch dahin verstanden werden, dass der Erblasser nicht die Absicht hatte, die Stiefkinder seines Sohnes auch ohne Adoption als Erben oder Nacherben einzusetzen. Zudem sind die in Frage stehenden Äußerungen des Erblassers in deutlichem Zeitabstand zu dem 1978 errichteten Testament und ohne konkreten Bezug zu dem Testamentwortlaut und der Frage gefallen, wie der Erblasser den dortigen Begriff eines Abkömmlings verstehen wollte.

**46** Ebenso wenig ergibt sich ein Rückschluss darauf, dass der Erblasser bei Errichtung seines Testaments unter den zur Nacherbfolge berufenen Abkömmlingen des jeweiligen Sohnes auch etwa vorhandene Abkömmlinge seines Bruders verstanden haben soll, hier daraus, dass die Beteiligte zu 2 nach ihrem Vorbringen die Verwaltung des nachlasszugehörigen Hausgrundstücks kostenlos übernommen hat, während der Beteiligte zu 1 von ihm an dem Hausgrundstück erbrachte Handwerkstätigkeiten gegenüber der Miterbengemeinschaft in Rechnung gestellt hat. Eine ausdrückliche Auslegungsabrede ist zwischen den Beteiligten bereits nicht zustande gekommen. Das bei der Nachlassregelung stillschweigend zugrunde gelegte Verständnis eines Testaments durch die Erben bietet von vornherein nur begrenzten Aufschluss für den maßgeblichen Willen des Erblassers. Jedenfalls muss auch der von der Beteiligten zu 2 dargestellten Handhabung weder zwingend noch nahelegend eine übereinstimmende Auffassung der Beteiligten zugrunde gelegen haben, dass die Nacherbschaft bei Ableben des Beteiligten zu 1 ohne leibliche Kinder sodann den Abkömmlingen seines Bruders als von dem Erblasser testamentarisch nach dem Beteiligten zu 1 eingesetzte Nacherben zustehen soll.

**47** Dass der beurkundende Notar den Willen des Erblassers hinsichtlich der Voraussetzungen für den Eintritt der Nacherbfolge bei Verwendung des Begriffs eines „Abkömmlings“ aus sonstigen Gründen grundlegend unzutreffend



erfasst haben soll, liegt ebenfalls fern. Dies wird entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2 auch nicht dadurch nahegelegt, dass der beurkundende Notar eine Unwirksamkeit der für die Ehefrauen ausgesetzten Vermächtnisse übersehen habe. Die Unwirksamkeit soll nach Darstellung der Beteiligten zu 2 daraus folgen, dass sich das als Vermächtnis zugewendete Wohnrecht auf ein nicht im Alleineigentum des Erblassers stehendes, sondern einer aus ihm und weiteren Beteiligten bestehenden Erbengemeinschaft bezogen hat. Dies macht ein Vermächtnis jedoch nicht unwirksam, sondern legt die Prüfung nahe, ob das Vermächtnis als Verschaffungsvermächtnis bestehen bleiben kann (vgl. Grüneberg/*Weidlich*, § 2169 Rdnr. 2). Zudem würde ein dem Notar bei der Protokollierung des Vermächtnisses unterlaufener Fehler noch keinen naheliegenden Rückschluss zulassen, dass er deshalb den Erblasserwillen auch bei Verwendung des Begriffs eines Abkömmlings im Zusammenhang mit der zu den ausgesetzten Vermächtnissen selbstständigen Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft fehlerhaft aufgefasst haben soll.

**48** Eine auf den Ausschluss von Adoptivkindern gerichtete Willensrichtung des Erblassers lässt sich ferner auch nicht daraus herleiten, dass es nach Darstellung der Beteiligten zu 2 die Absicht des Erblassers gewesen sein soll, das nachlasszugehörige Immobilienvermögen in der Familie zu halten. Denn zur Familie im Rechtssinne gehören neben den leiblichen grundsätzlich auch die Adoptivkinder des jeweiligen Elternteils. Der Nachlass gelangt damit nicht schon deshalb in die Hände familienfremder Dritter, weil er an ein Adoptivkind von Abkömmlingen des Erblassers fällt.

**49** Für eine auf Ausschluss adoptierter Kinder von der Erbfolge ausgerichtete Willensrichtung des Erblassers bietet dabei auch das nach Darstellung der Beteiligten zu 2 für das 1978 von dem Erblasser errichtete Testament vorbildhafte Testament seiner Mutter vom 08.11.1960 (...) keinerlei Anhaltspunkte. Vielmehr sind dort die Abkömmlinge des nunmehrigen Erblassers gerade ohne erkennbare Beschränkung auf leibliche Kinder als Ersatzerben eingesetzt worden. Zudem hat auch die Beteiligte zu 2 nicht dargestellt, dass bei Errichtung des Testaments der Mutter im Jahre 1960 in der Familie überhaupt Adoptivkinder vorhanden waren, für die von der testierenden Mutter über ihren Einbezug in die testamentarische Erbfolge zu entscheiden gewesen wäre.

**50** Auch für eine ergänzende Auslegung des Testaments dahin, dass unter den Begriff eines Abkömmlings nach den Vorstellungen des Erblassers jedenfalls nicht auch solche Adoptivkinder fallen sollten, die als Volljährige und nach dem Ableben des Erblassers von seinen Söhnen adoptiert worden waren, fehlt es an zureichenden Anhaltspunkten. Eine das gesetzliche Erbrecht vermittelnde Adoption eines Volljährigen mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption kommt nur unter den in § 1772 Satz 1 BGB näher umschriebenen Voraussetzungen in Betracht. Die dort geregelten Fälle haben gemeinsam, dass die Adoption nach allgemeiner Anschauung als sittlich gerechtfertigt erscheint (vgl. Gernhuber/*Coester-Waltjen*, Familienrecht, 2020, § 71 Rdnr. 4). Der Gesetzgeber wollte diejenigen Fallgestaltun-

gen erfassen, bei denen das schon bestehende Näheverhältnis zum volljährigen Adoptivkind einer zusätzlichen Verfestigung durch Volladoption bedarf (vgl. BT-Drucks. 7/3061, S. 55 f.). Es liegt dann fern, dass der Erblasser sich gegen einen Einbezug auch solcher Adoptivkinder entschieden hätte, die zwar als Erwachsene und nach seinem Ableben, aber gemäß § 1772 BGB mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption an Kindes statt angenommen worden waren.

**51** Der Beteiligten zu 2 kann nicht darin gefolgt werden, dass hier deshalb von einer solchen abweichenden Willensrichtung des Erblassers ausgegangen werden müsse, weil die Adoption der Kinder der Ehefrau erst 2022 und damit zu einem Zeitpunkt erfolgt war, als die adoptierten Kinder jeweils 58 und 60 Jahre alt waren und jedenfalls dies nicht dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entsprochen hätte, wenn er eine solche Entwicklung vorhergesehen hätte. Ein naheliegender Anlass für die Adoption durch den im Adoptionszeitpunkt 80 Jahre alten Beteiligten zu 1 lag schon in dem Anliegen, angesichts des vorgerückten Alters des Erblassers und seiner Stiefsöhne nunmehr für ihre umfassende erbrechtliche Absicherung zu sorgen. Damit fehlt zugleich eine Grundlage für die Annahme, dass der Erblasser eine Herausnahme der Stiefkinder des Beteiligten zu 1 und 2 aus der Nacherbfolge angeordnet hätte, wenn von ihm die Möglichkeit einer solchen Spätadoption der Stiefkinder vorhergesehen worden wäre. Es erschließt sich nicht, warum sie von dem Erblasser von vornherein anders bewertet worden wäre, als der Fall der Adoption eines minderjährigen Kindes durch einen seiner Söhne und nach seinem Ableben.

**52** Dass der bis dahin kinderlos gebliebene Beteiligte zu 1 seine Stiefkinder allein deshalb adoptiert haben soll, um durch Ermöglichung einer Nacherbfolge zugleich zu verhindern, dass sein Erbe mit seinem Ableben ganz oder teilweise in den Stamm seines Bruders fällt, liegt dabei auch dann fern, wenn die in zeitlicher Nähe zur Adoption aufgekommenen Streitigkeiten des Beteiligten zu 1 mit der Beteiligten zu 2 und ihren Geschwistern über die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft nach dem vorverstorbenen Erblasser berücksichtigt werden. Jedenfalls ließe sich nicht mit der für eine ergänzende Testamentsauslegung gebotenen Gewissheit feststellen, ob der Erblasser jedenfalls für diesen Fall von einer Einsetzung der Abkömmlinge des Beteiligten zu 1 als Nacherben abgesehen hätte. Es versteht sich keineswegs von selbst, dass ein Erblasser jedenfalls dann von der von ihm angeordneten Erbeinsetzung abgesehen hätte, wenn von ihm vorhergesehen worden wäre, dass es nach seinem Ableben zu Streitigkeiten zwischen dem von ihm begünstigten Erben und dessen Miterben kommt.

**53 cc)** Der Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 ist auch nicht deshalb zu beanstanden, weil darin von einer Nacherbfolge allein der Abkömmlinge des Beteiligten zu 1 ausgegangen wird. Vielmehr legt der Beteiligte zu 1 zutreffend zugrunde, dass die Nacherbschaft nach den Anordnungen des Erblassers nur den eigenen Abkömmlingen des jeweils verstorbenen Sohnes und nicht auch den bei seinem Ableben vorhandenen Abkömmlingen des Bruders anfällt.



**54** Die von der Beteiligten zu 2 vertretene Auslegung der Anordnungen des Erblassers dahin, dass bei Versterben des einen der beiden als Vorerbe eingesetzten Söhne so- dann neben seinen eigenen Abkömmlingen auch mögliche Abkömmlinge seines Bruders als Nacherben des verstor- benen Sohnes eingesetzt werden sollten, liegt fern. Daran ändert auch nichts, dass die Begrenzung der Nacherbfolge auf die jeweils eigenen Abkömmlinge der Söhne des Erb- lassers in dem Testament nicht ausdrücklich durch einen sinngemäßen Zusatz klargestellt worden ist, dass nur die Abkömmlinge des jeweils verstorbenen Sohnes als seine Nacherben eingesetzt worden sind.

**55** Dass sich die Nacherbfolge jeweils auf die eigenen Ab- kömmlinge des verstorbenen Sohnes beschränken sollte, ist von dem Erblasser bei verständiger Auslegung seiner Anordnungen hinreichend bereits durch die Formulierung zum Ausdruck gebracht worden, dass Nacherben „jeder“ seiner Söhne „zu gleichen Teilen“ die Abkömmlinge seiner beiden Söhne sein sollten. Von dem Erblasser war ersicht- lich eine Gleichbehandlung beider Stämme auch innerhalb der Nacherbfolge und damit eine Begrenzung auf die Ab- kömmlinge des jeweils verstorbenen Vorerben beabsich- tigt. Dem würde es von vornherein zuwiderlaufen, wenn die Nacherbfolge nach dem Tod des einen Sohnes neben sei- nen eigenen Abkömmlingen auch die dem anderen Soh- nesstamm zugehörigen Abkömmlinge einschließen würde.

**56** Soweit der Beteiligte zu 1 unter Ziffer 4) der mit seinem Bruder zustande gekommenen notariellen Vereinbarung vom 05.02.2002 (...) eine ergänzende letztwillige Verfügung mit dem Ziel vorgesehen hatte, das Hausgrundstück den Abkömmlingen seines Bruders als Erben zu gleichen Teilen zukommen zu lassen, weist gerade das damals gesehene Erfordernis einer letztwilligen Verfügung des – seinerzeit mangels Adoption der Stiefkinder im Rechtssinne kinder- losen – Beteiligten zu 1 im Gegenteil eher darauf hin, dass der Beteiligte zu 1 und sein Bruder dem Testament des Erb- lassers gerade keine Anordnung entnommen hatten, wo- nach dieser für den Fall eines kinderlosen Ablebens des Beteiligten zu 1 die Abkömmlinge des Bruders als Nacher- ben des Beteiligten zu 1 eingesetzt hatte.

**57** dd) Der Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 ist ferner auch nicht deshalb zu beanstanden, weil dort keine Aufnah- me eines Zusatzes beantragt worden ist, dass das dem Be- teiligten zu 1 testamentarisch als Vorausvermächtnis zuge- wendete Betriebsvermögen nicht der Nacherbschaft unter- liegt.

**58** Zwar wird ein solcher Vermerk grundsätzlich als erforderlich angesehen, damit gegenüber dem Rechts- verkehr klargestellt ist, inwiefern der Vorerbe die ihm durch Vorausvermächtnis des Erblassers zugewendeten Gegenstände sogleich mit Eintritt des Erbfalls ohne Belas- tung durch mögliche Rechte der Nacherben erworben hat (vgl. BayObLG, FamRZ 2005, 480; Sternal/*Zimmermann*, FamFG, § 352b Rdnr. 17).

**59** Jedoch ist ein solcher Ausweis verzichtbar, falls es sich nicht um einen alleinigen Vorerben handelt, sondern der Erblasser mehrere Vorerben nebeneinander eingesetzt

hatte (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2020, 891). Denn in diesem Fall besteht mangels eines dinglichen Ausscheidens des Vermächtnisgegenstands aus der Vorerbschaftsmasse kei- ne Veranlassung, in dem Erbschein darauf hinzuweisen, dass der Vermächtnisgegenstand von vornherein von den Belastungen aus der angeordneten Nacherbschaft freige- blieben ist.

**60** c) Die Ausstellung des zu erteilenden Erbscheins bleibt zuständigkeitshalber dem Nachlassgericht vorbehal- ten. Dieses wird bei Erteilung insbesondere die Klarstellun- gen des Beteiligten zu 1 aus seinem im Beschwerderechts- zug vor dem OLG eingereichten Schriftsatz vom 07.08.2023 (...) zu berücksichtigen haben. Der zu erteilende Teilerb- schein dürfte demzufolge sinngemäß dahin zu lauten ha- ben, dass der Beteiligten zu 1 hälftiger Vorerbe nach dem Erblasser geworden und Nacherbschaft angeordnet ist, die mit dem Tod des Beteiligten zu 1 eintritt, wobei Nacherben die zu diesem Zeitpunkt vorhandenen leiblichen und adop- tierten Abkömmlinge des Beteiligten zu 1 sind (vgl. zur mög- lichen Fassung etwa Sternal/*Zimmermann*, FamFG, § 352b Rdnr. 6).

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessorin **Jana Wucherer, B. Sc.** (Psychologie), München

### 1. Sachverhalt

Der im Jahr 1986 verstorbene Erblasser ordnete in einem notariellen Testament eine Vor- und Nacherbschaft an. Als Vorerben setzte er seine beiden Söhne, als Nacher- ben deren „Abkömmlinge“ zu gleichen Teilen ein. Der ei- ne Sohn des Erblassers – nachfolgend Sohn A – hat keine leiblichen Kinder, adoptierte jedoch 36 Jahre nach dem Tod des Erblassers die leiblichen Kinder seiner Ehefrau zu einem Zeitpunkt, als diese „Kinder“ bereits 58 und 59 Jahre alt waren.

Der andere Sohn – nachfolgend Sohn B – des Erblassers ist nach Eintritt des Vorerbfalls im Jahr 2002 unter Hinter- lassung von drei leiblichen Kindern verstorben.

Sohn A hat nach dem Tod seines Bruders als Vorerbe des Erblassers einen Erbschein beantragt, der auch seine beiden Adoptivkinder als Nacherben ausweist. Eines der leiblichen Kinder des bereits verstorbenen Sohns B ist dem Erbscheinsantrag im Beschwerdeweg entgegenge- treten.

Der Beschwerdeführer argumentierte, dass die Bezeich- nung „Abkömmlinge“ im Testament des Erblassers keine Adoptivkinder, sondern nur leibliche Kinder umfasse. Die letztwillige Verfügung müsse im Zusammenhang mit der gesamten Familiengeschichte ausgelegt werden, nach der davon auszugehen sei, dass der Erblasser sein Ver- mögen stets innerhalb der leiblichen Familie habe halten wollen.

## 2. Entscheidungsgründe

Das OLG Frankfurt a. M. hatte über die Beschwerde und hierbei insbesondere über die Auslegung des Begriffs „Abkömmling“ in einem notariellen Testament zu entscheiden. Im Rahmen der Auslegung kam es zu dem Ergebnis, dass die Einsetzung der Abkömmlinge der leiblichen Kinder des Erblassers als Nacherben auch Adoptivkinder miteinschließe, allerdings nur, wenn diese – im Falle einer Volljährigenadoption – mit Ausspruch der Wirkungen der Annahme eines Minderjährigen adoptiert wurden, § 1772 BGB. Der Begriff des Abkömmlings umfasst aus Sicht des Gerichts somit nicht nur leibliche Kinder.

Zum anderen stand zur Diskussion, ob die Anordnung der Vor- und Nacherbfolge im konkreten Fall bedeutet, dass bei Versterben des einen Vorerben nur dessen Abkömmlinge zu Nacherben berufen sind, oder aber bei Versterben des einen Vorerben die Abkömmlinge beider Söhne zu Nacherben berufen sind. Letzteres wurde durch das Gericht als fernliegend abgelehnt. Denn der Erblasser habe durch die Formulierung, dass Nacherben seiner Söhne „zu gleichen Teilen“ die Abkömmlinge der beiden Söhne sein sollten, hinreichend klar zum Ausdruck gebracht, dass er eine Gleichbehandlung beider Stämme auch innerhalb der Nacherbfolge bezwecke und damit eine Begrenzung auf die Abkömmlinge des jeweils verstorbenen Vorerben beabsichtige.

Überdies stellte das OLG noch klar, dass ein Erbschein bei mehreren Vorerben, von denen einem ein Vermögensgegenstand als Vorausvermächtnis zugewandt wurde, diese Vorausvermächtniszugewandung nicht ausdrücklich ausweisen muss. Demgegenüber wird ein solcher Vermerk vom Gericht explizit gefordert, wenn nur ein Vorerbe vorhanden ist, damit dem Rechtsverkehr die hinsichtlich des im Voraus vermachten Gegenstandes nicht bestehende Vorerbenbindung, offenbar wird.<sup>1</sup>

## 3. Einordnung und Hintergrund

Die Entscheidung bietet Anlass für eine Betrachtung des rechtlichen Rahmens – und der Grenzen – der Testamentsauslegung (hierzu 3. a)) sowie des Inhalts von Erbscheinen im Fall der Vor- und Nacherbfolge (hierzu 3. b)).

### a) Testamentsauslegung

Ist der Wortlaut einer letztwilligen Verfügung uneindeutig, so ist dieser der Auslegung zugänglich. Dabei ist – im Rahmen der erläuternden Testamentsauslegung – nicht am buchstäblichen Wortsinn festzuhalten, sondern der Wille hinter den Worten zu erforschen, § 133 BGB. Erst wenn die Auslegung nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt, sind gesetzliche Auslegungsregeln heranzuziehen.<sup>2</sup>

Spannend – auch für den vorliegenden Fall – gestaltet sich stets die Frage, welche Umstände für die Auslegung

herangezogen werden können. Dies ist selbstverständlich der gesamte Inhalt der letztwilligen Verfügung, einschließlich aller „Nebenumstände“, auch solcher außerhalb der letztwilligen Verfügung.<sup>3</sup> Als Umstände können das gesamte Verhalten des Erblassers, seine Äußerungen und Handlungen herangezogen werden. Der Formzwang bei letztwilligen Verfügungen erfordert jedoch, dass der Erblasserwille zumindest andeutungsweise im Wortlaut der letztwilligen Verfügung Anklang findet, wobei dies methodisch als Auslegungsgrenze zu behandeln ist und somit erst nach der Ermittlung des eigentlichen Inhalts zu beachten ist, nicht jedoch einen Teil des Auslegungsprozesses darstellt.<sup>4</sup>

Gerade im Fall der Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge kann zudem die ergänzende Testamentsauslegung, die der Schließung planwidriger Lücken im Testament dient, zum Tragen kommen. Hier dürfen auch Änderungen berücksichtigt werden, die zwischen Vor- und Nacherbfall eingetreten sind.<sup>5</sup>

Auch notarielle Testamente sind in gleicher Weise wie privatschriftliche Testamente auslegungsfähig. Jedoch spricht meist eine Anfangsvermutung dafür, dass der Notar juristische Begriffe in korrekter Weise verwendet hat, sodass dem Wortgehalt hier regelmäßig eine größere Bedeutung zukommt.<sup>6</sup>

Analysiert man nun die durch das Gericht vorgenommene Auslegung, so erkennt man, dass das Gericht der bisherigen Rechtsprechungslinie – zumindest teilweise – gefolgt ist. Im Allgemeinen hat die Rechtsprechung bislang unter den Begriff der Abkömmlinge auch Adoptivkinder<sup>7</sup> gefasst, sofern nicht im Einzelfall ein gegenteiliger Wille des Erblassers erkennbar war.<sup>8</sup>

Das OLG hat den Begriff der „Abkömmlinge“ – selbiges dürfte übrigens für den Begriff „Kinder“ gelten – als uneindeutig und damit auslegungsbedürftig interpretiert. Im Ergebnis versteht das OLG unter „Abkömmlingen“ neben leiblichen auch Adoptivkinder. Allerdings fasst das Gericht neben minderjährigen Adoptivkindern nur solche Volljährigen unter den Begriff der „Abkömmlinge“, die mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption adoptiert wurden.

1 So auch OLG München, Beschluss vom 01.10.2014, 31 Wx 314/14, NJW-RR 2014, 1417; Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 13. Aufl. 2022, § 352b Rdnr. 9.

2 Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 2084 Rdnr. 1.

3 BGH, Urteil vom 28.01.1987, IVa ZR 191/85, BeckRS 2010, 27947.

4 Grüneberg/Weidlich, § 2084 Rdnr. 4.

5 BayObLG, Beschluss vom 19.01.2001, 1 Z BR 176/99, FamRZ 2001, 1561.

6 MünchKomm-BGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 2084 Rdnr. 44.

7 Zur Modernisierung der Vorschriften zum Namensrecht im Rahmen der Adoption vgl. die zum 01.05.2025 in Kraft tretende Reform im Adoptionsrecht, Gesetzentwurf Deutscher Bundestag, Drucks. 20/9041, 01.11.2023.

8 OLG München, Beschluss vom 13.01.2014, 34 Wx 166/13, NJW-RR 2014, 1161; vgl. auch Urteil vom 26.01.2012, 8 U 2653/11, ErbR 2013, 156, wonach lediglich im Fall von deutlichen Anhaltspunkten in der letztwilligen Verfügung – hier „gezeugte Abkömmlinge“ – davon auszugehen sei, dass unter Abkömmlingen lediglich leibliche, nicht auch adoptierte Kinder zu verstehen sind.

Es hat – entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers – keine Umstände erblickt, die darauf schließen lassen würden, dass der Erblasser hier unter „Abkömmlingen“ seiner Kinder lediglich leibliche Kinder verstanden haben wollte. Kein Umstand, der zur Auslegung herangezogen werden könne, seien Inhalte bzw. Wünsche der letztwilligen Verfügung der vorverstorbenen Ehefrau des Erblassers. Anders läge dies nur, falls die beiden ein gemeinschaftliches Testament bzw. einen Erbvertrag errichtet hätten. Dann stünden die Willensäußerungen der beiden Testierenden in einem Errichtungszusammenhang, welcher auch bei der Auslegung andeutungsweise Berücksichtigung finden könnte. Ebenso wenig könne aus dem Umstand, dass die Adoption erst zu einem Zeitpunkt stattfand, als die Adoptivkinder bereits 58 und 60 Jahre alt waren, gefolgert werden, der Erblasser hätte angesichts einer solchen späten Volljährigenadoption im Gegensatz zu einer Minderjährigenadoption in diesem Fall keine Einsetzung der Adoptivkinder als Nacherben gewollt.

Nach der Argumentation des Gerichts führe die hier ausnahmsweise erfolgte Aussprache<sup>9</sup> der Adoption als eine solche mit den Wirkungen der Minderjährigenadoption, § 1772 BGB, dazu, dass die volljährigen Adoptivkinder hier unter den Begriff der Abkömmlinge fallen. Das Gericht verwendet mithin die Wirkungen der Adoption (hier Wirkungen der Minderjährigenadoption) als Argument dafür, dass die Adoptivkinder hier auch umfasst seien.<sup>10</sup>

Diese Argumentation des Gerichts ist nicht gänzlich nachvollziehbar, da im Rahmen einer gesetzlichen Erbfolge die volljährigen Adoptivkinder auch ohne Ausspruch der Wirkungen des § 1772 BGB als Abkömmlinge (zumindest nach dem Annehmenden) gelten würden.<sup>11</sup> Volljährige Angenommene werden gesetzliche Erben 1. Ordnung nach dem Annehmenden und zwar unabhängig davon, ob die Adoption mit den Wirkungen des § 1772 BGB erfolgt ist.<sup>12</sup> Die Wirkungen der Minderjährigenadoption sind lediglich relevant für die Frage, ob die Verwandtschaftsverhältnisse zu den leiblichen Eltern des Angenommenen erlöschen oder nicht sowie ob Verwandtschaftsverhältnisse zwischen dem Angenommenen und anderen Verwandten des Annehmenden entstehen.

#### b) Inhalt des Erbscheins

Für den Erbscheinsantrag eines Vorerben relevante Vorschrift ist u. a. § 352b FamFG. Mangels Eintritt des Nacherbfalls ist nach dem Erbfall nur der Vorerbe antragsberechtigt. Der Erbschein für den Vorerben enthält bereits die angeordnete Nacherbfolge als Beschränkung des Vorerben, um dessen Beschränkungen in seinen Befugnissen dem Rechtsverkehr offenbar zu machen. Die Nacherben sollten bereits möglichst genau bezeichnet werden. Ist ihre namentliche Benennung noch nicht möglich, wie zum Beispiel im Fall des § 2104 BGB, erfolgt eine namentliche Umschreibung.<sup>13</sup>

Zwischen Erbfall und Nacherbfall konnte sich im vorliegenden Fall der Kreis der Nacherben noch ändern<sup>14</sup>, zum Beispiel durch Adoption weiterer Personen durch die Vorerben oder Zeugung weiterer leiblicher Kinder, sodass hier korrekterweise eine namentliche Benennung der Nacherben unterblieben ist.

#### 4. Praxisfolgen

Die Entscheidung ist lesenswert; sie enthält eine methodisch lehrbuchartige Darstellung der Testamentsauslegung und verdeutlicht für die Praxis einmal mehr, dass ein „Mehr“ an Genauigkeit in notariellen Urkunden niemals schadet, sondern im Einzelfall Potenzial zur Streitvermeidung bietet. So scheint es auch empfehlenswert, in der notariellen Praxis bereits in Beratungsgesprächen im Rahmen der Willensermittlung auf die Auslegungsbedürftigkeit der Begriffe „Abkömmlinge“ sowie „Kinder“ hinzuweisen und im Gespräch sowie schlussendlich auch in der notariellen Urkunde zu definieren, ob nur leibliche oder auch Adoptivkinder umfasst sein sollen. Die gleiche Problematik kann sich überdies auch in Bezug auf nicht-eheleiche Kinder stellen, sodass auch insoweit ein definierender Hinweis sinnvoll sein kann.<sup>15</sup>

9 Auf nachträglichen Antrag ist eine solche Anordnung übrigens nicht mehr zulässig, vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 12.08.2008, 20 W 127/08, FamRZ 2009, 356.

10 Grundsätzlich ist die Volljährigenadoption als eine solche mit „starker“ Wirkung, also mit Ausspruch nach § 1772 BGB, sodass sich die Annahme nach den Vorschriften über die Minderjährigenadoption richtet, oder als eine solche mit „schwacher“ Wirkung, also ohne Ausspruch nach § 1772 BGB, möglich, vgl. Brandt, RNotZ 2013, 459, 466.

11 Kössinger/Najdecki/Zintl, Handbuch der Testamentsgestaltung, 7. Aufl. 2024, § 8 Rdnr. 20; Krämer/Voigt, ZEV 2020, 468, 472.

12 Grüneberg/Weidlich, § 1924 Rdnr. 10 f.; MünchKomm-BGB/Leipold, § 1924 Rdnr. 28.

13 Grüneberg/Weidlich, Vor § 2100 Rdnr. 13; Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, § 352b Rdnr. 6.

14 OLG München, Beschluss vom 13.01.2014, 34 Wx 166/13, NJW-RR 2014, 1161.

15 Kössinger/Najdecki/Zintl, Handbuch der Testamentsgestaltung, § 8 Rdnr. 20 f.



## 12. Einsichtsrecht des Pflichtteilsberechtigten in die grundbuchrechtliche Kostenrechnung

OLG München, Beschluss vom 15.02.2024, 34 Wx 36/24e

BGB § 2303 Abs. 1, § 2314 Abs. 1 Satz 1, § 2325 Abs. 1

GBO § 12 Abs. 3, § 12c Abs. 4 Satz 2, § 71 Abs. 1

GBV § 46 Abs. 1, Abs. 3

### LEITSATZ:

**Der Pflichtteilsberechtigte hat im Hinblick auf mögliche Pflichtteilsergänzungsansprüche ein berechtigtes Interesse an der Erteilung einer Abschrift der Kostenrechnung betreffend eine teilentgeltliche Grundstücksübertragung, um daraus Anhaltspunkte für den Wert des veräußerten Grundstücks zu entnehmen. (Leitsatz der Schriftleitung)**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte begehrt die Erteilung von Abschriften aus der Grundakte.

2 H H war als Inhaberin von Miteigentum, dieses verbunden mit Sondereigentum, im Wohnungsgrundbuch eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 13.03.2019, URNr. 4 XX, übertrug sie ihren Anteil im Wege einer teilentgeltlichen Schenkung ihrem Sohn D H. Am (...)2023 verstarb H H.

3 Mit Schreiben vom 16.05.2023 bat der Beteiligte, ein weiterer Sohn der H H, das Grundbuchamt unter Verweis auf den Tod seiner Mutter und seine Stellung als zumindest Pflichtteilsberechtigter um eine Kopie des Notarvertrags URNr. 4 XX, eine Kopie des Grundbuchauszugs und Mitteilung der Größe der Wohnung sowie des Baujahrs der Wohnanlage.

4 Nach Erhalt eines Grundbuchauszugs und einer Kopie des betreffenden Vertrags erbat der Beteiligte mit Schreiben vom 18.07.2023 Kopien der Notarverträge zu Auflassungen vom 31.03.2008 und 19.02.2014.

5 Das Grundbuchamt teilte dem Beteiligten mit Schreiben vom 19.07.2023 mit, dem Pflichtteilsberechtigten könne aus der Grundakte lediglich, wie bereits geschehen, der Vertrag URNr. 4 XX ausgehändigt werden. Hieraus könne er sein Recht gegenüber dem letzten Eigentümer geltend machen. Der Wert der Immobilie ergebe sich aus der Bewilligung, die von dem Notar angegeben worden sei. Die Erwerbsurkunden des Eigentümers als Käufer oder als Übertragender an andere Personen würden kein berechtigtes Interesse nach § 12 GBO darstellen.

6 Da das Notariat eine Übersendung der Bewilligung ablehnte, wandte sich der Beteiligte mit Schreiben vom 09.08.2023 erneut an das Grundbuchamt mit der Bitte um Überlassung von Kopien der Bewilligung und der Kostenrechnung im Hinblick auf den Wert der Immobilie.

7 Das Grundbuchamt lehnte das Begehren mit Beschluss vom 30.11.2023 ab. Zur Prüfung möglicher Ansprüche als Pflichtteilsberechtigter sei nur die Veräußerungsurkunde vom 13.03.2019 relevant. Durch Grundbucheinsicht könne in Erfahrung gebracht werden, ob der Grundbesitz zum fiktiven Nachlass gehört und ob möglicherweise eine unent-

geltliche Verfügung vorliegt. Frühere Veräußerungen sowie der Kauf durch die Erblasserin seien nicht relevant. Für diese Urkunden liege damit kein berechtigtes Interesse vor. Eine Abschrift der gerichtlichen Kostenrechnung zur Veräußerung durch die Erblasserin dürfe, da der Antragsteller nicht der Kostenschuldner sei, nicht übersandt werden. Der Wert des Grundbesitzes sei durch den Antragsteller selbst zu ermitteln. Die Einsicht in das Grundbuch und die Grundakten solle ihm lediglich die Möglichkeit geben, die für eine Wertermittlung notwendigen Daten zu ermitteln. Sollten sich weder aus dem Grundbuch noch aus den Grundakten genügend Informationen ergeben, werde auf § 2314 BGB verwiesen, der eine Anspruchsgrundlage zur Feststellung des Nachlasses beinhalte.

8 Mit am 16.01.2024 beim OLG eingegangenem Telefax hat der Beteiligte Beschwerde eingelegt. Mit den Ausführungen in seinem Antrag vom 09.08.2023 beschäftigte sich der Beschluss überhaupt nicht, auch nicht mit dem Antrag „Kopie der Bewilligung“. Er beantrage, das AG zu verpflichten, ihm Kopien der Bewilligung und der Kostenrechnung des Notarvertrags vom 13.03.2019, URNr. 4 XX, zu senden.

9 Das Grundbuchamt hat mit weiterem Beschluss vom 25.01.2024 nicht abgeholfen. Die Begründung des Beschlusses vom 30.11.2023 bleibe aufrechterhalten. Die geforderte Bewilligung habe der Beteiligte bereits in Kopie erhalten. Die Kostenrechnung könne er nicht erhalten, da er hier nicht der Kostenschuldner sei.

10 II. Die zulässige Beschwerde ist zum Teil begründet.

11 1. Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens ist, wie sich aus dem Beschwerdeantrag ergibt, lediglich die Erteilung von Abschriften der Bewilligung und der Kostenrechnung zu der Veräußerung durch den Vertrag vom 13.03.2019, nicht aber sonstige Begehren des Beteiligten, die sich aus seinen vorangegangenen Schreiben an das Grundbuchamt möglicherweise ergeben.

12 2. Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere gemäß § 12c Abs. 4 Satz 2, § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Das Schreiben vom 09.08.2023 ist als Erinnerung gegen die ablehnende Entscheidung vom 19.07.2023 auszulegen, der durch den Beschluss vom 30.11.2023 nicht abgeholfen wurde.

13 3. In der Sache hat die Beschwerde teilweise Erfolg.

14 Nach § 12 Abs. 3 GBO i. V. m. § 46 Abs. 1 GBV ist die Einsicht in Grundakten jedem gestattet, der ein berechtigtes Interesse darlegt, auch soweit es sich nicht um die in § 12 Abs. 1 Satz 2 GBO bezeichneten Urkunden handelt. Gemäß § 46 Abs. 3 Satz 1 GBV kann, soweit die Einsicht gestattet ist, eine Abschrift verlangt werden.

15 a) Das Begehren des Beteiligten auf Erteilung einer Abschrift der Kostenrechnung vom 26.03.2019 erweist sich danach als begründet.

16 Ein berechtigtes Interesse i. S. v. § 46 Abs. 1 GBV ist – wie bei § 12 Abs. 1 Satz 1 GBO – gegeben, wenn ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse des Antragstellers dargetan wird, das sich im Unterschied zum rechtlichen Interesse nicht auf ein bereits vorhandenes



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

Recht oder konkretes Rechtsverhältnis stützen muss, sondern auch mit einem bloß tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen Interesse begründet werden kann. Dabei genügt nicht jedes beliebige Interesse; vielmehr muss die Verfolgung unbefugter Zwecke oder reiner Neugier ausgeschlossen werden und die Kenntnis vom Grundbuchstand für den Antragsteller aus sachlichen Gründen für sein künftiges Handeln erheblich erscheinen. Da die in den Grundakten enthaltenen Informationen allerdings nicht zu dem Grundbuchinhalt gehören, auf dessen Publizität § 12 Abs. 1 GBO zielt, ist bei der Einsicht in diese mit Rücksicht auf das informationelle Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen eine besonders sorgfältige und strenge Prüfung des berechtigten Interesses erforderlich, zumal die eingetragenen Berechtigten vor der Einsichtsgewährung nicht angehört werden und ihnen auch kein Beschwerderecht gegen diese zusteht (OLG Oldenburg, FGPrax 2014, 18; OLG Karlsruhe, ZEV 2013, 621, 622; Senat, ZEV 2011, 389, 390).

**17** Nach dieser Maßgabe ist hier ein berechtigtes Interesse des Beteiligten an der Erteilung einer Abschrift der genannten Kostenrechnung zu bejahen. Als Pflichtteilsberechtigter hat der Beteiligte nach dem Tode der Erblasserin H H grundsätzlich ein Einsichtsrecht, das aus seiner auf § 2303 Abs. 1 BGB fußenden Gläubigerstellung gegenüber den Erben folgt. Zwar hat die Erblasserin das Grundstück noch zu Lebzeiten veräußert, dem Beteiligten kann jedoch gemäß § 2325 Abs. 1 BGB ein Pflichtteilergänzungsanspruch zustehen, da die Übertragung im Wege einer teilentgeltlichen Schenkung erfolgte (vgl. OLG Karlsruhe, ZEV 2013, 621, 622). Zwar ergibt sich Letzteres schon aus der dem Beteiligten in Abschrift überlassenen notariellen Urkunde. Der Beteiligte hat aber darüber hinaus ein nachvollziehbares wirtschaftliches Interesse, den Wert des veräußerten Grundstücks zu erfahren, da nach den genannten Bestimmungen hiervon die Höhe des Pflichtteilergänzungsanspruchs abhängt. Um diesen – ggf. auch gerichtlich – korrekt geltend zu machen, ist die Kenntnis des Grundstückswerts erforderlich (vgl. OLG Oldenburg, FGPrax 2014, 18). Dass der der Kostenrechnung zugrunde gelegte Gegenstandswert insoweit nicht verbindlich ist, steht dem berechtigten Interesse des Beteiligten nicht entgegen. Denn er liefert zumindest einen tragfähigen Anhaltspunkt. Ein überwiegendes schutzwürdiges Interesse des Erwerbers an der Geheimhaltung des Gegenstandswerts besteht demgegenüber nicht. Insbesondere ist damit keine Offenbarung seiner finanziellen oder sonstigen persönlichen Verhältnisse verbunden. Keine Rolle spielt auch, dass der Beteiligte gegen ihn einen Auskunftsanspruch nach § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB hat. Denn § 12 GBO ist eine Einschränkung des Einsichtsrechts auf Fälle, in denen die benötigte Auskunft nicht anderweitig – etwa durch Einholung der Auskünfte Dritter – erlangt werden kann, nicht zu entnehmen. Zudem kann der Pflichtteilsberechtigte gerade ein berechtigtes Interesse daran haben, die Richtigkeit einer ihm erteilten Auskunft durch eigene Einsichtnahme zu überprüfen (OLG Zweibrücken, FGPrax 2020, 272, 273; OLG Karlsruhe, ZEV 2013, 621, 622).

**18 b)** Soweit der Beteiligte darüber hinaus eine Kopie der Bewilligung zu dem notariellen Vertrag fordert, ist sein Be-

gehren unbegründet. Unabhängig davon, ob ein berechtigtes Interesse an der Erteilung einer Abschrift speziell der Bewilligung besteht, befindet sich diese auf S. 7 der Vertragsurkunde, von der dem Beteiligten aber bereits eine Abschrift überlassen wurde. Das insoweit wiederholte Begehren hat das Grundbuchamt somit zu Recht zurückgewiesen.

(...)

### 13. Schutz des Nacherben gegen Verfügungen des Vorerben bei Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts auf den Vorerben

OLG Nürnberg, Endurteil vom 01.09.2023, 1 U 676/22 Erb

BGB § 2113 Abs. 2, §§ 2287, 2347 Abs. 2, § 2352 Satz 2 und 3

#### LEITSÄTZE:

1. Die Schutzvorschriften der § 2113 Abs. 2 BGB und § 2287 BGB betreffen unterschiedliche Vermögensmassen und schließen sich gegenseitig aus.
2. Der Nacherbe, der zugleich Vertragserbe des Vorerben ist, wird gegen unentgeltliche Verfügungen des Vorerben über Gegenstände, die zur Erbschaft des erstverstorbenen Erblassers gehören, durch § 2113 Abs. 2 BGB geschützt. § 2287 BGB schützt den Nacherben in diesen Fällen hingegen (nur) gegen beeinträchtigende Schenkungen des Vorerben aus seinem eigenen sonstigen Vermögen.
3. Auch wenn ein Nacherbe, der zugleich erbvertraglicher Schlusserbe des Vorerben ist, sein Nacherbenanwartschaftsrecht auf den Vorerben überträgt, kann dieser bis zum etwaigen Eintritt des Ersatzerbfalls über die Gegenstände der Vorerbschaft frei verfügen und damit beliebige Schenkungen vornehmen. Die Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts auf den Vorerben hat nicht zur Folge, dass die Vorerbschaft und das sonstige Vermögen des Vorerben zu „eigenem Vermögen“ des Vorerben verschmelzen und sich damit der Nacherbe auf den Schutz des § 2287 BGB gegen ihn als Vertragserben beeinträchtigende Schenkungen des Vorerben berufen kann.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Die Klägerin verlangt vom Beklagten die anteilige Herausgabe eines Geldbetrags wegen einer sie als Miterbin beeinträchtigenden Schenkung.

**2** Die Klägerin ist die Tochter der A M (Vorerbin) und des K M (Erblasser). Aus der Ehe der Eltern sind insgesamt drei Töchter hervorgegangen, die Klägerin, Frau J M und Frau S R.

**3** Die Vorerbin hatte insgesamt fünf Enkelkinder, von denen O, der Sohn der Klägerin, nicht mehr lebt. Der Beklagte ist der Sohn der J M aus erster Ehe und das Enkelkind des Erblassers und der Vorerbin.

**4** Der Erblasser war Inhaber eines Bauunternehmens und besaß erhebliches Immobilienvermögen. Die Eltern der Klägerin setzten sich mit Erbvertrag vom 27.11.1973 gegenseitig zu Vorerben ein (vgl. § 1 des Erbvertrags [...]). Der Vorerbe war von allen gesetzlichen Beschränkungen befreit, ausgenommen davon war die Verfügung über Grundstücke, die der Zustimmung der Nacherben bedurfte. Zu Nacherben des Erstversterbenden wurden die drei Töchter bestimmt (§ 2 des Erbvertrags). Außerdem sieht der Erbvertrag vor, dass die drei Abkömmlinge der Eheleute Erben des Längstlebenden sind. Zu Ersatzerben der Töchter bestimmten die Erblasser deren Abkömmlinge (§ 2 Satz 2 des Erbvertrags).

**5** Nachdem der Erblasser K M am 24.02.1974 verstarb, machte die Schwester J im Jahr 1976 ihren Pflichtteil nach ihrem Vater geltend. Sie schied – samt ihres Stammes – nach § 4 des Erbvertrags daher von allen Zuwendungen des Erbvertrags aus, also sowohl aus der Nacherbschaft wie auch aus der Schlusserschaft. Um diese Folge zu beseitigen, traten die Klägerin und deren Schwester S R durch notarielle Vereinbarung vom 30.06.1997 jeweils  $\frac{1}{3}$ -Anteil ihrer Anwartschaften auf die Nacherbschaft nach Herrn K M an Frau J M ab.

**6** Die drei Töchter schlossen am 28.11.2005 mit ihrer Mutter, der Vorerbin, eine notariell beurkundete Vereinbarung, die auszugsweise folgenden Inhalt hat:

„I. Verzicht und Gegenleistung

1. Frau J H-M, Frau E M und Frau S K-R verzichten auf ihre Nacherbenstellung aus dem Erbvertrag vom 27.11.1973 bzw. aus der notariellen Übertragungsurkunde vom 30.06.1997 in Bezug auf den Nachlass des am (...) 02.1974 verstorbenen K M mit der Folge, dass Frau A M nunmehr Vollerbin nach ihrem Ehemann ist. Frau A M nimmt diesen Verzicht an. Mit diesem Verzicht auf die Nacherbenstellung ist insbesondere auch die Zustimmung zu sämtlichen Verfügungen der Vorerbin Frau A M verbunden, die diese im Zusammenhang mit der Einbringung von Grundstücken in die M Immobilien GmbH & Co. KG veranlasst oder noch veranlassen wird (...).

2. Für den Verzicht auf die vorbenannte Nacherbenstellung wird eine Gegenleistung von Frau A M erbracht, und zwar (...)

b) für Frau E M und Frau S K-R jeweils eine Kommanditbeteiligung an der M Immobilien GmbH & Co. KG im Wert von 30.000 €, was jeweils  $\frac{1}{3}$  des Haftkapitals der M Immobilien GmbH & Co. KG im Übertragungszeitraum entspricht.

III. Erbanordnungen

Frau E M und Frau S K-R bleiben Schlusserven nach dem Tod ihrer Mutter Frau A M, so wie es der Erbvertrag der Eheleute (...) vorsehen.

(...)

V. Ausgleichsansprüche

Frau J H-M, Frau E M und Frau S K-R verzichten hiermit ausdrücklich auf sämtliche Ausgleichsansprüche untereinander, sofern diese in diesem Vertrag nicht ausdrücklich genannt sind, insbesondere verzichten die Beteiligten auf Ausgleichsansprüche gemäß § 2050 und 2287 BGB, soweit diese Ansprüche Zuwendungen betreffen, die bis heute erfolgt sind oder aufgrund der in diesem Vertrag genannten Einbringung der Immobilien in die M Immobilien GmbH & Co. KG noch erfolgen.

(...)“

**7** Bei Abschluss des Vertrags wurde die Vorerbin durch einen bevollmächtigten Rechtsanwalt vertreten.

**8** Es wurden dann die zur Vorerbschaft gehörenden Immobilien in die M Immobilien GmbH & Co. KG überführt.

**9** Am 28.06.2012 übergab die Vorerbin A M an den Beklagten schenkungsweise einen Betrag i. H. v. 300.000 € in bar. Den Enkeln J R und S H schenkte die Vorerbin je  $\frac{1}{2}$  des Eigentums an dem von ihr bewohnten Hausgrundstück in Schopfheim.

**10** Die Schwester S R verstarb am (...) Oktober 2012. Die Vorerbin verstarb am (...) Juli 2017.

**11** Die Klägerin ist der Ansicht, sie habe als Erbin zu  $\frac{1}{2}$  nach ihrer Mutter einen Anspruch auf Rückzahlung der Hälfte des zugewendeten Betrags i. H. v. 150.000 € aus § 2287 und § 2113 BGB. Durch die Schenkung an den Beklagten sei ihr Miterbenanteil als Vertragserbin objektiv beeinträchtigt worden. Ihre Mutter habe in der Absicht gehandelt, sie als Nacherbin zu beeinträchtigen. Die Klägerin ist weiterhin der Ansicht, dass sie auch nicht auf ihr Nacherbenanwartschaftsrecht verzichtet habe. Der Vertrag vom 28.11.2005 sei unwirksam, weil er ohne Beteiligung der Ersatznacherben zustande gekommen und damit ein unwirksamer Vertrag zulasten Dritter sei.

**12** Das LG Regensburg hat den Beklagten mit Endurteil vom 09.02.2022 antragsgemäß zur Zahlung eines Betrags i. H. v. 150.000 € verurteilt. Der Anspruch folge aus § 2113 Abs. 2 BGB oder § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB. Die Voraussetzungen des § 2113 Abs. 2 BGB seien erfüllt. Die Nacherbfolge und die daraus folgenden Ansprüche seien auch nicht durch den Vertrag vom 27.11.2005 entfallen, da dieser ohne die Beteiligung der Ersatznacherben „schon seinem Inhalt nach ungeeignet“ sei, das damit verfolgte Ziel zu erreichen. Er könne wegen „seiner inneren Widersprüchlichkeit“ keine Wirkung haben. Rechtsfolge des § 2113 BGB sei die Unwirksamkeit der Übereignung des Bargelds zwischen den Parteien, sodass die Klägerin den begehrten Herausgabeanspruch habe. Falls sich der Beklagte auf einen gutgläubigen Erwerb gemäß § 2113 Abs. 3, § 932 BGB berufen könne, ergebe sich der im Ergebnis „identische Anspruch“ aus § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB.

**13** Gegen diese Verurteilung richtet sich die Berufung des Beklagten. Die Berufung beanstandet insbesondere, dass es entgegen der Annahme des Erstgerichts keine gesetzliche Regelung gebe, wonach ein „innerlich widersprüch-



licher Vertrag“ unwirksam wäre. Die Klägerin habe mit der notariellen Vereinbarung vom 28.11.2005 zumindest wirksam ihr Nacherbenanwartschaftsrecht auf die Vorerbin übertragen. Damit habe die Vorerbin über das Vermögen des K M wirksam verfügen können. Die Tatbestandsvoraussetzungen des § 2113 Abs. 2 BGB seien mangels Beeinträchtigung der Klägerin nicht erfüllt. Ein Anspruch aus § 816 BGB sei daher ebenfalls nicht gegeben, überdies wäre er verjährt.

**14** Der Beklagte beantragt,

das Urteil des LG Regensburg vom 09.02.2022 (Aktenzeichen 71 O 2165/20) aufzuheben und die Klage insgesamt abzuweisen.

**15** Die Klägerin beantragt,

die Berufung des Beklagten zurückzuweisen.

**16** Die Klägerin hält das Ersturteil für rechtsfehlerfrei. Das Erstgericht gehe in seiner Entscheidung richtigerweise davon aus, dass ihr Anspruch auf Herausgabe der streitgegenständlichen Zuwendung sich neben § 2113 Abs. 2 BGB auch auf § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB sowie § 2287 Abs. 1 BGB ergeben könne. Mit der Vereinbarung vom 28.11.2005 hätten die Parteien keinesfalls das Ziel verfolgt, es der Vorerbin bzw. Letztverstorbenen zu ermöglichen, die bindende Wirkung des Erbvertrags dadurch zu umgehen, dass beliebig unentgeltliche Verfügungen an die Enkel der Erblasser, wie den Beklagten, oder auch an Dritte vorgenommen würden. Anders als bei Verfügungen über Grundstücke nach § 2113 Abs. 1 BGB könne der Vorerbe bei unentgeltlichen Zuwendungen nach § 2113 Abs. 2 BGB gemäß § 2136 BGB nicht befreit werden. Der Anspruch gründe sich auch aus § 2287 BGB.

**17** Im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze und die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

**18** II. Die zulässige Berufung des Beklagten ist begründet. Der Klägerin steht unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt der geltend gemachte Zahlungsanspruch zu.

**19** 1. Entgegen der Ansicht der Klägerin und des Erstgerichts kann der Anspruch nicht auf § 2113 Abs. 1 und 2, § 812 ff. BGB gestützt werden.

**20** a) Nach § 2113 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 BGB ist die Verfügung des Vorerben über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zweck der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt, im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Eine Befreiung vom Verbot der unentgeltlichen Verfügung des § 2113 Abs. 2 BGB ist nicht möglich (§ 2136 BGB; MünchKomm-BGB/Lieder, 9. Aufl., § 2136 Rdnr. 15).

**21** b) Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 2113 Abs. 1 und 2 BGB liegen nicht vor, weil die Klägerin durch den notariellen Vertrag vom 28.11.2005 wirksam ihr erbvertragliches Nacherbenanwartschaftsrecht auf die Vorerbin übertragen hat und es damit an einer Beeinträchtigung ihres Nacherbenrechts durch die zum Zweck der Erfüllung

der streitgegenständlichen Schenkung des dem Beklagten übereigneten Bargeldbetrags fehlt.

**22** aa) Das Anwartschaftsrecht des Nacherben ist als gesicherte Rechtsposition grundsätzlich rechtsgeschäftlich übertragbar (Grüneberg/Weidlich, 82. Aufl., § 2100 Rdnr. 12; NK-BGB/Walter Gierl, 6. Aufl., § 2100 Rdnr. 61). Der Nacherbe kann die Anwartschaft auch auf den Vorerben übertragen (NK-BGB/Walter Gierl, § 2100 Rdnr. 64). Dies wird häufig bei einem notariellen Verzicht (§ 2033 BGB) des Nacherben auf seine Rechte zugunsten des Vorerben der Fall sein (Grüneberg/Weidlich, § 2100 Rdnr. 14). Eine Zustimmung der Ersatznacherben ist dabei nach herrschender Ansicht nicht erforderlich, da die Übertragung deren Rechte nicht berührt (NK-BGB/Walter Gierl, a. a. O.; BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, Stand: 01.02.2023, § 2113 Rdnr. 47; Grüneberg/Weidlich, § 2100 Rdnr. 13). Denn diese seien nur „alternativ“ eingesetzt und besäßen zu diesem Zeitpunkt noch keine schützenswerte Rechtsposition (BeckOGK-BGB/Müller-Christmann, a. a. O.).

**23** Der Erwerber empfängt das Recht allerdings nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen in dem Rechtszustand, in dem es sich in der Hand des Veräußerers befunden hat (BayObLG, NJW 1970, 1794). Hat nun ein Erblasser – wie hier – seine Kinder für den Fall zu seinen Nacherben berufen, dass sie die Vorerbin überleben, für den Fall ihres Vorversterbens aber ihre Abkömmlinge zu Nacherben eingesetzt, so ergibt sich bereits daraus für den Inhalt des Anwartschaftsrechts der erstberufenen Nacherben, dass dieses Recht kein unbedingtes ist, sondern unter der vom Erblasser letztwillig gesetzten Bedingung des Todes seines Inhabers vor dem Eintritt des Nacherbenfalls steht (BayObLG, a. a. O.). Der Vorerbe kann somit bis zum etwaigen Eintritt des Ersatzerbfalls über die Gegenstände der Vorerbschaft frei verfügen (BayObLG, NJW 1970, 1794). Tritt jedoch der Ersatznacherbe an die Stelle des Nacherben, so endet damit die (auflösend bedingte) Vereinigung der beiden Rechtsstellungen in der Person des Vorerben und es entsteht das Nacherbenanwartschaftsrecht für die bisherigen Ersatznacherben (BayObLG, a. a. O.).

**24** bb) Nach diesen Maßstäben ist der im notariell beurkundeten Vertrag vom 28.11.2005 vereinbarte Verzicht der Klägerin und ihrer beiden Schwestern auf ihre erbvertragliche „Nacherbenstellung“ als Übertragung deren Nacherbenanwartschaft auf die Vorerbin anzusehen (vgl. Grüneberg/Weidlich, § 2100 Rdnr. 14). Diese Übertragung ist rechtswirksam:

**25** (1) Eine Zustimmung der Ersatzerben war nach den dargestellten Grundsätzen nicht erforderlich, da die Übertragung der Rechte der Nacherbinnen auf die Vorerbin nur in dem Umfang erfolgte, als sie diesen zustanden, und damit Rechte der Ersatznacherben nicht berührt wurden. Es liegt daher kein Vertrag zulasten Dritter vor.

**26** (2) Die Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts ist auch formwirksam, da sie gemäß § 2033 BGB notariell beurkundet wurde.

**27** (3) Der im Nachgang zur mündlichen Verhandlung vor dem Senat mit Schriftsatz vom 22.08.2023 vorgetragenen



Ansicht der Klägerin, dass die Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts unwirksam sei, weil gemäß § 2347 Abs. 2 BGB ein Erbverzicht nach § 2346 BGB nur persönlich vom Erblasser geschlossen werden könne, woran es hier wegen der Vertretung der Vorerbin bei Abschluss des Vertrags vom 28.11.2005 fehle, ist nicht zu folgen.

**28** Zutreffend ist zwar, dass der Erblasser gemäß § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB einen Erbverzichtsvertrag nach § 2346 BGB nur persönlich schließen kann. Die vorgenannten Vorschriften sind auf die vorliegende Fallkonstellation aber schon deshalb nicht anwendbar, da ein Erbverzicht gemäß § 2346 Abs. 1 BGB nur den Verzicht der dort genannten Personen auf „ihr gesetzliches Erbrecht“ erfasst. Die Nacherbinnen haben jedoch auf ihr erbvertragliches Nacherbenanwartschaftsrecht „verzichtet“. Es käme bei einem Verzicht auf (vertragsgemäße) Zuwendungen aus einem Erbvertrag allerdings grundsätzlich eine Anwendung der § 2352 Satz 2 und 3, § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB in Betracht. Ein Verzicht auf eine erbvertragliche Zuwendung im Sinne des § 2352 Satz 2 BGB setzt aber ebenso wie ein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht einen Vertrag zwischen dem Verzichtenden und dem Erblasser zu seinen Lebzeiten voraus (vgl. *Grüneberg/Weidlich*, § 2346 Rdnr. 1; *MünchKomm-BGB/Wegerhoff*, § 2352 Rdnr. 8). Wird der Erbverzicht erst nach dem Tod des Erblassers erklärt, so ist dies kein Erbverzicht im Sinne der §§ 2346 ff. BGB (*Burandt/Rojahn/Große-Boymann*, Erbrecht, 4. Aufl., § 2346 Rdnr. 11).

**29** § 2352 BGB ist daher (nur) auf einen Verzicht auf die Nacherbschaft vor dem Erbfall, also zu Lebzeiten des Erblassers der Nacherbschaft anwendbar (vgl. *Grüneberg/Weidlich*, § 2100 Rdnr. 13). Im Zeitpunkt der Verzichtserklärung war der Erblasser der Nacherbschaft, Herr K M aber bereits verstorben. Verzichtet aber – wie hier – der Nacherbe nach dem Erbfall auf seine Anwartschaft, so stellt dies keinen Erbverzicht, sondern eine Übertragung seines Anwartschaftsrechts dar (*MünchKomm-BGB/Wegerhoff*, § 2346 Rdnr. 11; *Grüneberg/Weidlich*, § 2100 Rdnr. 13). Die Vertretung der Vorerbin bei Vertragsschluss war demzufolge auch nicht nach § 2347 Abs. 2 Satz 1 BGB unzulässig.

**30 cc)** Die Nacherbinnen haben mit dem erklärten Verzicht auf ihre „Nacherbenstellung“ ihre Nacherbenanwartschaft in vollem Umfang auf die Vorerbin übertragen. Entgegen der Ansicht der Klägerin kann dem Vertrag und den vorgelegten Begleitumständen nicht gemäß §§ 133, 157 BGB der gemeinsame Parteiwille der Vertragsschließenden entnommen werden, dass es bei diesem Verzicht nur um einen „anlassbezogenen“ Verzicht handeln sollte, der nur die Übertragung des Immobilienvermögens in die eigens gegründete M Immobilien GmbH & Co. KG ermöglichen sollte. Diese Einbringung mag zwar, wie sich aus der Präambel des Vertrags vom 28.11.2005 entnehmen lässt, Anlass für den Vertragsschluss gewesen sein. Der in Ziffer I. 1) des Vertrags erklärte Verzicht der Nacherbinnen auf ihre erbvertragliche Nacherbenstellung ist aber umfassend und einschränkungslos erklärt worden. Die Vertragsparteien haben im Anschluss daran sogar ausdrücklich klargestellt, dass mit diesem „insbesondere auch“ die Zustimmung zu sämtlichen Verfügungen der Vorerbin im Zusammenhang mit der Ein-

bringung von Grundstücken in die Gesellschaft verbunden sei. Auch dies spricht dafür, dass die Vertragsparteien den Verzicht auf die „Nacherbenstellung“ entsprechend dem Wortlaut und dem Wortsinn als umfassenden Verzicht verstanden haben.

**31** Da der Ersatznacherbenfall bei Vornahme der streitgegenständlichen Schenkung am 22.06.2012 nicht eingetreten war, waren zu diesem Zeitpunkt die Rechtsstellungen in der Person der Vorerbin vereinigt und sie konnte über die Gegenstände der Vorerbschaft frei verfügen. Somit sind auch die sachenrechtlichen Übereignungen der am 22.06.2012 an den Beklagten übergebenen Geldscheine wirksam. Sie wurden auch nicht mit dem Eintritt des Nacherbenfalls gemäß § 2113 Abs. 1 und 2 BGB unwirksam, da infolge der wirksamen Übertragung der Nacherbenanwartschaftsrechte keine Rechte der Nacherben beeinträchtigt wurden.

**32** 2. Ein Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB besteht ebenfalls nicht, da die Vorerbin die Übereignung der Geldscheine als Berechtigte vorgenommen hat.

**33** 3. Der geltend gemachte Zahlungsanspruch folgt auch nicht aus § 2287 Abs. 1, § 812 ff. BGB.

**34** a) Dem durch Erbvertrag gebundenen zukünftigen Erblasser ist es im Allgemeinen unbenommen, durch Rechtsgeschäft unter Lebenden über sein Vermögen zu verfügen (§ 2286 BGB). In diese Freiheit greift § 2287 BGB nur bei Schenkungen und nur dann ein, wenn der Erblasser das ihm verbliebene Recht zu lebzeitigen Verfügungen missbraucht, indem er Vermögen ohne anerkanntes wertvolles lebzeitiges Eigeninteresse wegschenkt (BGH, DNotZ, 1990, 801). Der Anspruch aus § 2287 BGB steht dabei nicht den Erben gemeinschaftlich, sondern jedem Vertragserben persönlich, und zwar zu einem seiner Erbquote entsprechenden Bruchteil zu (BGH, a. a. O.), also so wie hier von der Klägerin geltend gemacht.

**35** Das Verhältnis zwischen § 2287 BGB und § 2113 BGB wird unterschiedlich beurteilt. Nach einer in der Literatur vertretenen Ansicht soll in Fällen, in denen – wie hier – der Nacherbe zugleich Vertragserbe ist, zu seinem Schutz gegen unentgeltliche Geschäfte „außer“ § 2113 Abs. 2 BGB „auch“ § 2287 BGB eingreifen (*Grüneberg/Weidlich*, § 2287 Rdnr. 1).

**36** Nach anderer Auffassung des Schrifttums soll der Nacherbe, der zugleich Vertragserbe des Vorerben ist, gegen unentgeltliche Verfügungen des Vorerben über Gegenstände, die zur Erbschaft des erstverstorbenen Erblassers gehören, und gegen Verpflichtungen zu solchen Verfügungen durch § 2113 Abs. 2 BGB geschützt sein. Gegen unentgeltliche Verfügungen des Vorerben über sein eigenes sonstiges Vermögen und gegen entsprechende Verpflichtungen besteht der Schutz durch § 2287 BGB (*Staudinger/Raff*, Neub. 2022, § 2287 Rdnr. 63). Mit anderen Worten betreffen die beiden Schutzvorschriften unterschiedliche Vermögensmassen und schließen sich somit gegenseitig aus.

**37** Der Senat folgt der zuletzt genannten Ansicht. Sie findet ihre Stütze im Gesetzeswortlaut. Denn nach § 2287 Abs. 1



BGB ist anspruchsberechtigt (nur) der „Vertragserbe“. Darunter wird jede Person verstanden, die „vom Erblasser“ in einem wirksamen Erbvertrag zum Erben eingesetzt wurde (Geiger in juris-PK-BGB, 10. Aufl., § 2287 Rdnr. 3). Die Vorschrift erfasst auch nur Schenkungen des „Erblassers“. Der vertragsgemäß vom erstversterbenden Erblasser als Nacherbe eingesetzte Dritte, der zugleich Vertragserbe des Vorerben ist, ist als Vertragserbe von zwei verschiedenen Erblassern eingesetzt: Der zuerst versterbende Erblasser setzt den Dritten vertragsgemäß zum Nacherben ein, während der überlebende Erblasser den Dritten vertragsgemäß zum Vollerben einsetzt. Der Dritte erhält somit den Nachlass zum Teil als Nacherbe des zuerst verstorbenen Ehepartners und zum Teil als Vollerbe des Längstlebenden („Trennungslösung“). Da vertragsgemäßer „Erblasser“ der Nacherbschaft (nur) der Erstversterbende (vgl. § 2100 BGB) ist, ist der Anwendungsbereich des § 2287 BGB bei unentgeltlichen Verfügungen des Vorerben über Gegenstände, die zur Erbschaft des erstverstorbenen Erblassers gehören, nicht eröffnet. Gegen Schenkungen des vertragsgemäßen „Vorerben“ ist der Nacherbe (nur) durch § 2113 BGB geschützt. Für die Anwendung beider Vorschriften auf beide Vermögensmassen nebeneinander besteht zudem kein Schutzbedürfnis.

**38 b)** Nach diesen Maßstäben kann die Klägerin den geltend gemachten Anspruch nicht auf § 2287 Abs. 1 BGB stützen, da der dem Beklagten zugewendete Geldbetrag nach dem inzwischen als unstreitig anzusehenden Sachvortrag der Parteien aus der Erbmasse nach K M stammte. Die Schenkung ist daher nicht als Schenkung „des Erblassers“ im Sinne des § 2287 Abs. 1 BGB, sondern als solche der Vorerbin anzusehen.

**39 aa)** Eine andere Bewertung folgt auch nicht daraus, dass die Schwestern mit notariellem Vertrag vom 28.11.2005 auf ihr Nacherbenanwartschaftsrecht verzichtet haben. Dieser Verzicht hatte in rechtlicher Hinsicht nicht zur Folge, dass die Vorerbschaft und das sonstige Vermögen der Vorerbin zu „eigenem Vermögen“ „verschmolzen“ wurde mit der Folge, dass ein der Nacherbfolge unterliegendes Vermögen nicht mehr vorhanden war. Nach den überzeugenden Grundsätzen, die das BayObLG in seiner Entscheidung vom 27.05.1970, BReg 2 Z 16/70 (NJW 1970, 1794) aufgestellt hat, ist diese Rechtsfolge nicht eingetreten. Die Vorerbin hat danach mit der Übertragung der Anwartschaftsrechte der Nacherbinnen auf sie nur auflösend bedingte Anwartschaftsrechte erhalten. Die Rechte und Pflichten der Vorerbin und der Nacherben sind lediglich, solange die auflösende Bedingung nicht eingetreten ist, „in einer Person vereinigt“ mit der Folge, dass die Vorerbin bis dahin über die Gegenstände der „Vorerbschaft“ frei verfügen kann (BayObLG, a. a. O.). In Fällen, in denen – wie hier – neben dem übertragenden Nacherben Ersatznacherben vorhanden sind und diese ihre Anwartschaft nicht an den Vorerben übertragen haben, wird der Vorerbe nicht zum Vollerben (NK-BGB/Walter Gierl, § 2100 Rdnr. 64). Die – auflösend bedingte – Vereinigung beider Rechtsstellungen führte daher nicht dazu, dass seitdem die Gegenstände der Vorerbschaft zu „eigenem Vermögen“ der Vorerbin wurden.

**40** Dieses Verständnis erscheint auch sachgerecht. Es würde zu einem unbilligen Wertungswiderspruch führen, wenn man einerseits davon ausgeht, dass die Vorerbin durch die Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts auf sie über Gegenstände der Vorerbschaft frei verfügen und damit auch beliebige Schenkungen vornehmen könne, und andererseits diese Freiheit durch eine Anwendung des § 2287 BGB auf das der Vorerbschaft unterliegende Vermögen so gleich wieder einschränken wollte.

**41 bb)** Selbst wenn man von einer „Vermögensvereinigung“ und damit von einer Zuwendung der Vorerbin aus ihrem eigenen Vermögen ausgehen würde, wären Ansprüche der erbvertraglichen Nacherben aus dem dann grundsätzlich anwendbaren § 2287 BGB vertraglich ausgeschlossen worden.

**42 (1)** Der notarielle Vertrag vom 28.11.2005 ist nach Treu und Glauben interessengerecht dahingehend auszulegen (§§ 133, 157 BGB), dass die Klägerin als Vertragserbin konkludent auf ihre Ansprüche aus § 2287 BGB betreffend beeinträchtigende Schenkungen aus der Vorerbschaft verzichtet hat. Ein solcher Verzicht ist im Regelfall nicht sittenwidrig und somit zulässig (vgl. MünchKomm-BGB/Musielak, § 2287 Rdnr. 26). Im Vertrag vom 28.11.2005 war vereinbart, dass die Nacherbinnen für den (vollständigen) Verzicht auf ihre „Nacherbenstellung“ sogleich – also schon vor Eintritt des Nacherbenfalls – eine erhebliche Gegenleistung aus dem Immobilienvermögen der Vorerbschaft in Form der Beteiligung an der Immobiliengesellschaft bzw. eine Barabfindung erhalten. Der Verzicht der Nacherbinnen auf ihre „Nacherbschaft“ hatte rechtlich zur Folge, dass die Vorerbin bis zum etwaigen Eintritt des Ersatzerbfalls über die Gegenstände der Vorerbschaft frei verfügen konnte. Aus der Höhe der vereinbarten Gegenleistung ist das beiderseitige Bewusstsein der Vertragsschließenden zu entnehmen, dass die der Vorerbin eingeräumte Verfügungsfreiheit entsprechend wirtschaftlich bedeutsam ist. Dieses Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung wäre aber empfindlich gestört, wenn das der Vorerbin durch Übertragung der Nacherbenanwartschaftsrechte eingeräumte Recht, über das Vermögen des Erblassers zu Lebzeiten frei verfügen und damit auch beliebige Schenkungen vornehmen zu können, durch die Anwendung des § 2287 BGB auf beeinträchtigende Zuwendungen aus der verbleibenden Vorerbschaft wieder „ausgehebelt“ werden würde.

**43** Es handelt sich daher um eine umfassende Abgeltungsregelung, die billigerweise aus Empfängersicht der Vorerbin (§§ 133, 157 BGB) auch beinhaltete, dass diese zu ihren Lebzeiten über die übrigen Gegenstände der Vorerbschaft nach Belieben verfügen durfte und auch das Recht zu einer die vertragsgemäßen Nacherbinnen beeinträchtigenden Schenkung hatte.

**44 (2)** Ein anderer gemeinsamer Parteiwille kann auch nicht der Regelung in Ziffer V. des notariellen Vertrags vom 28.11.2005 über „Ausgleichsansprüche“ entnommen werden. Diese Bestimmung schließt zwar neben Ausgleichsansprüchen der Miterben aus § 2050 BGB auch solche aus § 2287 BGB insofern aus, als sie Zuwendungen betreffen,

die bis „heute“ erfolgt sind oder aufgrund der in diesem Vertrag genannten Einbringung der Immobilien in die M Immobilien GmbH & Co. KG noch erfolgen. Dies lässt schon deshalb nicht den Gegenschluss zu, dass die Nacherbinnen gegenüber der Vorerbin auf Ansprüche aus § 2287 BGB betreffend künftige Zuwendungen nicht verzichten wollten, weil die Regelung ausdrücklich nur „Ausgleichsansprüche“ im Verhältnis der Schwestern „untereinander“ erfassen sollte. Zweck der Regelung war es damit erkennbar, etwaige Ansprüche der einen Nacherbin als Vertragserbin gegen eine andere Nacherbin als Empfängerin von Zuwendungen des Erblassers auszuschließen.

**45** Ansprüche der Nacherbinnen gegen die Vorerbin werden somit von der Vereinbarung nach deren klarem Wortlaut nicht erfasst. Sie lässt daher keine auslegungsrelevanten Schlussfolgerungen zu.

**46 c)** Selbst wenn man davon ausgehen würde, dass § 2287 BGB auf die streitgegenständliche Schenkung anwendbar wäre und dass der notarielle Vertrag vom 28.11.2005 objektiv keinen vertraglichen Ausschluss beinhalten würde, könnte sich der Senat nicht mit der erforderlichen Gewissheit davon überzeugen, dass die Vorerbin bei der streitgegenständlichen Schenkung angesichts des mit notariellem Vertrag vom 28.11.2005 vereinbarten Verzichts der Nacherbinnen auf ihre „Nacherbenstellung“ unter Vereinbarung erheblicher Gegenleistungen das für § 2287 Abs. 1 BGB notwendige Bewusstsein gehabt hätte, gegen die noch bestehende erbvertragliche Bindung zu verstoßen.

**47** Eine andere Schlussfolgerung lässt sich auch nicht, wie die Klägerin meint, aus Ziffer 8 des „Kauf- und Abtretungsvertrags über alle Kommanditanteile an der M Immobilien GmbH & Co. KG“ vom 09.03.2009 (...) ziehen. Darin wird zwar ausgeführt, dass Frau A M hinsichtlich „ihres übrigen Vermögens“ aufgrund der erbvertraglichen Bindung nach dem Tod ihres Ehemannes Herrn K M „gebunden“ sei. Diese knappe Rechtsbehauptung nimmt aber erkennbar Bezug auf die vorherige erläuternde Ausführung, dass die Vorerbin gerne ihre Enkelkinder „nach ihrem Tod“ bedenken wolle. Die nachfolgend erwähnte erbvertragliche Bindung bezieht sich somit nach dem Sinnzusammenhang nicht auf lebzeitige Zuwendungen der Vorerbin, sondern nur auf solche von Todes wegen. Hierauf bezogen ist der Hinweis auch zutreffend. Die fragliche Rechtsbehauptung ist somit kein Indiz dafür, dass die Vorerbin annahm, sie habe aufgrund der erbvertraglichen Bindungen nicht das lebzeitige Recht zur Vornahme beeinträchtigender Schenkungen mit Mitteln der Vorerbschaft gehabt.

**48** Überdies kann dem vertraglichen Hinweis auch nicht eindeutig entnommen werden, ob mit den Worten „ihres übrigen Vermögens“ auch Gegenstände der Vorerbschaft oder nur das sonstige eigene Vermögen der Vorerbin gemeint ist, wobei für die zuletzt genannte Auslegung die Verwendung des Possessivpronomens „ihres“ spricht. Zudem kann auch nicht mit der erforderlichen Sicherheit angenommen werden, dass die Vorerbin den umfangreichen Vertrag, der ersichtlich vom Notariat oder einem rechtskundigen Berater ausgearbeitet wurde, in vollem Umfang zur Kenntnis genommen und inhaltlich auch die rechtlich schwierige

Trennung der beiden Vermögenmassen zumindest in der juristischen Laiensphäre zutreffend verstanden hat.

**49** Der geltend gemachte Zahlungsanspruch besteht daher nicht. Auf die Berufung des Beklagten ist das Ersturteil daher abzuändern und die Klage abzuweisen.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. Dominik Meier, LL.M. (Yale), Bamberg

### 1. Sachverhalt

Der Entscheidung lag vereinfacht und verkürzt dargestellt folgender Sachverhalt zugrunde: M war mit F verheiratet. In einem Erbvertrag setzten sie sich gegenseitig zu befreiten Vorerben und die drei gemeinsamen Kinder zu Nacherben sowie zu Schlusserben des Längerlebenden ein, ersatzweise jeweils die Abkömmlinge der Kinder. Nach dem Tod des M übertrugen die Kinder ihre Nacherbenanwartschaftsrechte gegen eine Gegenleistung auf ihre Mutter F. Noch zu Lebzeiten übereignete F einem (von mehreren) Enkelkindern aus dem Nachlass des M schenkweise 300.000 € in bar. Nach dem Tod der F verlangt die Klägerin, eines ihrer Kinder, von dem Enkel die Herausgabe des Geldbetrages.

### 2. Rechtliche Einordnung

Der Anspruch der Klägerin kann sich einerseits daraus ergeben, dass F als Vorerbin entgegen § 2113 Abs. 2 BGB unentgeltlich über einen Erbschaftsgegenstand des M verfügt hat.<sup>1</sup> Andererseits war die Klägerin nicht nur Nacherbin des M, sondern auch Schlusserbin der F, weshalb die Schenkung sie als Vertragserbin beeinträchtigt hat, sodass sich der Anspruch auch aus § 2287 Abs. 1 BGB ergeben kann.

Die nachträgliche Unwirksamkeit unentgeltlicher Verfügungen (§ 2113 Abs. 2 BGB) lässt sich von den Vertragserben beeinträchtigenden Schenkungen (§ 2287 Abs. 1 BGB) anhand der betroffenen Vermögensmasse abgrenzen.<sup>2</sup> Das vom Erblasser (M) stammende, der Nacherb-

1 Nach § 2113 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 BGB ist eine unentgeltliche Verfügung des Vorerben über einen Erbschaftsgegenstand zwar nicht nichtig, aber im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Der Nacherbe kann vom Beschenkten dann die Herausgabe des verschenkten Gegenstands verlangen. Der Anspruch ergibt sich bei beweglichen Sachen entweder aus § 985 BGB, oder aber – sollte es zu einer Vermengung des Bargelds gekommen sein – aus der Nichtleistungskondition gemäß §§ 947, 948, 951 i. V. m. § 812 Abs. 1 Satz 1 Var. 2, § 818 Abs. 2 BGB. Sollte der Beschenkte gutgläubig gewesen sein, wäre die Verfügung nach § 2113 Abs. 3 BGB wirksam, sodass sich der Anspruch in gleichem Umfang aus § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB ergäbe.

2 Vgl. Grüneberg/Weidlich, § 2287 Rdnr. 1; ders., ZEV 2024, 33, 38 f.; Staudinger/Raff, Neub. 2022, § 2287 Rdnr. 63; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.08.2024, § 2287 Rdnr. 34; BeckOGK-BGB/Müller-Engels, Stand: 01.10.2024, § 2287 Rdnr. 92.



folge unterliegende Sondervermögen wird durch § 2113 Abs. 2 BGB geschützt, das Eigenvermögen des Vorerben (F) durch § 2287 Abs. 1 BGB. Beide Normen schließen sich bezüglich der gleichen Vermögensmasse gegenseitig aus: Schenkungen aus dem Eigenvermögen des Vorerben unterliegen nicht der Nacherbfolge und Schenkungen aus dem nacherbfolgebefangenen Sondervermögen sind keine Schenkungen des „Erblassers“ im Sinne des § 2287 Abs. 1 BGB, weil der Nacherbe nicht Erbe des Vorerben, sondern des Erblassers ist (§ 2139 BGB).

Der neuralgische Punkt der vorliegenden Entscheidung liegt darin, ob sich durch die Übertragung der Nacherbenanwartschaft von der Klägerin (und ihren Geschwistern) auf die Vorerbin F das Sondervermögen des Erblassers M mit dem Eigenvermögen der F vereinigt hat oder die Vermögensmassen getrennt fortbestehen.

#### a) Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts

Das Anwartschaftsrecht des Nacherben ist als gesicherte Rechtsposition rechtsgeschäftlich übertragbar.<sup>3</sup> Einer Zustimmung der Ersatznacherben bedarf dies nicht.<sup>4</sup> Die Übertragung bedarf jedoch entsprechend § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB der notariellen Beurkundung.<sup>5</sup>

Überträgt der Nacherbe sein Anwartschaftsrecht auf den Vorerben, vereinigt sich die Vor- und Nacherbschaft. Das Nacherbenanwartschaftsrecht erlischt durch Konsolidation.<sup>6</sup> Der bisherige Vorerbe wird unbeschränkter Vollerbe und das nacherbschaftsbefangene Sondervermögen vereinigt sich mit seinem Eigenvermögen, sodass er nunmehr frei über den Nachlass des Erblassers verfügen kann.

Ausnahmsweise kommt es jedoch zu keiner Konsolidation, wenn Rechte Dritter am Anwartschaftsrecht entgegenstehen.<sup>7</sup> Ein solches Recht ist die – wie hier – angeordnete Ersatznacherbeinsetzung.<sup>8</sup> Diese besteht auch nach Übergang des Nacherbenanwartschaftsrechts auf den Vorerben fort, da niemand mehr Recht übertragen

kann, als er selbst innehat (*nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*).<sup>9</sup> Dieser Grundsatz findet sich auch in den gesetzlich geregelten Fällen der Konsolidation bzw. Konfusion (zum Beispiel § 1256 Abs. 1 Satz 2, §§ 1976, 1991 Abs. 2, §§ 2143, 2175, 2377 Satz 1 BGB).

Es besteht Uneinigkeit darüber, wie der Fortbestand der Ersatznacherbeinsetzung dogmatisch zu behandeln ist. Zwei Linien sind nachziehbar:

(1) Die Rechtsprechung geht davon aus, dass sich die Rechte und Pflichten des Vor- und Nacherben mangels Konsolidation in der Person des Vorerben vereinigen.<sup>10</sup> Der Vorerbe erhalte die Rechte des Nacherben allerdings nur auflösend bedingt: Tritt der Ersatznacherbfall ein, verliere der Vorerbe diese Rechtsposition und sei nur noch Vorerbe.

(2) Teile der Literatur gehen von einem Nebeneinander des (starken) Nacherbenanwartschaftsrechts des Nacherben und des (schwachen) des Ersatznacherben aus.<sup>11</sup> Mit dem Übergang auf den Vorerben erlösche zwar das Anwartschaftsrecht des Nacherben, das des Ersatznacherben bleibe aber bestehen und erstarke bei Eintritt des Ersatznacherbfalls.

Beide Ansichten führen im vorliegenden Fall zum selben Ergebnis: F konnte durch die Übertragung der Nacherbenanwartschaft über die Erbmasse des M frei verfügen. Mangels Eintritts der Ersatznacherbfolge lag keine den Ersatzerben beeinträchtigende unentgeltliche Verfügung im Sinne des § 2113 Abs. 2 BGB vor.

#### b) Vereinigung des Sonder- mit dem Eigenvermögen?

Das OLG Nürnberg vertritt in seiner Entscheidung die Auffassung, dass auch § 2287 Abs. 1 BGB im vorliegenden Fall nicht anwendbar sei, weil die Schenkung aus dem Sondervermögen des M und nicht aus dem Eigenvermögen der F stamme. Das Sondervermögen des Erblassers M bestehe nach Ansicht des Gerichts – wegen der Ersatznacherbeinsetzung – trotz der Vereinigung der Rechte und Pflichten des Vor- und Nacherben in der Person der Vorerbin F fort.<sup>12</sup> Deshalb wurde die Klage abgewiesen. Als Begründung führt das Gericht eine Entscheidung des BayObLG an, wonach der Nacherbenvermerk im Grundbuch nach der Übertragung des Anwartschaftsrechts von Nach- auf Vorerben nicht gelöscht werden dürfe, wenn ein Ersatznacherbe eingesetzt wurde, weil die Vermögensmassen nicht endgültig verschmolzen seien.<sup>13</sup>

3 Vgl. RG, Urteil vom 16.12.1920, IV 62/20, RGZ 101, 185; BGH, Urteil vom 09.06.1983, IX ZR 41/82, BGHZ 87, 367, 369; BayObLG, Beschluss vom 29.11.1991, BReg. 1 Z 12/91, FamRZ 1992, 728, 729; BeckOGK-BGB/Küpper, § 2100 Rdnr. 125 ff.

4 MünchKomm-BGB/Lieder, 9. Aufl. 2022, § 2100 Rdnr. 51; BeckOGK-BGB/Küpper, § 2100 Rdnr. 162.

5 RG, Urteil vom 13.11.1942, VII 60/42, RGZ 170, 163, 169; MünchKomm-BGB/Lieder, § 2100 Rdnr. 60.

6 BGH, Beschluss vom 27.09.1995, IV ZR 52/94, ZEV 1995, 453. Krit. zum Begriff der Konsolidation in diesem Kontext: Muscheler, ZEV 2012, 289, 290; BeckOGK-BGB/Küpper, § 2100 Rdnr. 145.

7 BGH, Beschluss vom 27.09.1995, IV ZR 52/94, ZEV 1995, 453; OLG Köln, Beschluss vom 15.01.1955, 8 W 86/54, NJW 1955, 633, 634; BayObLG, Beschluss vom 27.05.1970, BReg. 2 Z 16/70, NJW 1970, 1794, 1795; OLG München, Beschluss vom 28.11.2017, 34 Wx 176/17, NJW-RR 2018, 71 Rdnr. 22; OLG Köln, Beschluss vom 22.11.2017, 2 Wx 219/17, ZEV 2018, 138 Rdnr. 22; MünchKomm-BGB/Lieder, § 2100 Rdnr. 57.

8 Weitere Fälle: weitere Mitnacherben oder gestaffelte Nacherbfolge, vgl. BeckOGK-BGB/Küpper, § 2100 Rdnr. 145.

9 Muscheler, ZEV 2012, 289, 291.

10 BGH, Beschluss vom 27.09.1995, IV ZR 52/94, ZEV 1995, 453; BayObLG, Beschluss vom 27.05.1970, BReg. 2 Z 16/70, NJW 1970, 1794, 1795.

11 Muscheler, ZEV 2012, 289, 290 ff.; BeckOGK-BGB/Küpper, § 2100 Rdnr. 146 ff.

12 Dagegen Weidlich, ZEV 2024, 33, 38 f.

13 BayObLG, Beschluss vom 27.05.1970, BReg. 2 Z 16/70, NJW 1970, 1794, 1795.





Dem Urteil des BayObLG lässt sich meines Erachtens nicht entnehmen, dass sich die Vermögensmassen überhaupt nicht – nur eben auflösend bedingt – vereinigt haben. Der (Ersatz-)Nacherbenvermerk dient dem Schutz des Ersatznacherben, entfaltet mit Blick auf den gutgläubigen Erwerb aber erst eine materiellrechtliche Wirkung, wenn der Ersatznacherbfall eingetreten ist. Gegen die Überlegung des Gerichts spricht ferner, dass nach der Übertragung des Anwartschaftsrechts konzeptuell überhaupt keine Vor- und Nacherbfolge mehr existiert, sondern eine solche erst (aufschiebend bedingt) mit Eintritt der Ersatznacherbfolge entsteht. Bis zu diesem Zeitpunkt finden nach ganz herrschender Meinung auf den Ersatznacherben auch die Schutzvorschriften der §§ 2113 ff. BGB keine Anwendung,<sup>14</sup> weshalb auch nicht von einem Sondervermögen gesprochen werden kann. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass der Anspruch aus § 2287 BGB erst mit dem Tod des Letztversterbenden entsteht. Ist zu diesem Zeitpunkt klar, dass der Ersatznacherbfall nicht eingetreten ist, hat sich die Unterscheidung der beiden Vermögensmassen erledigt. Das Vermögen des erstversterbenden Erblassers hat sich dann – in der juristischen Sekunde des Todes – endgültig mit dem des Letztversterbenden vereinigt, sodass § 2287 BGB Anwendung findet.

Richtigerweise ist daher § 2287 Abs. 1 BGB anwendbar, weil die Schenkung aus dem vereinigten (nun: Eigen-)Vermögen der F stammt. Im Ergebnis (und in seiner Hilfsbegründung) liegt das OLG Nürnberg allerdings richtig: Die Anspruchsvoraussetzungen des § 2287 Abs. 1 BGB sind im vorliegenden Fall nicht gegeben, da in der Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts auf F nach §§ 133, 157 BGB auch eine Generalzustimmung zu lebzeitigen Verfügungen über den Nachlass des M zu sehen ist.<sup>15</sup> Dies gilt jedenfalls, soweit die übertragenden Nacherben mit den Schlusserben identisch sind. Denn es wäre widersprüchlich, wenn die Nacherben einerseits durch Übertragung ihrer Anwartschaft die unbeschränkte Verfügungsbefugnis der F herbeiführen wollten, dies aber gleichsam durch die Anwendung des § 2287 BGB wieder „aushebeln“ würden.

14 BGH, Urteil vom 25.09.1963, V ZR 130/61, BGHZ 40, 115, 119; BayObLG, Beschluss vom 20.10.1960, BReg. 1 Z 213/59, BayObLGZ 60, 407, 410; MünchKomm-BGB/Lieder, § 2102 Rdnr. 16.

15 Siehe auch Weidlich, ZEV 2024, 33, 39; allg. zur Zustimmung bei § 2287 BGB, die nach h. M. der notariellen Beurkundung bedarf: MünchKomm-BGB/Musielak, § 2287 Rdnr. 26.

## 14. Beginn der Ausschlagungsfrist im Fall der gesetzlichen Erbfolge bei abgebrochenem Kontakt zum Erblasser und Anfechtung der Erbschaftsannahme

KG, Beschluss vom 10.10.2023, 6 W 31/23

BGB § 119 Abs. 2, § 1924 Abs. 1, §§ 1942, 1945, 1953, 1957 Abs. 1

### LEITSÄTZE:

1. Die Ausschlagungsfrist beginnt im Fall der gesetzlichen Erbfolge mit der Kenntnis vom Tod des Erblassers und der Kenntnis des Berufungsgrundes in der Form, dass dem gesetzlichen Erben die Familienverhältnisse bekannt sind und er nach den Gesamtumständen keine begründete Vermutung hat oder haben kann, dass eine ihn ausschließende letztwillige Verfügung vorhanden sei. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der Erbe muss also auch wissen, dass er selbst Erbe geworden ist und aus welchem konkreten erbrechtlichen Tatbestand sich die rechtliche Folge seiner Berufung ergibt; ein Kennenmüssen oder eine (grob) fahrlässige Unkenntnis seiner Erbenstellung steht einer Kenntnis nicht gleich, auf Verschulden kommt es nicht an. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Insbesondere bei einem lange abgebrochenen Kontakt zur Erblasserin kann ein gesetzlicher Erbe annehmen, es gebe noch eine testamentarische Erbeinsetzung einer der Erblasserin näher stehenden Person. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Die irrtümliche Annahme, der Nachlass sei überschuldet, stellt nur dann einen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB dar, wenn er auf einer unrichtigen Vorstellung über die Zusammensetzung des Nachlasses beruhte, wenn also der Erbe nur deshalb von einer Überschuldung ausging, weil er keine Kenntnis von einem weiteren werthaltigen Nachlassgegenstand hatte. (Leitsatz der Schriftleitung)

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die am (...) 2022 in B verstorbene Erblasserin war in zweiter Ehe verheiratet mit dem vorverstorbenen A B. Aus dieser Ehe ist kein Kind hervorgegangen. Beide Ehegatten hatten jedoch Kinder aus ihren ersten Ehen: A B zwei Töchter und einen Sohn; die Erblasserin die Antragstellerin, die sie zusammen mit ihrem ersten Ehemann noch minderjährig an Kindes statt angenommen hatte.

2 Mit privatschriftlichem gemeinschaftlichem Testament vom 10./11.07.1997 verfügten die Eheleute wie folgt:

„Unser letzter Wille

1. Wir, die Eheleute A und C B, setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein. Aus der Ehe sind keine gemeinsamen Kinder hervorgegangen.

2. Zwischen den Eheleuten wurde vereinbart, dass die 3 Kinder aus der geschiedenen Ehe des A B, D, E und F sowie die Tochter aus der geschiedenen Ehe der C B, I, je 10.000, – DM vor Wirksamwerden des gemeinsam erstellten Testaments, erhalten. (s. beiliegende Zahlungsbelege) Mit dieser Vorableistung von insgesamt 40.000 DM sind an den Überlebenden keine Forderungen auf ein Pflichtteil zu stellen. (...)“

3 Eine Ablichtung dieses eröffneten Testaments wurde der Antragstellerin mit Verfügung des Nachlassgerichts vom 22.02.2022 zugestellt. Unter dem 28.04.2022 schrieb das AG Köpenick – Nachlassgericht – sie wegen eingegangener Unterlagen des Bestattungsinstituts als potenzielle gesetzliche Erbin an. Anfang Mai 2022 meldete sich die Vermieterin der Erblasserin wegen eventueller Mietforderungen und Räumungskosten beim Nachlassgericht.

4 Am 13.05.2022 schlug die Antragstellerin das Erbe vor dem AG Brandenburg an der Havel – Abteilung für Nachlasssachen – aus; hilfsweise focht sie die Annahme der Erbschaft durch Fristversäumnis an (...). Sie erklärte u. a. zu Protokoll:

„Ich habe Ende Februar ein Testament der Erblasserin vom 11.07.1997 bekannt gegeben bekommen. Mir wurden mit der Bekanntgabe keine weiteren Informationen zuteil. Das Nachlassgericht übersandte mir schlicht eine Abschrift des Testaments. (...) Ich hatte jedoch daraus nicht den Schluss gezogen, dass ich ihre Erbin sein könnte. Da ich seit vielen Jahren überhaupt nicht in Kontakt zu der Erblasserin stand, nahm ich an, sie hätte vielleicht eine weitere Person zu ihrer Erbin bestimmt, vielleicht deren Schwester. Möglicherweise war mir die Verfügung (...) nur bekannt gegeben worden, weil hierin ein Zahlungsanspruch zu meinen Gunsten erwähnt ist.

Ich sah mich aus diesen Gründen nicht veranlasst irgendetwas zu unternehmen.

Erst als ich das Schreiben des Nachlassgerichts vom 28.04.2022 erhielt und mit dem zuständigen Rechtspfleger am 09.05.2022 telefonierte, erfuhr ich, dass ich aus dem Testament hätte schließen sollen, dass ich gesetzliche Erbin geworden bin. Die Frist zur Ausschlagung einer Erbschaft [...] war bislang nicht bekannt. [...] Die angefallene Erbschaft schlage ich aus jedem Berufungsgrunde aus, einerlei ob der Anfall aufgrund gesetzlicher Erbfolge erfolgt oder auf einer Verfügung von Todes wegen [...] beruht. Hilfsweise fechte ich die Annahme der Erbschaft durch Fristversäumnis aus den o. g. Gründen an. Hätte ich nach Erhalt der Post vom 22.02.2022 [...] gewusst, dass ich als Erbin in Betracht komme und diese Erbenstellung ausschlagen kann, hätte ich dies unmittelbar getan.“

5 Dieses Protokoll ging am 17.05.2022 beim zuständigen Nachlassgericht ein. Mitte Juni 2022 teilte das AG Köpenick – Nachlassgericht – der Vermieterin der Erblasserin mit, dass alle bekannt gewordenen Erben die Erbschaft ausgeschlagen hätten bzw. ausschlagen würden und Mittel zur Begleichung ihrer Ansprüche dem Nachlass (derzeit nicht zur Verfügung stünden).

6 Ende Juni 2022 wurde die Antragstellerin sodann mündlich und schriftlich von dem ehemaligen Betreuer der Erblasserin darüber benachrichtigt, dass der Wert des Nachlasses etwa 350.000 € betrage (...). Seinem Rat folgend focht sie am 19.07.2022 die Ausschlagung der Erbschaft vor dem AG Köpenick an (...). Sie erklärte wiederum wörtlich zu Protokoll:

„Ich habe in Unkenntnis über den Wert des Nachlasses am 13.05.2022 die Annahme der Erbschaft angefochten, nachdem ich mit Schreiben vom 22.02.2022 von Tod [sic] meiner Mutter durch Übersendung einer Abschrift des Testaments informiert worden bin. Mit dem Schreiben des Gerichts konnte ich nichts anfangen. Die Ausschlagung erfolgte ohne Begründung aus allen Berufungsgründen, weil ich mit der Sache nichts zu tun haben wollte. (...) Im Übrigen verweise ich auf meine Stellungnahme, die als Anlage zum Protokoll genommen werden soll. (...)“

7 In der Anlage (...) heißt es auszugsweise:

„Dabei [bei der Ausschlagung] bin ich davon irrtümlich ausgegangen, dass der Nachlass überschuldet ist. Mit meiner Mutter hatte ich schon lange keinen Kontakt, hatte also keine Kenntnis davon, was im Nachlass enthalten sein könnte. [...] Am 09.05.2022 telefonierte ich mit dem Rechtspfleger K, der mir mitteilte, aus diesen Unterlagen könne er ersehen, dass Mietrückstände bestünden und weitere Kosten für die Wohnung und deren Räumung anfallen würden. Es sei auch ein Kontoauszug der Volks-/Raiffeisenbank dabei, aus der ein Kontostand um die 200 € im Haben ersichtlich sei, was aber nicht ausreiche, um die angeführten Kosten zu decken. Er empfahl mir, die Erbschaft auszuschlagen wegen des überschuldeten Nachlasses. Dies tat ich dann am 13.05.2022 vor dem AG Brandenburg.

Am 28.06.2022 erhielt ich einen Anruf von einem Rechtsanwalt L. (...) Daraufhin teilte er mir mit, dass meine Mutter zum Zeitpunkt ihres Todes über Vermögen in Höhe von etwa 350.000 € verfügte, und zwar als Bankeinlagen. (...) Die Bankeinlagen fallen in den Nachlass. Damit ist der Nachlass werthaltig. Hiermit erkläre ich, die Anfechtung der Erbschaftsausschlagung wegen Irrtums und nehme die Erbschaft nach meiner Mutter ausdrücklich an.“

8 Der Rechtspfleger hielt in einem Vermerk vom selben Tage fest, noch nie jemandem empfohlen zu haben, das Erbe auszuschlagen (...).

9 Die Antragstellerin strebt die Erteilung eines Erbscheins an, wonach die Erblasserin allein von ihr beerbt wird (...).

10 Das AG Köpenick – Nachlassgericht – hat mit Beschluss vom 15.03.2023 (...) den Erbscheinsantrag zurückgewiesen. Die Antragstellerin sei nicht gesetzliche Erbin, ihre Anfechtung der Annahme der Erbschaft wirksam. Insbesondere liege kein Inhaltsirrtum vor. Die Ausschlagung sei erfolgt, weil die Antragstellerin „mit der Sache nichts zu tun haben wollte“. Sie habe zudem ohne Weiteres die Möglichkeit gehabt, sich über den Nachlasswert zu informieren, etwa

durch eigene Nachforschungen bei dem Betreuungsgericht. Zwar müssten ihr zu diesem Zeitpunkt bereits Gläubigeranfragen vorgelegen haben. Darauf sei die Antragstellerin, die sich gerade nicht auf eine Überschuldung des Nachlasses bezogen habe, jedoch mit keinem Wort eingegangen.

**11** Gegen diesen, der Antragstellerin am 23.03.2023 zugestellten Beschluss (...) richtet sich ihre Beschwerde vom 28.03.2023, die am 31.03.2023 bei dem AG Köpenick eingegangen ist (...). Die Antragstellerin verweist darauf, vom Rechtspfleger am 09.05.2022 mündliche Informationen erhalten zu haben, die auf eine Überschuldung des Nachlasses hindeuten konnten, weswegen sie die Ausschlagung, hilfsweise die Anfechtung der Annahme der Erbschaft erklärt habe. Der Rechtspfleger sei für die Bescheidung des Erbscheinsantrags unzuständig gewesen. Die Ausschlagungsfrist sei vor ihrer Ausschlagungserklärung bereits abgelaufen gewesen, die Anfechtung der Annahme unwirksam. Jedenfalls habe sie nach Kenntnis der Zusammensetzung des Nachlasses eine etwaige Anfechtung der Annahme wirksam angefochten. Sie habe sich darüber geirrt, dass nachträglich bekanntgewordenes Nachlassvermögen zu berücksichtigen sei.

**12** Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 07.06.2023 (...) der Beschwerde nicht abgeholfen. Es stehe außer Frage, dass das gemeinschaftliche Testament nach dem ersten Erbfall erschöpft gewesen sei, weswegen die gesetzliche Erbfolge gelte. Es möge zutreffen, dass das Gericht am Telefon von einem seinerzeit bekannten Guthaben gesprochen habe. Der Antragstellerin habe nur der aus der Akte erkennbare Verfahrensstand bzw. Nachlasswert mitgeteilt werden können. Es liege kein Motivirtum vor, da die Antragstellerin bei Kenntnis ihrer Erbenstellung das Erbe sofort ausgeschlagen hätte.

**13** II. Die Beschwerde der Antragstellerin ist gemäß §§ 58 ff. FamFG zulässig, sie ist insbesondere form- und fristgerecht bei dem Nachlassgericht eingegangen.

**14** Sie hat auch in der Sache Erfolg. Denn die Antragstellerin ist alleinige gesetzliche Erbin der Erblasserin; eine entgegenstehende testamentarische Verfügung liegt nicht vor, der Rechtspfleger war für das Verfahren zuständig (unter 1.). Zwar hat die Antragstellerin das Erbe zunächst nach §§ 1942 ff. BGB ausgeschlagen mit der Wirkung, dass der Anfall der Erbschaft gemäß § 1953 Abs. 1 BGB als nicht erfolgt galt (unter 2.). Sodann hat sie ihre Ausschlagungserklärung jedoch wirksam angefochten, sodass ihre Anfechtung gemäß § 1957 Abs. 1 BGB als Annahme gilt (unter 3.).

**15** 1. Bereits ursprünglich war die Antragstellerin als Adoptivtochter der Erblasserin (zu angenommenen Kindern siehe *Weidlich* in Grüneberg, 82. Aufl., § 1924 Rdnr. 10) nach gesetzlicher Erbfolge gemäß § 1924 Abs. 1 BGB Alleinerbin. Eine entgegenstehende testamentarische Verfügung liegt nicht vor. Das gemeinschaftliche Testament vom 10./11.07.1997 war mangels Schlusserbeneinsetzung nach dem ersten Erbfall erschöpft; die Antragstellerin stützt ihr Begehren auf Erteilung eines Erbscheins entsprechend auch auf gesetzliche Erbfolge (anders als die Beschwerde-

führerin in dem von der Antragstellerin zitierten Beschluss des OLG München vom 28.04.2021, 31 Wx 154/21), weswegen der Rechtspfleger für das Erbscheinsverfahren funktionell zuständig war.

**16** 2. Zunächst hat die Antragstellerin das Erbe nach §§ 1942 ff. BGB ausgeschlagen mit der Wirkung, dass der Anfall der Erbschaft gemäß § 1953 Abs. 1 BGB als nicht erfolgt galt. Ihre gemäß § 1945 BGB formgerecht vor dem AG Brandenburg an der Havel, Abteilung für Nachlasssachen, zu Protokoll erklärte Ausschlagung erfolgte auch – anders als die Antragstellerin selbst meint – binnen der sechswöchigen Ausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 1 BGB. Diese Frist beginnt erst mit der Kenntniserlangung des Erben von dem Anfall und Grunde der Berufung zu laufen (§ 1944 Abs. 2 BGB). Diese maßgebliche „Kenntnis“ des Betroffenen setzt nach gefestigter Rechtsprechung – schon des Reichsgerichts – ein zuverlässiges Erfahren der in Betracht kommenden Umstände voraus, aufgrund dessen ein Handeln von ihm erwartet werden kann (BGH, Entscheidung vom 19.02.1968, III ZR 196/65, Rdnr. 26 m. w. N.). Dem Erben müssen die tatsächlichen oder rechtlichen Umstände in so zuverlässiger Weise bekannt geworden sein, dass von ihm vernünftigerweise erwartet werden kann, in die Überlegungen über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft einzutreten (vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 23.02.2006, 3 W 6/06, Rdnr. 17 ff; BayObLG, Beschluss vom 26.08.1993, 1 Z BR 80/93, Rdnr. 12 m. w. N.).

**17** Erforderlich ist, dass der Erbe Kenntnis vom Tod des Erblassers hat und bestimmt weiß, dass er entweder aufgrund Gesetzes oder Verfügung von Todes wegen Erbe geworden sei. Nach herrschender Meinung, die auch der Senat teilt, ist bei gesetzlicher Erbfolge Kenntnis des Berufungsgrundes dann anzunehmen, wenn dem gesetzlichen Erben die Familienverhältnisse bekannt sind und er nach den Gesamtumständen keine begründete Vermutung hat oder haben kann, dass eine ihn ausschließende letztwillige Verfügung vorhanden sei. Bei abgerissenem Familienbande ist der Ausschluss als gesetzlicher Erbe auch als naher Angehöriger nicht unwahrscheinlich. Dagegen hindert die bloße Unkenntnis vom Fristbeginn sowie der Ausschlagungsmöglichkeit den Fristbeginn nicht (siehe dazu *Krätzschel* in *Krätzschel* u. a., Nachlassrecht, 12. Aufl. 2022, § 16 Rdnr. 16 m. w. N.; *Weidlich*, a. a. O., § 1944 Rdnr. 3 f. m. w. N.; OLG Zweibrücken, a. a. O., Rdnr. 19; OLG Celle, Beschluss vom 07.02.2022, 6 W 188/21, Rdnr. 6; OLG Schleswig, Beschluss vom 20.06.2016, 3 Wx 96/15, Rdnr. 16 f.). Der Erbe muss also auch wissen, dass er selbst Erbe geworden ist und aus welchem konkreten erbrechtlichen Tatbestand sich die rechtliche Folge seiner Berufung ergibt; ein Kennenmüssen oder eine (grob) fahrlässige Unkenntnis seiner Erbenstellung steht einer Kenntnis nicht gleich, auf Verschulden kommt es nicht an (vgl. *Weidlich*, a. a. O., § 1944 Rdnr. 2 m. w. N.).

**18** Danach ist es zwar irrelevant, dass der Antragstellerin die Frist zur Ausschlagung einer Erbschaft nicht bekannt war. Sie hatte jedoch nicht schon aufgrund der schlichten Übersendung des eröffneten Testaments vom 10./11.07.1997 die erforderliche Kenntnis ihrer Erbenstellung. Vielmehr konnte sie angesichts der Gesamtumstände, insbesondere infolge





des lange abgebrochenen Kontakts zu der Erblasserin, annehmen, es gebe noch eine testamentarische Erbeinsetzung einer der Erblasserin näher stehenden Person. Die Antragstellerin war vom Nachlassgericht auch nicht als (potenzielle) gesetzliche Erbin angeschrieben worden. Ihre Annahme, die Verfügung vom 10./11.07.1997 sei ihr nur deswegen bekannt gegeben worden, weil hierin ein Zahlungsanspruch zu ihren Gunsten erwähnt sei, ist vor diesem Hintergrund – zumal weil sie offenkundig rechtsun erfahren ist – plausibel. Erst mit dem Anschreiben des Nachlassgerichts vom 28.04.2022 sind ihr die tatsächlichen bzw. rechtlichen Umstände in so zuverlässiger Weise bekannt geworden, dass von ihr erwartet werden konnte, in die Überlegungen über Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft einzutreten. Denn es gibt keinen Anhalt, dass die Antragstellerin vor Zugang dieses Schreibens durch anderweitige Informationen von ihrer Erbenstellung zuverlässige Kenntnis erhalten haben könnte.

**19** 3. Die zunächst wirksame Ausschlagungserklärung hat die Antragstellerin jedoch am 19.07.2022 wirksam angefochten, sodass ihre Anfechtung gemäß § 1957 Abs. 1 BGB als Annahme gilt.

**20** Die Anfechtungserklärung erfolgte an diesem Tage formgerecht nach § 1955 BGB vor dem Nachlassgericht und auch innerhalb der sechswöchigen Anfechtungsfrist des § 1954 Abs. 1 BGB. Die Antragstellerin hat erst Ende Juni 2022 durch schriftliche und mündliche Mitteilung des ehemaligen Betreuers der Erblasserin erfahren, dass zum Aktivnachlass auch Sparvermögen in ganz erheblichem Umfang gehörte, der Nachlass also nicht überschuldet war. Entgegen der Ansicht des Nachlassgerichts stand der Beteiligten auch ein Anfechtungsrecht nach § 119 Abs. 2 BGB zu:

**21** Die Ausschlagung der Erbschaft kann nur nach den allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen unter Lebenden gemäß §§ 119 ff. BGB angefochten werden (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 22.03.2023, IV ZB 12/22, Rdnr. 14; *Weidlich*, a. a. O., § 1954 Rdnr. 1 m. w. N.). Die irrtümliche Annahme, der Nachlass sei überschuldet, stellt nach der herrschenden Meinung, die auch der Senat teilt, nur dann einen Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB dar, wenn er auf einer unrichtigen Vorstellung über die Zusammensetzung des Nachlasses beruhte, wenn also der Erbe nur deshalb von einer Überschuldung ausging, weil er keine Kenntnis von einem weiteren werthaltigen Nachlassgegenstand hatte (ständige Rechtsprechung des Senats, siehe etwa: Beschluss vom 20.02.2018, 6 W 1/18; vgl. auch BGH, Urteil vom 08.02.1989, BGHZ 106, 359; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.01.2011, I-3 Wx 21/11, juris Rdnr. 16 m. w. N.). Dagegen liegt kein die Anfechtung nach § 119 Abs. 2 BGB begründender Irrtum vor, wenn die Ausschlagung unabhängig von Grund und Höhe der Erbschaft oder aufgrund befürchteter Überschuldung des Nachlasses auf der Grundlage ungenauer zeitferner Informationen erfolgte (OLG Düsseldorf, a. a. O., juris Rdnr. 18 ff.; OLG Hamburg, Beschluss vom 07.03.2018, 2 W 31/16, juris 26 f.). Wer nicht aufgrund einer Bewertung ihm bekannter oder (relevanter) zugänglicher Fakten zu dem Ergebnis gelangt war, die Erbschaft

ausschlagen zu wollen, sondern seine Entscheidung auf spekulativer Grundlage getroffen hatte, kann sich nicht auf einen Anfechtungsgrund berufen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.2016, I-3 Wx 155/15, juris Rdnr. 19).

**22** Unabhängig vom Wortlaut der Ausschlagungserklärung ist es ausreichend, aber auch notwendig, dass die angefochtene Erklärung tatsächlich auf einem entsprechenden Irrtum beruhte und dass dies aufgrund der Umstände des Einzelfalls zur notwendigen Überzeugung des Gerichts festgestellt werden kann (vgl. Senat, Beschluss vom 20.02.2018, 6 W 1/18; Beschluss vom 03.08.2018, 6 W 23/18). Daher teilt der Senat nicht die Ansicht des Nachlassgerichts, ein entsprechender Irrtum der Antragstellerin könne schon deshalb nicht festgestellt werden, weil diese in ihrer Ausschlagungserklärung angegeben habe, sie hätte ihre Erbenstellung unmittelbar nach Erhalt der Post vom 02.02.2022 ausgeschlagen, wenn sie gewusst hätte, als Erbin in Betracht zu kommen, bzw. weil sie im Rahmen ihrer Anfechtungserklärung am 19.07.2022 zu Protokoll erklärte, die Ausschlagung sei erfolgt, weil sie „mit der Sache nichts zu tun haben wollte“. Denn die in den Blick zu nehmenden Gesamtumstände führen zu der Überzeugung des Senats, dass die Ausschlagung tatsächlich auf den aktuellen mündlichen Mitteilungen des Nachlassgerichts zur Zusammensetzung des Nachlasses beruhte.

**23** Die Antragstellerin hat in der Anlage zu Protokoll ihrer Anfechtungserklärung (...) erklärt, der Rechtspfleger habe ihr telefonisch mitgeteilt, aus den ihm vorliegenden Unterlagen könne er ersehen, dass Mietrückstände der Erblasserin bestünden und weitere Kosten für die Wohnung und deren Räumung anfallen würden. Weiterhin sei einem Kontoauszug der Volks-/Raiffeisenbank zu entnehmen, dass das vorhandene Guthaben die angeführten Kosten nicht decken könne. Der Rechtspfleger hat diese Mitteilungen für möglich gehalten, auch wenn er den weiter von der Antragstellerin behaupteten Rat zur Ausschlagung für ausgeschlossen hält. Danach ging die Antragstellerin im Zeitpunkt der Ausschlagung infolge aktueller Informationen, die sie vom Nachlassgericht erhalten hatte, von einer Überschuldung des Nachlasses aus. Wenn sie vor diesem Hintergrund zu Protokoll erklärte, sie hätte das Erbe in Kenntnis ihrer Erbenstellung unmittelbar ausgeschlagen, heißt das nicht, dass ihr dabei der Wert des Nachlasses gleichgültig war. Vielmehr spricht die Vehemenz ihrer Aussage dafür, dass sie einen überschuldeten Nachlass im Sinn hatte. Anderenfalls hätte sie sich vom Nachlassgericht auch nicht über einzelne Positionen des Nachlasses informieren lassen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus ihrer protokollierten Erklärung, „mit der Sache nichts zu tun haben“ zu wollen. Denn auch diese ist in dem vorbeschriebenen Kontext zu bewerten, was die Antragstellerin durch die vorzitierten Ausführungen in der der Erklärung beigefügten Anlage selbst zum Ausdruck gebracht hat.

**24** Danach ist bei Berücksichtigung der Gesamtumstände ohne Zweifel davon auszugehen, dass sich die Antragstellerin bei Abgabe ihrer Ausschlagungserklärung am 13.05.2022 über die Zusammensetzung und damit eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses geirrt hat,



weil sie von den werthaltigen Bankeinlagen erst durch die schriftlichen und mündlichen Informationen des ehemaligen Betreuers der Erblasserin erfahren hat.

**25** Dieser Irrtum war auch kausal für ihre Ausschlagungserklärung. Die Kausalität des Irrtums für eine angefochtene Ausschlagungserklärung ist danach zu beurteilen, ob der Erklärende bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falls die Ausschlagung nicht erklärt hätte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.11.2016, I-3 Wx 12/16, juris Rdnr. 17). Dies ist hier anzunehmen, da die Antragstellerin im Falle der Kenntnis des vorhandenen Sparvermögens nicht von einer Überschuldung des Nachlasses ausgegangen wäre. Vielmehr hätte sie einen sechsstelligen Betrag vor Augen gehabt, mit dem sie nicht nur die noch ausstehenden Schulden der Erblasserin begleichen, sondern auch die Räumung der Wohnung durch Dritte leicht finanzieren konnte.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Christian Hartmann**, Jüchen

Die Entscheidung betrifft zwei praktisch hochrelevante Fragen des Rechts der Erbausschlagung: den Beginn der Ausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 2 BGB im Fall der gesetzlichen Erbfolge und die Voraussetzungen, unter denen eine erfolgte Erbausschlagung wegen Irrtums über die Überschuldung des Nachlasses nachträglich angefochten werden kann.

Es bietet sich dem Leser ein klassischer Schulfall, den das KG ebenso schulmäßig prüft: Die Antragstellerin war einziger Abkömmling der Erblasserin. Diese hatte keine gültige Verfügung von Todes wegen hinterlassen. Die Antragstellerin war also gesetzliche Alleinerbin geworden. Sie hätte diese Stellung durch ihr nachträgliches Verhalten jedoch in zwei alternativen Fällen wieder verloren: Entweder war die Erklärung der Erbausschlagung verfristet und daher unwirksam *und* die hilfsweise erklärte Anfechtung der im Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist liegenden (fingierten) Annahmeerklärung (§ 1943 BGB) aufgrund Inhaltsirrtums war wirksam (dazu nachfolgend 1.). Oder die Ausschlagung oder die Anfechtung der Annahme war zunächst wirksam erfolgt *und* die statuszerstörende Wirkung der Ausschlagung oder der Anfechtung (§ 1957 Abs. 1 BGB) ist nicht wieder durch die erklärte Anfechtung der Ausschlagungs- bzw. Anfechtungserklärung beseitigt worden (dazu nachfolgend 2.). Das KG löst den Fall zutreffend.

#### 1. Fristgerechte Erbausschlagung?

Die Frist zur rückwirkenden Beseitigung des automatisch erfolgten Erbanfalls (§ 1922 Abs. 1 BGB) beträgt sechs Wochen (§ 1944 Abs. 1 BGB). Sie beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Erbe „von dem Anfall und Grunde der Berufung Kenntnis erlangt“. Auf Basis der Rechtspre-

chung und der allgemeinen Meinung<sup>1</sup> konkretisiert das KG dies treffend und verlangt im Rahmen des § 1944 Abs. 2 BGB ein derart zuverlässiges Bekanntsein der tatsächlichen oder rechtlichen Umstände, dass von ihm vernünftigerweise erwartet werden kann, dass er in die Überlegungen über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft eintritt. Bei gesetzlicher Erbfolge ist Bezugspunkt des zuverlässigen Bekanntseins zunächst das Ableben des Erblassers und der Verwandtschaftsgrad. Beides ist regelmäßig unproblematisch. Die Schwierigkeit liegt für die gesetzliche Erbfolge beim zuverlässigen Bekanntsein des Fehlens einer Verfügung von Todes wegen, die die gesetzliche Erbenstellung ausschliesse. Eine Gewissheit über das Vorliegen dieser negativen Tatsache kann, da praktisch unmöglich, nicht verlangt werden. Daher ersetzt das KG im Einklang mit der allgemeinen Meinung das Erfordernis der Kenntnis mit Recht dadurch, dass der Erbe „nach den Gesamtumständen keine begründete Vermutung hat oder haben kann, dass eine ihn ausschließende letztwillige Verfügung vorhanden ist“.<sup>2</sup> Also nochmals paraphrasiert: Die Kenntnis vom Berufungsgrund der gesetzlichen Erbfolge liegt noch nicht vor, wenn für den Erben das Vorliegen einer Verfügung von Todes wegen vernünftigerweise nicht nur theoretisch möglich, sondern naheliegend ist. Das ist ein richtiger und praktikabler Maßstab, dessen Anwendung im Einzelfall gleichwohl schwierig sein kann.

Zum Fall: Wenn man als Familienangehöriger, der zum Kreis der gesetzlichen Erben gehört, das Eröffnungsprotokoll nur einer einzigen Verfügung von Todes wegen erhält, die für den vorliegenden Erbfall ersichtlich keine Verfügung enthält, dürfte die Annahme einer gleichwohl existierenden und die gesetzliche Erbfolge ausschließenden Verfügung von Todes wegen im Normalfall nicht mehr naheliegend sein. Im Regelfall ist in einer solchen Situation mit Zugang des Eröffnungsprotokolls die Kenntnis von Berufungsgrund der gesetzlichen Erbfolge und damit der Fristbeginn des § 1944 Abs. 2 BGB anzunehmen.<sup>3</sup>

Im entschiedenen Fall lag jedoch eine typische Konstellation der sog. abgerissenen Familienbande vor. Für diese Situation geht das KG in seiner Entscheidung mit der herrschenden Meinung<sup>4</sup> davon aus, dass für den gesetz-

- 1 BGH, Beschluss vom 19.02.1968, III ZR 196/65, BeckRS 1968, 31172225; OLG Celle, Beschluss vom 07.02.2022, 6 W 188/21, ZErB 2022, 146.
- 2 Ebenso OLG Celle, Beschluss vom 07.02.2022, 6 W 188/21, ZErB 2022, 146; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 20.06.2016, 3 Wx 96/15, ZEV 2016, 698, Rdnr. 15; OLG Rostock, Beschluss vom 14.09.2011, 3 W 118/10, NJW-RR 2012, 1356.
- 3 So für den vorliegenden Fall auch *Muscheler*, ZEV 2024, 602, 603 in seiner Anmerkung zur vorliegenden Entscheidung.
- 4 Pfälz. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 23.02.2006, 3 W 6/06, DNotZ 2006, 698, 700; OLG Rostock, Beschluss vom 10.11.2009, 3 W 53/08, RNotZ 2010, 475, 476; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 20.06.2016, 3 Wx 96/15, ZEV 2016, 698, 699; MünchKomm-BGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, § 1944 Rdnr. 10.

lichen Erben begründete Anhaltspunkte dafür vorliegen können, dass der Erblasser auf die beendete persönliche Beziehung mit einer enterbenden Verfügung von Todes wegen reagiert hat. Diese Bewertung ist zutreffend. Jeder Notar kennt aus seiner praktischen Tätigkeit die Enttäuschung und das Unverständnis von Eltern über einen Kontaktabbruch eines eigenen Kindes, zumal des einzigen. Hier ist sehr oft der Wunsch nach Enterbung und die Verweisung auf den Pflichtteil die Reaktion. Nicht in allen Fällen folgt daraus jedoch die begründete Vermutung des gesetzlichen Erben, es bestehe eine ihn enterbende Verfügung von Todes wegen. Vorliegend ging das KG in seiner Sachverhaltsfeststellung davon aus, dass – entsprechend ihren Angaben – die Antragstellerin seit vielen Jahren keinen Kontakt mehr zur Erblasserin hatte. Die Antragstellerin hatte bei der Ausschlagungserklärung zu Protokoll gegeben, dass sie *deshalb* annahm, die Erblasserin hätte „vielleicht eine andere Person zu ihrer Erbin bestimmt (...)“.<sup>5</sup> Die objektiv begründeten Anhaltspunkte für diese Wertung hätten vielleicht gefehlt, wenn die einzige eröffnete Verfügung von Todes wegen, die gerade keine Enterbung enthielt, von einem Zeitpunkt nicht lange vor dem Erbfall und aus einer Zeit datierte, in dem die Kontaktlosigkeit schon lange währte. Dann hätte die Annahme einer Enterbung als Reaktion auf die Kontaktlosigkeit nicht unbedingt mehr nahegelegen. Hier aber lagen zwischen der Errichtung der eröffneten Verfügung und dem Erbfall fünfundzwanzig Jahre und der Zeitraum der Kontaktlosigkeit lag *nach* der Errichtung der Verfügung von Todes wegen. Da konnte und durfte die Antragstellerin damit rechnen, dass die Mutter später noch auf den „Abriss der Familienbande“ reagiert und andere Familienmitglieder oder karitative Einrichtungen bedacht hatte.<sup>6</sup> Richtigerweise hat daher das KG die Kenntnis vom Berufungsgrund und damit den Fristbeginn noch nicht mit dem Zugang des Eröffnungsprotokolls am 22.02.2022, sondern erst mit dem Anschreiben des Nachlassgerichts vom 28.04.2022 angenommen, in dem die Antragstellerin als mögliche gesetzliche Erbin angesprochen wurde. Erst mit Kenntnis dieses Schreibens konnte von der Erbin „vernünftigerweise erwartet werden [...], dass [sie] in die Überlegungen über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft eintritt“ (Rdnr. 16). Die Ausschlagungserklärung der Erbin gegenüber dem zuständigen AG (§ 345 FamFG) war daher fristgerecht und hat ihre Erbenstellung rückwirkend beseitigt. Die hilfsweise erklärte Anfechtung der Annahme durch Untätigkeit (§ 1943 BGB) war daher nicht relevant.

## 2. Wirksame Anfechtung der Erbausschlagungserklärung?

Entscheidend kam es daher darauf an, ob die Antragstellerin die zum Entfall ihrer Erbenstellung führende Ausschlagungserklärung vom 13.05.2022 mit ihrer Erklärung vom 19.07.2022 wiederum wirksam angefochten hat.

<sup>5</sup> Weshalb *Muscheler*, ZEV 2024, 602, 603 meint, die Antragstellerin hätte überhaupt keine Vermutung über eine anderweitige Verfügung angestellt, erschließt sich daher nicht.

<sup>6</sup> A. A. *Muscheler*, ZEV 2024, 602, 603.

Das KG weist zunächst mit Recht darauf hin, dass die Anfechtung einer Ausschlagungserklärung – wie im Übrigen auch einer Annahmeerklärung – mangels Spezialregelungen im Erbrecht nur nach den Anfechtungsvorschriften des Allgemeinen Teils des BGB möglich ist. Dabei ist unstreitig gemäß § 119 Abs. 2 BGB die Anfechtung beider Erklärungen wegen des Irrtums über „eine verkehrswesentliche Eigenschaft der Sache“ möglich. „Sache“ ist hier der Nachlass oder die Erbbeteiligung.<sup>7</sup>

### a) Meinungsstand zu den Anforderungen an einen relevanten Irrtum

Bei der überaus praxisrelevanten Frage, ob die (Nicht-)Überschuldung des Nachlasses eine Eigenschaft desselben ist, gehen die Meinungen auseinander. Eine Auffassung sieht neben der Zusammensetzung des Nachlasses auch die Überschuldung als solche, wenn also der Wert der Nachlasspassiva den dessen Aktiva übersteigt, als verkehrswesentliche Eigenschaft an.<sup>8</sup> Eine andere Meinung in der Literatur, die wohl einhellige Rechtsprechung der OLG und des KG im vorliegenden Fall, verfolgen demgegenüber eine restriktivere Linie. Danach sei der Irrtum über die (Nicht-)Überschuldung des Nachlasses nur dann von § 119 Abs. 2 BGB erfasst, wenn dieser gerade auf einer unrichtigen Vorstellung über die Zusammensetzung des Nachlasses beruhe.<sup>9</sup> Da anerkanntermaßen der Irrtum über die Zusammensetzung des Nachlasses für sich bereits als relevanter und anfechtungsbegründender Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft desselben anerkannt ist,<sup>10</sup> kommt damit in der Rechtsprechung der Obergerichte dem Irrtum über eine Überschuldung an sich im Ergebnis keinerlei eigen-

<sup>7</sup> RG, Beschluss vom 27.06.1938, IV B 16/38, RGZ 158, 50, 52 ff.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.2016 I-3 Wx 155/15, ErbR 2016, 518, 520; Staudinger/*Otte*, Neub. 2017, § 1954 Rdnr. 11.

<sup>8</sup> BGB-RGRK/*Johannsen*, 12. Aufl. 2024, § 1954 Rdnr. 4; Staudinger/*Otte*, § 1954 Rdnr. 15; BeckOGK/*Heinemann*, Stand: 01.09.2024, § 1954 Rdnr. 64. Auch das OLG München als Vorinstanz zu RGZ 158, 50, 51. So kann man m. E. (so auch *Heinemann*, a. a. O.) auch den BGH, Urteil vom 08.02.1989, IVa ZR 98/87, MittBayNot 1989, 159, 160, verstehen: „Eine verkehrswesentliche Eigenschaft des Nachlasses im Sinne von § BGB § 119 Abs. 2 BGB (§ 119 Abs. 2 BGB (...)) wird weithin bejaht, wenn es sich um die Überschuldung des Nachlasses handelt. Eine solche kann aber *auch* [Hervorhebung d. Verf.] dann anzunehmen sein, wenn es um die Belastung des Nachlasses mit wesentlichen Verbindlichkeiten geht, deren rechtlicher Bestand ungeklärt ist“.

<sup>9</sup> OLG Rostock, Beschluss vom 14.09.2011, 3 W 118/10, NJW-RR 2012, 1356, 1357; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.2016, I-3 Wx 155/15, ErbR 2017, 518, 520; Beschluss vom 19.12.2018, 3 Wx 140/18, ZEV 2019, 263, 264; Beschluss vom 20.11.2020, I-3 Wx 166/20, ZEV 2021, 503, 504; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 24.07.2024, 21 W 146/23, BeckRS 2024, 22256; eingehend MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1954 Rdnr. 11 ff.; *ders.*, ZEV 2018, 265; NK-BGB/*Ivo*, 6. Aufl. 2022, § 1954 Rdnr. 11.

<sup>10</sup> MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1954, Rdnr. 15; NK-BGB/*Ivo*, § 1954 Rdnr. 11.

ständige Bedeutung zu. Diese Konsequenz wird jedoch – soweit ersichtlich – nirgends klar ausgesprochen.<sup>11</sup>

Die herrschende Meinung überzeugt nicht. Im Ausgangspunkt dürfte eigentlich auf der Hand liegen, dass die Frage, ob ein Nachlass genügend Masse zur Befriedigung der Nachlassverbindlichkeiten aufweist, die für einen Erben grundlegendste Eigenschaft eines Nachlasses ist.<sup>12</sup> Dass dies von der Rechtsprechung gleichwohl nicht so gesehen wird, ist möglicherweise durch ein Missverständnis begründet. Es gilt zunächst der – richtige – Grundsatz, dass „Eigenschaften alle wertbildenden Faktoren“ sind, „nicht aber der Wert selbst“.<sup>13</sup> Daraus wird nun für den gegebenen Zusammenhang abgeleitet, bei der Überschuldung handele es sich im Grunde nur um die Frage des Werts des Nachlasses.<sup>14</sup> Wäre das richtig, wäre die weitergehende Forderung konsequent, der Irrtum über die Überschuldung des Nachlasses müsse aus einem Irrtum über dessen Zusammensetzung resultieren, um ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum zu sein. Dabei verkennt die herrschende Meinung jedoch, dass ein allgemeiner (nicht relevanter) Irrtum über den Wert des Nachlasses (Beispiel: angenommener Nettowert 200.000 €, tatsächlicher Nettowert 40.000 €) etwas ganz anderes ist als ein Irrtum in der für die Annahmeerentscheidung zentralen Frage, ob der Erbe mangels der Schulden deckender Aktiva – jedenfalls potenziell<sup>15</sup> – in der Gefahr ist, aus eigenem Vermögen zuschießen oder Maßnahmen zu dessen Schutz ergreifen zu müssen.<sup>16</sup> Der Status „Überschuldung“ erschöpft sich eben nicht in einem bestimmten (Gesamt-)Wert der „Sache“ Nachlass. Die (Nicht-)Überschuldung ist vielmehr der „wertbildende Faktor“ schlechthin. Der Irrtum über die Überschuldung des Nachlasses ist daher auch dann als anfechtungsbe gründender Umstand i. S. d. § 119 Abs. 2 BGB anzusehen, wenn er nicht auf unrichtigen Vorstellungen über die Zusammensetzung des Nachlasses beruht. Daraus folgt zugleich, dass der Erbe nicht zu eigenen Ermittlungen über den Nachlassbestand und damit zur Erreichung einer gewissen „Tiefe“ seiner Überlegungen über die angenommene Überschuldung als Status des Nachlasses ge-

zwungen ist, um relevant zu irren.<sup>17</sup> Das widerspräche auch dem ansonsten anerkannten Grundsatz, dass für das Vorliegen eines Irrtums gerade keine vorgelagerten Sorgfaltsanforderungen aufgestellt werden.<sup>18</sup> Ein Irrtum ist daher unabhängig davon relevant, ob der Erklärende seine wie auch immer entstandenen Vorstellungen vorher durch Erkundigungen abgesichert hat. Es reicht, wenn er schlicht irrt, hier: von einer Überschuldung ausgeht. Zugestehen ist jedoch, dass es von Vorteil ist, wenn der Ausschlagende das Vorliegen von klaren Vorstellungen über den Überschuldungsstatus durch Verweis auf das Ergebnis von ihm vorgenommener Ermittlungstätigkeiten plausibilisieren kann. Doch dies betrifft die Frage, ob der Anfechtende den Beweisanforderungen im nachlassgerichtlichen Verfahren genügt, und gehört nicht zum Tatbestand des § 119 Abs. 2 BGB. Sicher richtig ist demgegenüber, dass ein Irrtum über die verkehrswesentliche Eigenschaft „Überschuldung“ dann nicht vorliegt, wenn der Erbe sich hierüber keine Gedanken gemacht hat oder er nur die Möglichkeit einer Überschuldung in Erwägung gezogen hat, ohne zu einer diesbezüglichen, sich später als unrichtig erweisenden Vorstellung zu gelangen.<sup>19</sup> Dann fehlt es bereits am Irrtum. Es ist daher falsch, wenn das KG diesen Gesichtspunkt in seinen Ausführungen zu Rdnr. 22 unter dem Prüfungspunkt der Kausalität des Irrtums erörtert.

Die Anerkennung der Überschuldung des Nachlasses für sich genommen als verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne des § 119 Abs. 2 BGB führt zu einer Ausweitung der Fälle einer erfolgreichen Anfechtung und damit zu einer Einschränkung der Rechtssicherheit.<sup>20</sup> Das erscheint jedoch rechtspolitisch angemessen und hinnehmbar, wird doch damit dem Erben wenigstens ein Teil der Last genommen, die der Gesetzgeber ihm durch das Anfallsprinzip des § 1922 BGB aufgebürdet hat. Es ist schon eine nicht zu unterschätzende Zumutung für den Erben, die Entscheidung, ob er Erbe bleiben möchte, innerhalb einer in der Praxis doch sehr knappen Sechs-Wochen-Frist treffen zu müssen.<sup>21</sup> Das sollte man nicht aus den Augen verlieren.

11 Dies verkennt auch *Zimmer*, ZEV 2024, 668.

12 Treffend bereits das OLG München als Vorinstanz zu RGZ 158, 50, 51: Es gibt „keine Eigenschaft des Nachlasses, die im Verkehr wesentlicher wäre [...]“. Ferner BeckOGK-BGB/*Heinemann*, § 1954 Rdnr. 64.

13 Grüneberg/*Ellenberger*, 83. Aufl. 2024, § 119 Rdnr. 27; BeckOK-BGB/*Wendtland*, Stand: 01.08.2024, § 119 Rdnr. 44, 44.1; MünchKomm-BGB/*Armbrüster*, 9. Aufl. 2021, § 119 Rdnr. 142 f. m. w. N.; *Musielak*, ZEV 2016, 353, 354.

14 So die Argumentationsführung bei MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1954 Rdnr. 13, und *Musielak*, ZEV 2016, 353, 354; vgl. auch OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 24.07.2024, 21 W 146/23, BeckRS 2024, 22256.

15 Die Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung sind hier zunächst außer Betracht zu lassen, so auch BeckOGK-BGB/*Heinemann*, § 1954 Rdnr. 64.

16 So zutr. *Staudinger/Otte*, § 1954 Rdnr. 15.

17 So aber die h. M., exemplarisch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.10.2016, I-3 Wx 155/15, ErbR 2017, 518, 520.

18 Verschulden ist als Kategorie in der Irrtumslehre unstreitig irrelevant (siehe nur MünchKomm-BGB/*Armbrüster*, § 119 Rdnr. 1; Grüneberg/*Ellenberger*, § 119 Rdnr. 1 m. w. N.). Das setzt zwingend voraus, dass es eine entsprechende vorgelagerte Verhaltenspflicht, auf deren Nichteinhaltung sich etwa ein Fahrlässigkeitsvorwurf beziehe, nicht gibt.

19 MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1954 Rdnr. 14.

20 MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1954 Rdnr. 13.

21 Diese Last vermeidet die römisch-rechtliche *hereditas iacens*, der die meisten anderen europäischen Zivilrechtsordnungen folgen, und die den Anfall von der Annahme der Erbschaft abhängig macht (z. B. Art. 459 S. 1 ital. Codice Civile).

## b) Anwendung auf den Fall

Im vorliegenden Fall kam es auf den vorstehend erörterten Meinungsstreit nicht an.<sup>22</sup> Dessen Entscheidung hätte der Senat folglich dahinstehen lassen können. Denn die Erbin hatte vom Nachlassgericht auf eigene Nachforschung objektiv unrichtige, weil unvollständige Informationen über die Zusammensetzung des Nachlasses (geringes Bankguthaben versus dieses übersteigende Mietrückstände) erhalten. Danach konnte und musste sie, basierend auf der erlangten Vorstellung über die ungünstige Zusammensetzung des Nachlasses von einer Überschuldung ausgehen, was sie nach den Feststellungen des Senats auch tat. Der Senat hat insoweit zutreffend unter die von der herrschenden Meinung definierten Voraussetzungen eines Irrtums über die Zusammensetzung des Nachlasses subsumiert.

Auch die erforderliche Kausalität des Irrtums für die Ausschlagungserklärung hat der Senat zutreffend festgestellt: Bei Kenntnis des Vorhandenseins der erheblichen Geldanlage der Erblasserin kann als sicher unterstellt werden, dass die Erbin die Ausschlagung nicht erklärt hätte. Weiter ist die Anfechtung form- und fristgerecht erklärt worden.

### 3. Fazit und Folgerungen für die Praxis

Das KG hat den Fall richtig entschieden. Es folgt jedoch leider – obiter – der Rechtsprechung der Obergerichte, wonach ein Irrtum über die Überschuldung des Nachlasses als solche keine Anfechtung einer Ausschlagungserklärung gemäß § 119 Abs. 2 BGB trägt.

Dem die Ausschlagungserklärung beglaubigenden oder beurkundenden Notar ist empfohlen, unabhängig davon, wie hoch man die Anforderungen an den Irrtum über die Überschuldung setzen mag, mit dem ausschlagungswilligen Erben zu erörtern, ob er von einer Überschuldung des Nachlasses ausgeht und – im Hinblick auf die Auffassung der Rechtsprechung – worauf er dieses Urteil stützt. Hierzu sollten in der Ausschlagungserklärung Angaben aufgenommen werden, um im Bedarfsfall später das Vorliegen eines Irrtums über den Status Überschuldung und – wegen der in der Rechtsprechung dominanten herrschenden Meinung – die Zusammensetzung des Nachlasses zu ermöglichen. Eine Verpflichtung des Notars hierzu wird man jedoch nicht annehmen können.

<sup>22</sup> Anders als beispielsweise in den Entscheidungen des OLG Düsseldorf vom 17.10.2016 und 19.12.2018, beide oben Fn. 9.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 15. Angemessenheit einer Frist zur Behebung eines Eintragungshindernisses und Beschwerde gegen die Ablehnung einer Fristverlängerung durch das Grundbuchamt

BGH, Beschluss vom 21.03.2024, V ZB 17/23 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 02.03.2023, 1 W 294/22)

*BauGB § 172 Abs. 1 Satz 4, § 250 Abs. 7 Satz 1*

*Berliner Umwandlungsverordnung*

*BGB § 878*

*GBO §§ 18, 71 Abs. 1, § 78*

#### LEITSÄTZE:

1. Eine Zwischenverfügung des Grundbuchamtes, mit der eine Fristverlängerung abgelehnt wird, kann mit der Beschwerde angegriffen werden. Folglich kann nach Zulassung auch Rechtsbeschwerde erhoben werden.
2. Die Angemessenheit einer Frist zur Hebung eines Eintragungshindernisses richtet sich nicht danach, ob nach Antragstellung der Verlust einer Rechtsposition wegen nachträglicher Verfügungsbeschränkungen droht, sondern danach, wie lange der Zeitraum zur Hebung des Hindernisses nach Grundbuchaktenlage unter Berücksichtigung des Erledigungsinteresses und der Aufgaben des Grundbuchamtes zu bemessen ist.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte ist Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten bebauten Grundstücks, dessen Teilung gemäß § 8 WEG sie betreibt. Das Grundstück befindet sich in dem Geltungsbereich der auf der Grundlage von § 172 Abs. 1 Satz 1 BauGB erlassenen Erhaltungssatzung „K-park“ vom 14.07.2016 und im Geltungsbereich der auf der Grundlage von § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB erlassenen Berliner Umwandlungsverordnung vom 21.09.2021 (GVBl. 2021, S. 1175), die am 07.10.2021 in Kraft getreten ist.

2 Am 27.09.2021 erklärte die Beteiligte die Teilung in Wohnungseigentum und beantragte am 29.09.2021 Vollzug der Teilung im Grundbuch. Mit Zwischenverfügung vom 09.12.2021 wies das Grundbuchamt unter Setzung einer Frist von einem Monat unter anderem auf das Fehlen einer Genehmigung nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB hin. Im Januar 2022 beantragte die Beteiligte bei dem Grundbuchamt die Verlängerung der gesetzten Frist um zwei Monate sowie bei dem Bezirksamt eine Genehmigung nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB. Nach im Februar 2022 erfolgter Zurückweisung dieses bei dem Bezirksamt gestellten Antrags und Einlegung eines Widerspruchs durch die Beteiligte verlängerte das Grundbuchamt die Frist antragsgemäß bis Mai 2022.



**3** Eine unter Hinweis auf eine beabsichtigte Klage vor dem Verwaltungsgericht gegen die zwischenzeitliche Zurückweisung dieses Widerspruchs beantragte weitere Fristverlängerung bis August 2022 hat das Grundbuchamt im Juni 2022 abgelehnt. Die gegen diese Ablehnung einer weiteren Fristverlängerung gerichtete Beschwerde der Beteiligten, mit der sie hilfsweise eine Fristverlängerung bis einen Monat nach Ende des Beschwerdeverfahrens beantragt hat, hat das KG zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Beteiligte mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde.

**4 II.** Nach Ansicht des Beschwerdegerichts, das die Zulässigkeit der Beschwerde dahinstehen lässt, war das Grundbuchamt nicht verpflichtet, die Frist (erneut) zu verlängern. Die zuletzt bis Mai 2022 verlängerte Frist sei angemessen gewesen. Gewöhnlich genüge ein Zeitraum von fünf Monaten zur Beibringung einer Genehmigung nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB; das Bezirksamt habe den Antrag auch binnen eines Monats bearbeitet. Eine (weitere) Fristverlängerung wäre nur in Betracht gekommen, wenn nunmehr die Behebung des Hindernisses in absehbarer Zeit zu erwarten gewesen wäre. Dagegen spreche aber die Notwendigkeit der Klageerhebung zum Verwaltungsgericht; bis dato liege die Genehmigung auch nicht vor. Nichts anderes folge aus dem Umstand, dass die Beteiligte nur bis zur Zurückweisung ihres Antrags Aussicht darauf habe, entsprechend § 878 BGB die Eintragung noch ohne eine – ihren Angaben zufolge ungleich schwerer zu erlangende – Genehmigung nach § 250 BauGB vollziehen zu können.

**5 III.** Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

**6 1.** Die Rechtsbeschwerde ist infolge der Zulassung nach § 78 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG zulässig. Eine Zwischenverfügung des Grundbuchamtes, mit der eine Fristverlängerung abgelehnt wird, kann mit der Beschwerde angegriffen werden (ebenso KG, FamRZ 2012, 1979, 1980; OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1997, 1342, 1343; Meikel/Schmidt-Räntsch, GBO, 12. Aufl., § 71 Rdnr. 38). Folglich kann nach Zulassung auch Rechtsbeschwerde erhoben werden (vgl. allg. zur Unstatthaftigkeit einer Rechtsbeschwerde trotz Zulassung bei schon unstatthafter – sofortiger – Beschwerde BGH, Beschluss vom 04.05.2022, VII ZB 46/21, BGHZ 233, 258 Rdnr. 8; Beschluss vom 25.06.2009, IX ZB 161/08, NJW 2009, 3653 Rdnr. 5; Beschluss vom 21.04.2004, XII ZB 279/03, BGHZ 159, 14, 15). Die insoweit geäußerten Zweifel des Beschwerdegerichts greifen nicht durch. Denn die Beschwerde richtet sich in einem solchen Fall gegen die (als solche anfechtbare) Zwischenverfügung und greift die den Antragsteller beschwerende Fristsetzung in der Zwischenverfügung als aus Sicht des Antragstellers unangemessen kurz an. Im Übrigen änderte sich an der Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde auch dann nichts, wenn, wie sich der Rechtsbeschwerdebegründung entnehmen lässt, das an die Auffassung des Beschwerdegerichts gebundene Grundbuchamt den Eintragungsantrag zwischenzeitlich zurückgewiesen haben sollte (vgl. Senat, Beschluss vom 30.06.1983, V ZB 20/82, BGHZ 88, 62, 64).

**7 2.** Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Die Zwischenverfügung, mit der das Grundbuchamt eine (weitere) Fristverlängerung abgelehnt hat, ist nicht zu beanstanden.

**8 a)** Gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO hat das Grundbuchamt, wenn der beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht, entweder den Antrag unter Angabe von Gründen zurückzuweisen oder dem Antragsteller eine angemessene Frist zur Hebung des Hindernisses zu bestimmen. Ist nach Ablauf der Frist die Hebung des Hindernisses nicht nachgewiesen, ist der Antrag zurückzuweisen (§ 18 Abs. 1 Satz 2 GBO). Umgekehrt gilt, dass die Hebung eines Hindernisses nach Fristablauf, aber vor Bekanntmachung des zurückweisenden Beschlusses beachtlich ist (vgl. *Demharter*, GBO, 33. Aufl., § 18 Rdnr. 4; BeckOK-GBO/*Zeiser*, Stand: 01.03.2024, § 18 Rdnr. 13; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 466). Erweist sich die gesetzte Frist als zu kurz und besteht Aussicht auf Hebung des Hindernisses, kann die Frist auf Antrag verlängert werden (vgl. Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl., § 18 Rdnr. 111).

**9 b)** Dahinstehen kann, ob dem Grundbuchamt ein echtes, nach pflichtgemäßem Ermessen auszuübendes Wahlrecht zwischen Antragszurückweisung und Zwischenverfügung zusteht, wenn – behebbare – Eintragungsvoraussetzungen fehlen (näher Senat, Beschluss vom 21.03.2024, V ZB 10/23, juris Rdnr. 23 m. w. N.). Einigkeit besteht nämlich darüber, dass eine Zwischenverfügung zur Beibringung von fehlenden Unterlagen, insbesondere solchen, die erst in einem anderen Verwaltungsverfahren eingeholt werden müssen (hier: Genehmigung nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB), jedenfalls ermessensgerecht ist, und dass der Antrag jedenfalls nach Ablauf einer mit der Zwischenverfügung gesetzten angemessenen Frist zurückgewiesen werden darf.

**10 c)** Hier lag im Zeitpunkt der Antragstellung wegen des Fehlens einer gemäß § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB (noch, vgl. § 250 Abs. 7 Satz 1 BauGB) erforderlichen Genehmigung ein behebbares Hindernis vor. Ob die Frist zur Hebung dieses Hindernisses angemessen war, beurteilt sich nach Sinn und Zweck von § 18 GBO. Die entsprechende Würdigung des Beschwerdegerichts ist im Rechtsbeschwerdeverfahren nur eingeschränkt überprüfbar (vgl. nur Senat, Beschluss vom 27.04.2023, V ZB 58/22, NJW-RR 2023, 863 Rdnr. 23) und in diesem Rahmen nicht zu beanstanden.

**11 aa)** Das Grundbuchamt hat Anträge mit der gebotenen Beschleunigung zu behandeln und in angemessener Zeit zu erledigen, nicht aber noch nicht vollziehbare Anträge und Unterlagen zwischenzulagern (vgl. *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 1 b; Bauer/Schaub/*Wilke*, GBO, 5. Aufl., § 18 Rdnr. 1; BeckOK-GBO/*Zeiser*, § 18 Rdnr. 15). Die Frist gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO ist deshalb grundsätzlich danach zu bemessen, wie lange die Hebung des Hindernisses nach Grundbuchaktenlage in Anspruch nehmen wird (vgl. *Wilsch* in Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl., § 11 Rdnr. 230 Fn. 879). Als angemessen wird im Regelfall eine Frist von ein bis zwei, teilweise auch bis zu vier Monaten erachtet (vgl. BeckOK-GBO/*Zeiser*, a. a. O. Rdnr. 15, 35 m. w. N.; Meikel/Böttcher, GBO, § 18 Rdnr. 108). Die Zwischenverfügung stellt ein Mittel dar, ein einmal anhängig gewordenes Antragsverfahren geordnet voran und zu einem erfolgreichen gesetz-

zeskonformen Abschluss zu führen, auch wenn nicht von vornherein alles „richtig“ war (vgl. Bauer/Schaub/Wilke, GBO, a. a. O. Rdnr. 16). Ist dagegen ersichtlich, dass eine Hebung des Hindernisses binnen angemessener Frist nicht möglich sein wird, steht das Hindernis einem unbehebbar gleich und der Antrag ist zurückzuweisen (vgl. KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 9. Aufl., § 18 Rdnr. 34).

**12 bb)** Hier ist der Antrag auf Erteilung der Genehmigung binnen der zunächst zu ihrer Beibringung gesetzten Frist bearbeitet, wenngleich abschlägig beschieden worden. Schon daraus ergibt sich, dass die Frist grundsätzlich angemessen war. Angemessen mag es ebenfalls noch gewesen sein, die Frist mit Blick auf das wegen der Nichterteilung der Genehmigung durchgeführte Widerspruchsverfahren und die damit verbundene Möglichkeit, eine Genehmigung doch noch zeitnah zu erlangen, zu verlängern. Nicht zu beanstanden ist es indes, wenn das Grundbuchamt und ihm folgend das Beschwerdegericht nach Zurückweisung des Widerspruchs davon ausgingen, dass eine Hebung des Hindernisses, mithin eine Beibringung der fehlenden Genehmigung nicht (mehr) binnen angemessener Frist möglich sein würde. Die Durchführung eines ggf. mehrere Instanzen umfassenden Verwaltungsstreitverfahrens musste keinesfalls abgewartet werden (ähnlich OLG München, ZIP 2015, 1879, 1880 im Falle zunächst erforderlicher Beschaffung anderer Titel; siehe auch BayObLGZ 1984, 126, 129); das Fehlen der Genehmigung stand damit vielmehr einem nicht behebbaren Hindernis gleich, sodass eine (weitere) Fristsetzung oder Fristverlängerung nicht in Betracht kam.

**13 cc)** Ob das Bezirksamt die Erteilung der Genehmigung nach § 172 BauGB zu Unrecht versagt hat, ist dabei durch das Grundbuchamt nicht zu prüfen (vgl. *Abramenko* in Jennißen, WEG, 8. Aufl., § 7 Rdnr. 46; *Häublein*, ZWE 2022, 37, 41 zur Abgeschlossenheitsbescheinigung). Auch hat das Grundbuchamt keine eigenen Ermittlungen anzustellen (vgl. OLG Karlsruhe, FGPrax 2022, 243, 244; *Abramenko* in Jennißen, WEG, a. a. O. Rdnr. 47). Ebenso wenig ist entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde im Rechtsbeschwerdeverfahren zu unterstellen, dass die Nichterteilung der Genehmigung – die nach dem im Rechtsbeschwerdeverfahren zugrunde zu legenden Sachstand noch verwaltungsgerichtlich überprüft wird – rechtswidrig war. Der Senat prüft die Rechtmäßigkeit des Handelns des Grundbuchamtes. Darf das Grundbuchamt – wie hier – das Fehlen einer für die Eintragung erforderlichen Genehmigung nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB nicht einfach ausblenden, gilt dies gleichermaßen für die rechtliche Überprüfung dieses Vorgehens im Rechtsbeschwerdeverfahren. Die Überprüfung der Genehmigungsversagung ist Sache der Verwaltungsgerichte, nicht des Grundbuchamtes.

**14 dd)** Schließlich folgt die Notwendigkeit einer (weiteren) Fristverlängerung entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde auch nicht aus einer entsprechend § 878 BGB erworbenen Rechtsposition.

**15 (1)** Richtig ist allerdings, dass § 878 BGB auf die sich aus dem Genehmigungserfordernis aufgrund einer Rechtsverordnung nach § 250 Abs. 1 Satz 1, 3 BauGB ergebende Ver-

füguungsbeschränkung des teilenden Grundstückseigentümers entsprechend anwendbar ist (s. hierzu Senat, Beschluss vom 21.03.2024, V ZB 10/23, juris Rdnr. 11). Richtig ist weiter, dass die nicht fristgebundene Grundbuchbeschwerde wie ein neuer Antrag zu behandeln ist, wenn die Zurückweisung des Eintragungsantrags rechtsfehlerfrei war und der zurückweisende Beschluss lediglich aufgrund neuer Tatsachen aufgehoben wird. Infolgedessen ist eine nach Stellung eines Antrags auf Vollzug einer Teilungserklärung in Kraft getretene Umwandlungsverordnung im Sinne von § 250 Abs. 1 Satz 1, 3 BauGB zu beachten, wenn eine Beschwerde gegen die Zurückweisung des Antrags nur deshalb erfolgreich ist, weil die Genehmigung nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB erstmals im Beschwerdeverfahren beigebracht wird. Das Grundbuchamt darf dann die Eintragung gemäß § 250 Abs. 5 Satz 1 BauGB nur bei Nachweis einer Genehmigung vornehmen (siehe hierzu ebenfalls Senat, Beschluss vom 21.03.2024, V ZB 10/23, juris Rdnr. 17 f.).

**16 (2)** Entgegen der Rechtsbeschwerde führt aber die entsprechende Anwendung von § 878 BGB, dem ohnehin Ausnahmecharakter zukommt (vgl. MünchKomm-BGB/Lettmaier, 9. Aufl., § 878 Rdnr. 3; jurisPK-BGB/Vieweg/Egger, Stand: 15.03.2023, § 878 Rdnr. 3), nicht dazu, dass eine grundsätzlich im Sinne von § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO angemessene Frist nur deshalb weiter zu verlängern wäre, weil der Antragsteller zwischenzeitlich in seiner Verfügungsbefugnis beschränkt worden ist und er bei einer Antragszurückweisung die aus § 878 BGB folgende Rechtsposition verliert. Es ist bereits umstritten, ob einem Antragsteller die Schutzwirkung des § 878 BGB überhaupt zugutekommen kann, wenn von ihm beizubringende Unterlagen bei Antragstellung (noch) nicht vorliegen (siehe näher hierzu Senat, Beschluss vom 21.03.2024, V ZB 10/23, juris Rdnr. 15). Das muss hier allerdings nicht entschieden werden. Denn auch unter Berücksichtigung der Schutzwirkung von § 878 BGB bleibt es dabei, dass die von dem Grundbuchamt gesetzte (bereits verlängerte) Frist angemessen und nicht weiter zu verlängern war. § 18 GBO konkretisiert zwar, wie die Rechtsbeschwerde zutreffend bemerkt, die Fürsorgepflicht des Grundbuchamtes, und dem Antragsteller bleiben, wenn das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung erlässt, Rang und Rechtswirkungen, die sich nach dem Eingang des Antrags richten, erhalten (vgl. Senat, Beschluss vom 24.04.2017, V ZB 121/16, WuM 2017, 486 Rdnr. 11; Beschluss vom 26.06.2014, V ZB 1/12, FGPrax 2014, 192 Rdnr. 6; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, § 18 GBO Rdnr. 1). § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO dient aber, auch wenn eine anstelle einer Zurückweisung des Antrags wegen Fehlens von Eintragungsvoraussetzungen erfolgende Zwischenverfügung (zunächst) zur Rangwahrung und zum Schutz vor nachträglichen Verfügungsbeschränkungen führt, nicht dem (längerfristigen) Erhalt einer solchen – etwa entsprechend § 878 BGB gewährten – Rechtsposition, sondern dem geordneten Fortgang des Grundbuchverfahrens (siehe oben Rdnr. 11). Die Angemessenheit einer gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO gesetzten, eventuell bereits verlängerten Frist zur Hebung eines Eintragungshindernisses richtet sich deshalb auch nicht danach, ob nach Antragstellung – unter Umständen zunächst sowohl für den Antragsteller als auch für das Grundbuch-

amt nicht vorhersehbar – der Verlust einer Rechtsposition wegen nachträglicher Verfügungsbeschränkungen droht, sondern allein danach, wie lange der Zeitraum zur Hebung des Hindernisses nach Grundbuchaktenlage unter Berücksichtigung des Erledigungsinteresses und der Aufgaben des Grundbuchamtes zu bemessen ist.

## 16. Kein Anspruch auf Austausch der zum Handelsregister angemeldeten Gesellschafterliste zur Löschung personenbezogener Daten

OLG München, Beschluss vom 25.04.2024, 34 Wx 90/24e

DSGVO Art. 6, 17, 21

GmbHG §§ 16, 40

HRV § 9

### LEITSÄTZE:

1. Ein Anspruch auf Löschung von in der Gesellschafterliste enthaltenen und gesetzlich nicht zwingend erforderlichen Daten durch Austausch der im Registerordner aufgenommenen Gesellschafterliste besteht nicht.
2. Die Beibehaltung sämtlicher Gesellschafterlisten im Registerordner und damit auch die Verarbeitung der bei der Einreichung der Listen übermittelten Daten ist für die Wahrnehmung der Aufgaben des Handelsregisters zwingend erforderlich.
3. § 9 Abs. 7 HRV stellt keine eigenständige Anspruchsgrundlage für einen Austausch von Dokumenten im Registerordner dar, sondern regelt lediglich die Durchführung.
4. Art. 17 Abs. 1 DSGVO findet nach der Ausnahmenvorschrift des Art. 17 Abs. 3 lit. b Fall 1 DSGVO im Registerwesen aufgrund der fortdauernden Transparenz- und Beweisfunktion keine Anwendung. (Leitsatz der Schriftleitung)

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte ist Gesellschafter und Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die seit 18.02.2008 im Handelsregister eingetragen ist.

2 Am 02.07.2012 wurde aufgrund der Abtretung eines Geschäftsanteils eine notariell bescheinigte Gesellschafterliste in den Registerordner aufgenommen, in der bei den beiden Gesellschaftern G S und M S [= der Beteiligte] jeweils die vollständige Wohnanschrift (Postleitzahl, Ort, Ortsteil, Straße und Hausnummer) angegeben ist. Bei dem Beteiligten ist als Wohnort die Gemeinde P angegeben, aktuell ist er wohnhaft in der Gemeinde V.

3 Mit anwaltlichem Schreiben vom 23.11.2023 beantragte der Beteiligte die Löschung personenbezogener Daten, namentlich die in der Gesellschafterliste vom 02.07.2012 enthaltenen Angaben von Straße und Hausnummer. Nach Art. 17 DSGVO bestehe ein Anspruch auf Löschung dieser

Daten. Beigefügt war eine von dem Beteiligten mit Datum vom 02.07.2012 unterzeichnete Gesellschafterliste, bei der für den Beteiligten nicht mehr die vollständige Anschrift, sondern als Wohnort lediglich die Gemeinde V angegeben ist. Unter Löschung sei der Austausch der aktuellen im Handelsregister hinterlegten Gesellschafterliste mit der übersandten neuen Liste zu verstehen.

4 Mit Beschluss vom 27.12.2023 wies die Richterin am Registergericht den Antrag zurück. Eine Rechtsgrundlage bestehe hierfür nicht. Aufgrund der Publizitätsfunktion des Handelsregisters, § 9 HGB, sowie der Grundsätze der Registerwahrheit und Registerkontinuität komme ein Austausch von in den Registerordner aufgenommenen Dokumenten nur auf der Basis einer entsprechenden Rechtsgrundlage in Betracht. Eine solche ergebe sich weder aus Art. 17 Abs. 1 DSGVO noch aus Art. 21 oder Art. 18 DSGVO. Auch die Neuregelung des § 9 Abs. 7 HRV enthalte keine rechtliche Grundlage für die Löschung einer Gesellschafterliste.

5 Gegen den am 04.01.2024 zugestellten Beschluss wendet sich der Beteiligte mit seiner Beschwerde vom 02.02.2024, die er mit Schriftsatz vom 04.03.2024 begründete. Der Verarbeitung der beanstandeten Daten fehle aus sämtlichen rechtlichen Gesichtspunkten die notwendige datenschutzrechtliche Erforderlichkeit. Mangels einer solchen sei der Anspruch auf Löschung nicht nach Art. 17 Abs. 3 DSGVO ausgeschlossen.

6 Das Registergericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 19.03.2024 nicht abgeholfen. Das Handelsregister erfülle eine fortdauernde Transparenz- und Beweisfunktion. Ein etwaiger Löschungsanspruch würde diesen Prinzipien zuwiderlaufen. Die Vorhaltung eines stabilen Datenbestands wäre im Fall eines Löschungsanspruchs nicht mehr gewährleistet. Die Grundsätze der Registerwahrheit und der Registerkontinuität verböten es dem Registergericht grundsätzlich, und vor allem abseits von gesetzlichen Ermächtigungen, Änderungen an eingereichten Dokumenten vorzunehmen bzw. diese nachträglich der unbeschränkten Einsicht zu entziehen. Eine derartige gesetzliche Ermächtigung liege nicht vor.

7 II.1. Die Beschwerde ist gemäß § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und wurde form- und fristgerecht eingelegt, § 63 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, § 64 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2, § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG.

8 2. Die Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das Registergericht hat im Ergebnis zu Recht den Antrag auf Löschung der vom Beschwerdeführer beanstandeten Daten (Straße und Hausnummer) im Wege des Austauschs der Gesellschafterliste vom 02.07.2012 abgelehnt.

9 a) Zutreffend weist der Beschwerdeführer zwar darauf hin, dass in der Gesellschafterliste lediglich die Angabe von Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort, nicht aber die Angabe der kompletten Wohnanschrift gesetzlich vorgeschrieben ist, § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG. Unabhängig von der Frage, ob und ggf. welche Anspruchsgrundlage für die begehrte Datenlöschung besteht, kommt ein Austausch der Gesellschafterliste vom 02.07.2012 vorliegend bereits



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



deshalb nicht in Betracht, da keine den gesetzlichen Anforderungen entsprechende „bereinigte“ Liste eingereicht wurde. Gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG – auch in der im Jahr 2012 geltenden Fassung – ist im Falle einer Geschäftsanteilsabtretung (vgl. § 15 Abs. 3 GmbHG) die Einreichung einer notarbescheinigten Liste erforderlich. Ein Austausch könnte daher allenfalls dadurch erfolgen, dass seitens des beurkundenden Notars eine § 40 Abs. 2 GmbHG entsprechende Liste – ohne die gesetzlich nicht zwingend erforderlichen Daten – eingereicht wird. Das Registergericht ist nicht befugt, notarielle Urkunden zu verändern oder veränderte Abschriften hiervon herzustellen. Es ist dagegen Aufgabe der Anmeldenden, die für den Registerordner erforderlichen Urkunden beizubringen. Die vom Beschwerdeführer nunmehr mit seinem Antrag vom 23.11.2023 vorgelegte Liste ist nicht vom beurkundenden Notar bescheinigt und entspricht damit nicht den gesetzlichen Anforderungen. Im Übrigen weist die „neue“ Liste vom 02.07.2012 für den Beteiligten nunmehr einen von der bisherigen Liste abweichenden Wohnort aus. Nach zutreffender Ansicht könnte ein Austausch ferner ausschließlich aufgrund eines notariellen Antrags erfolgen (OLG Naumburg, NZG 2023, 711; *Wollenschläger*, NZG 2023, 690, 693). Ein solcher liegt nicht vor.

**10 b)** Ferner ist eine Anspruchsgrundlage für die geforderte Löschung der Daten (durch Austausch des Dokuments) nicht ersichtlich.

**11 aa)** Art. 17 Abs. 1 DSGVO kommt als Anspruchsgrundlage nicht in Betracht. Diese Bestimmung findet nach der Ausnahmevorschrift des Art. 17 Abs. 3 lit. b Fall 1 DSGVO im Registerwesen aufgrund der fortdauernden Transparenz- und Beweisfunktion keine Anwendung (MünchKomm-HGB/*Krafka*, 5. Aufl. § 10a Rdnr. 14; BT-Drucks. 18/12611, S. 69; OLG Naumburg, NZG 2023, 711; BGH, BeckRS 2024, 5836 Rdnr. 18). Die Tätigkeit eines Hoheitsträgers, die darauf gerichtet ist, in Erfüllung von Publizitätspflichten übermittelte Daten in einer Datenbank zu speichern sowie interessierten Personen Einsicht zu gewähren, gehört zur Ausübung hoheitlicher Befugnisse (EuGH, GRUR 2013, 191). Eine solche Tätigkeit stellt auch eine im öffentlichen Interesse liegende Aufgabe im Sinne des Art. 17 Abs. 3 lit. b DSGVO dar (Ebenroth/Boujong/*Schaub*, HGB, 5. Aufl., § 10a Rdnr. 2). Zutreffend hat das Registergericht mit seiner Nichtabhilfeentscheidung insoweit darauf hingewiesen, dass eine rechtliche Verpflichtung zur Datenverarbeitung nach § 387 Abs. 2 FamFG i. V. m § 9 Abs. 1 HRV, § 9 Abs. 1 HGB, § 40 GmbHG besteht und das Handelsregister damit eine fortdauernde Transparenz- und Beweisfunktion erfüllt. Der Grundsatz der Datenerhaltung stellt dabei den Kern des registerrechtlichen Publizitätsprinzips dar (MünchKomm-HGB/*Krafka*, § 10a Rdnr. 12). Eine gesetzliche Ermächtigung, Dokumente nachträglich zu verändern bzw. diese nachträglich der unbeschränkten Einsicht zu entziehen, ist nicht vorhanden. Insbesondere bei den Gesellschafterlisten erfordert es die auf ihnen beruhende Legitimationswirkung nach § 16 Abs. 1 GmbHG, chronologisch die dort angegebene Inhaberschaft an den Gesellschaftsanteilen unzweifelhaft nachvollziehen zu können. Wie das Registergericht in dem Beschluss vom 27.12.2023 zu Recht festgestellt hat, ist selbst die Entfer-

nung oder Korrektur einer fehlerhaften Liste daher nicht möglich, sondern lediglich die Aufnahme einer neuen fehlerfreien Liste (MünchKomm-GmbHG/*Heidinger*, 4. Aufl., § 40 Rdnr. 190, 299). Maßgeblicher Zeitpunkt für die Rechtswirkungen des § 16 Abs. 1 GmbHG ist die Aufnahme der jeweiligen Gesellschafterliste in das Handelsregister (*Wicke*, GmbHG, 4. Aufl., § 16 Rdnr. 3a). Vorliegend bestünde bei einer Ersetzung der am 02.07.2012 in den Registerordner aufgenommenen Liste durch eine neue Liste für den Rechtsverkehr völlige Unklarheit über den Gesellschafterbestand im Zeitraum zwischen der Aufnahme und der Entfernung der alten Liste. Zwar könnte und müsste bei der Aufnahme einer neuen Liste in den Registerordner auf einen nach § 9 Abs. 7 HRV durchgeführten Austausch hingewiesen werden, für den Einsichtnehmenden bliebe aber offen, welchen Inhalt die entfernte Liste hatte und wer die Legitimationswirkung bis zum Austausch für sich in Anspruch nehmen konnte. Die Beibehaltung sämtlicher eingereichter Gesellschafterlisten und damit auch die Verarbeitung der von dem Beschwerdeführer bei der Einreichung der Liste freiwillig übermittelten Daten durch Beibehaltung dieser Liste im Registerordner ist daher für die Wahrnehmung der Aufgaben des Handelsregisters zwingend erforderlich, Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. e DSGVO.

**12** Der EuGH hat ferner zur von der DSGVO abgelösten Datenschutzrichtlinie, die eine mit Art. 17 Abs. 3 lit. b DSGVO vergleichbare Anwendungsausnahme nicht kannte, hervorgehoben, dass die Registerpublizität, gleichsam als Preis für die Verleihung der Rechtspersönlichkeit an Kapitalgesellschaften mit beschränkter Haftung, grundsätzlich Vorrang vor dem Persönlichkeitsschutz genießt. Nichts anderes kann für die Rechtslage seit Inkrafttreten der DSGVO gelten (EuGH, ZD 2017, 325, 327; OLG Naumburg, NZG 2023, 711; *Wollenschläger*, NZG 2023, 690). Eine besondere Schutzbedürftigkeit des Beteiligten ist nicht ersichtlich.

**13 bb)** Auch Art. 21 DSGVO begründet keinen Löschungs- oder Austauschanspruch des Beschwerdeführers. Das Widerspruchsrecht ist gemäß § 10a Abs. 3 HGB auf die in zum Handelsregister einzureichenden Dokumenten enthaltenen personenbezogenen Daten nicht anwendbar. Ein Anspruch nach Art. 18 DSGVO besteht ebenfalls nicht, da die Registerführung aus Gründen wichtiger öffentlicher Interessen erfolgt, vgl. Art. 18 Abs. 2 DSGVO (MünchKomm-HGB/*Krafka*, § 10a Rdnr. 12, 14).

**14 cc)** § 9 Abs. 7 HRV stellt keine eigenständige Anspruchsgrundlage für einen Austausch dar, sondern regelt lediglich die Durchführung (vgl. BR-Drucks. 560/22, S. 29, wonach es sich bei der Vorschrift lediglich um eine Klarstellung handelt). Mit § 9 Abs. 7 HRV hat der Ordnungsgeber eine registerverfahrensrechtliche Grundnorm für den Austausch von Dokumenten im Handelsregister geschaffen. Diese verfahrensrechtliche Regelung begründet allerdings noch keinen Anspruch auf einen solchen Austausch. In der Regel besteht ein derartiger Anspruch nicht (*Strauß*, DNotZ 2023, 496, 509).



## 17. Eintragung einer Geschäftsführerbestellung nur bei Nachweis der ordnungsgemäßen Ladung der zur Gesellschafterversammlung nichterschienenen Gesellschafter

KG, Beschluss vom 18.02.2025, 22 W 4/25

AktG § 241 Nr. 1

GmbHG § 39 Abs. 2

HGB § 12

### LEITSATZ:

Nehmen an der Gesellschafterversammlung einer GmbH nicht alle Gesellschafter teil, ist gegenüber dem Registergericht darzulegen und durch Vorlage entsprechender Unterlagen nachzuweisen, dass die nichterschienenen Gesellschafter ordnungsgemäß geladen worden sind. Die Erklärung in der Gesellschafterversammlung, dass alle Gesellschafter ordnungsgemäß geladen worden sind, reicht nicht.

## 18. Notwendiger Wortlaut einer Bescheinigung bei Satzungsänderung einer nach dem Musterprotokoll errichteten GmbH

KG, Beschluss vom 15.05.2024, 22 W 27/24

GmbHG § 2 Abs. 1a, § 54 Abs. 1 Satz 2

### LEITSATZ:

Nr. 4 des Musterprotokolls nach der Anlage zu § 2 Abs. 1a GmbHG ist Satzungsbestandteil, sodass die getroffenen Regelungen auch bei einer Gegenstandsänderung (Nr. 2 des Musterprotokolls) in den notariell zu bescheinigenden vollständigen Wortlaut des Gesellschaftsvertrags nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG aufzunehmen sind.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte, eine UG (haftungsbeschränkt), wurde im Jahr 2022 im vereinfachten Verfahren gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG gegründet und in das Handelsregister B des AG Charlottenburg eingetragen. Alleinige Gesellschafterin und – entsprechend Nr. 4 der Anlage 1 zum GmbHG („Musterprotokoll“, nachfolgend auch nur: „MP“) – alleinige, von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite Geschäftsführerin der Beteiligten ist Frau F.

2 Auf einer Gesellschafterversammlung am 29.02.2024 wurde eine Änderung von Nr. 2 MP beschlossen. Diese Änderung wurde am selben Tag zur Eintragung im Handelsregister angemeldet. Der Anmeldung beigelegt war ein Dokument, das mit „Aktuelle Fassung des ‚Gesellschaftsvertrags‘“ überschrieben war. Darin waren die (unveränderten) Regelungen zu den Nummern 1, 3 und 5 MP und die geänderte Fassung von Nr. 2 MP wiedergegeben. Zu Nr. 4 MP enthielt das Dokument keine Angaben. Zudem gab der Notar in dem Dokument folgende Erklärung ab:

„Ich bescheinige hiermit entsprechend § 54 GmbHG, dass der vorstehend aufgeführte Wortlaut des ‚Gesellschaftsvertrags‘ der [Beteiligten] die durch meine Urkunde (...) beschlossene Änderung (bezüglich des Gegenstandes in Ziffer 2.) enthält und dass dieser Wortlaut mit dem dort gefassten Beschluss über die Änderung des ‚Gesellschaftsvertrags‘ übereinstimmt. Die unveränderten Bestimmungen des ‚Gesellschaftsvertrags‘ stimmen mit dem zuletzt im Handelsregister eingereichten vollständigen Wortlaut des ‚Gesellschaftsvertrags‘ wörtlich überein. Danach hat der ‚Gesellschaftsvertrag‘ (nach Eintragung der beschlossenen Änderung in das Handelsregister) den vorstehend aufgeführten Wortlaut.“

3 Auf den Hinweis des AG, dass der vom Notar bescheinigte Wortlaut des Gesellschaftsvertrags nicht die Regelung in Nr. 4 MP enthalte und damit unvollständig sei, entgegnete die Beteiligte, die Regelungen in Nr. 4 MP hätten „objektiv nicht den Charakter einer gesellschaftsvertraglichen Regelung“. Dies folge daraus, dass ein im MP bestellter Geschäftsführer durch „einfachen Beschluss“ wieder abberufen werden könne und es hierfür einer Satzungsänderung nicht bedürfe. Auch sei allgemein anerkannt, dass einem solchen Geschäftsführer auch „durch einfachen Beschluss“ die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB entzogen werden könne. Daher sehe er sich nicht imstande, eine Satzungsbescheinigung nach § 54 GmbHG zu erteilen, die ganz oder teilweise den Text der Regelung in Nr. 4 MP enthielte.

4 Das AG hat weiter die Einreichung eines vom Notar als vollständig bescheinigten Wortlauts des Gesellschaftsvertrags, der auch Nr. 4 MP enthält, verlangt und diese Beanstandung am 29.04.2024 zum Gegenstand einer Zwischenverfügung gemacht.

5 Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten, der das AG nicht abgeholfen und die Sache dem KG zur Entscheidung vorgelegt hat.

6 II. 1. Die Beschwerde ist zulässig.

7 a) Die Beschwerde, die als im Namen der Beteiligten eingelegt anzusehen ist, ist nach § 58 Abs. 2 FamFG i. V. m. § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG der statthafte Rechtsbehelf gegen das Schreiben des AG vom 26.04.2024, das als Zwischenverfügung gemäß § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG zu qualifizieren ist.

8 b) Die Beschwerde der Beteiligten ist form- (vgl. § 64 Abs. 2 FamFG) und fristgerecht (vgl. § 63 Abs. 1 FamFG) eingelegt. Die Beteiligte ist auch beschwerdebefugt, weil es um eine sie betreffende Eintragung und damit um tatsächlich oder vermeintlich ihr zustehende Rechte geht, sodass die Voraussetzungen des § 59 Abs. 1 und 2 FamFG erfüllt sind. Angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der Eintragung ist auch der notwendige Beschwerwert nach § 61 Abs. 1 FamFG erreicht.

9 2. Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Der angemeldeten Eintragung steht entgegen, dass der der Anmeldung beizufügende vollständige Wortlaut des Gesell-



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

schaftsvertrags nicht den Anforderungen des § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG entspricht.

**10 a)** Gemäß der eben genannten Vorschrift ist der Anmeldung einer Änderung des Gesellschaftsvertrags der vollständige Wortlaut des Gesellschaftsvertrags beizufügen; er muss mit der Bescheinigung eines Notars versehen sein, dass die geänderten Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags mit dem Beschluss über die Änderung des Gesellschaftsvertrags und die unveränderten Bestimmungen mit dem zuletzt zum Handelsregister eingereichten vollständigen Wortlaut des Gesellschaftsvertrags übereinstimmen. Inhaltlich stellt der „vollständige Wortlaut“ eine einheitliche Niederschrift des geltenden Gesellschaftsvertrags dar, wie er sich unter Berücksichtigung etwaiger in das Handelsregister eingetragener früherer Satzungsänderungen sowie unter Einbeziehung der angemeldeten Satzungsänderung ergibt. Es handelt sich um eine rein redaktionelle Zusammenstellung des Vertragstextes. Sie obliegt den Geschäftsführern, die hiermit auch einen Notar beauftragen können (vgl. etwa BayObLG, Beschluss vom 14.09.1988, BReg 3 Z 85/88, LS 2, juris; *Priester/Tebben* in Scholz, GmbHG, 13. Aufl., § 54 Rdnr. 17). Diese Zusammenstellung hat sämtliche noch gültigen Vertragsbestandteile zu umfassen, also auch die nichtkorporativen Bestimmungen, und darf sich nicht auf die Satzung im engeren Sinne beschränken (*Hoffmann/Bartlitz* in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 4. Aufl., § 54 Rdnr. 21; *Noack* in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl., § 54 Rdnr. 11; *Schnorbus* in Rowedder/Pentz, GmbHG, 7. Aufl., § 54 Rdnr. 13; *Harbarth* in MünchKomm-GmbHG, 4. Aufl., § 54 Rdnr. 50; *Priester/Tebben*, a. a. O.).

**11 b)** Diese Anforderungen sind nicht erfüllt. In dem von der Beteiligten eingereichten Wortlaut des Gesellschaftsvertrags fehlt die Regelung in Nr. 4, obwohl diese ein Bestandteil des Gesellschaftsvertrags ist und nicht geändert worden ist.

**12 aa)** Die Beteiligte ist im vereinfachten Verfahren gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG gegründet worden. Für die Gründung im vereinfachten Verfahren ist das in Anlage 1 zum GmbHG bestimmte MP zu verwenden. Darüber hinaus dürfen keine vom Gesetz abweichenden Bestimmungen getroffen werden. Das MP gilt zugleich als Gesellschafterliste. Im Übrigen finden auf das MP die Vorschriften des GmbHG über den Gesellschaftsvertrag entsprechende Anwendung, § 2 Abs. 1a Satz 5 GmbHG.

**13 bb)** Durch die letztgenannte Regelung in § 2 Abs. 1a Satz 5 GmbHG hat der Gesetzgeber deutlich gemacht, dass alle Regelungen, die in Anlage 1 zum GmbHG aufgeführt sind, als zum „Gesellschaftsvertrag“ gehörig anzusehen sind. Folglich ist auch bei einer Änderung des Gesellschaftsvertrags, die sich auf im MP enthaltene Regelungen beschränkt, die Einreichung eines vom Notar bescheinigten vollständigen Wortlauts des Gesellschaftsvertrags erforderlich (vgl. etwa OLG München, Beschluss vom 29.10.2009, 31 Wx 124/09, juris Rdnr. 5). Ob § 2 Abs. 1a Satz 5 GmbHG hinsichtlich Nr. 6 und Nr. 7 MP teleologisch dahin zu reduzieren ist, dass deren Inhalt bei einer Änderung des MP in anderen Bestimmungen als Nr. 6 und Nr. 7 MP nicht mehr im

vollständigen Wortlaut des Gesellschaftsvertrags wiederzugeben sind, da sie keinen Regelungsgehalt (mehr) haben und/oder irreführend sind, ist hier nicht relevant, da es vorliegend alleine um die Regelung in Nr. 4 MP geht. Die dort getroffene Regelung zählt jedenfalls zum Gesellschaftsvertrag (vgl. etwa *Stelmaszczyk* in BeckOGK-GmbHG, Stand: 01.01.2024, § 2 Rdnr. 382c; *C. Jaeger* in BeckOK-GmbHG, Stand: 01.02.2024, § 2 Rdnr. 74a; *Noack* in Noack/Servatius/Haas, GmbHG, § 54 Rdnr. 10a; *Priester/Tebben* in Scholz, GmbHG, § 54 Rdnr. 18a; *Cramer* in Scholz, a. a. O., § 2 Rdnr. 145; *Wachter*, EWIR 2010, 185, 186). Es handelt sich daher bei Nr. 4 MP – entgegen der Ansicht der Beteiligten – um eine „gesellschaftsvertragliche Regelung“. Zudem sei auf § 6 Abs. 3 Satz 2 Alt. 1 GmbHG verwiesen, der die Bestellung eines Geschäftsführers im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich vorsieht.

**14 cc)** Dass es sich bei Nr. 4 MP um eine „gesellschaftsvertragliche Regelung“ handelt, ergibt sich zudem aus folgenden Erwägungen: Nach Nr. 4 Satz 2 MP ist der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit. Für eine solche Befreiung ist aber eine Grundlage im Gesellschaftsvertrag erforderlich (BGH, Beschluss vom 28.02.1983, II ZB 8/82, BGHZ 87, 59–63, juris Rdnr. 9; KG, Beschluss vom 21.03.2006, 1 W 252/05, juris Rdnr. 7 m. w. N.; *C. Jaeger* in BeckOK-GmbHG, § 2 Rdnr. 76; *Blasche*, GmbHR 2015, 403, 405; *Sandhaus*, NJW-Spezial 2009, 607), die in Nr. 4 Satz 2 MP geregelt ist. Durch das Weglassen der Regelung des Nr. 4 MP würde damit (sogar) ein korporativer („echter“) Satzungsbestandteil unter den Tisch fallen.

**15 dd)** Ob es sich bei der (gesamten) Regelung in Nr. 4 MP um einen „echten (korporativen) Satzungsbestandteil“ oder „unechten Satzungsbestandteil“ handelt, ist vorliegend aber nicht einmal entscheidungserheblich. Denn selbst wenn die (gesamte) Regelung in Nr. 4 MP ein „unechter Satzungsbestandteil“ wäre, dürfte die von der Beteiligten vorgenommene „Anpassung“ nur vorgenommen werden, wenn die Gesellschafter hierüber einen entsprechenden Beschluss gefasst haben (*Stelmaszczyk* in BeckOGK-GmbHG, § 2 Rdnr. 382; *Harbarth* in MünchKomm-GmbHG, § 54 Rdnr. 50; *Hoffmann/Bartlitz* in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 4. Aufl., § 54 Rdnr. 21; *Schnorbus* in Rowedder/Pentz, GmbHG, § 53 Rdnr. 12; *Marquardt/Eickelberg/Ries* in Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 3, 6. Aufl., § 22 Rdnr. 11). Denn allein die Gesellschafter und nicht die Geschäftsführer oder der Notar bestimmen, was Teil des Gesellschaftsvertrags sein soll und „inwieweit historischer Ballast mitgeschleppt werden soll“ (*Priester/Tebben*, a. a. O., Rdnr. 18). Außerdem bezieht sich die Richtigkeitskontrolle des Notars gemäß der von ihm abzugebenden Bescheinigung nicht auf den Inhalt des Vertrags, sondern nur darauf, ob ursprünglicher Text und formelle Satzänderungen zutreffend berücksichtigt sind (*Priester/Tebben*, a. a. O.). Da es an einem solchen Gesellschafterbeschluss fehlt, wäre selbst dann, wenn es sich bei Nr. 4 MP um einen „unechten Satzungsbestandteil“ handelte, der mit der Anmeldung eingereichte Wortlaut des Gesellschaftsvertrags unvollständig, da er Nr. 4 MP nicht wiedergibt.

16 ee) Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der von der Beteiligten zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 30.04.2021, I-3 Wx 46/21). Vielmehr ist das OLG Düsseldorf ebenfalls der Ansicht, dass auch die Regelungen zur Vertretung der Gesellschaft im MP Teil des Gesellschaftsvertrags sind, da sie „Satzungsqualität“ haben (OLG Düsseldorf, a. a. O., juris Rdnr. 5, 10).

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 19. Grundbuchberichtigung bei einem Immobilienerwerb durch Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft nach polnischem Recht

OLG Stuttgart, Hinweisbeschluss vom 23.05.2024, 15 UF 23/24

BGB § 894

Brüssel Ia-VO Art. 1 Abs. 1

EuGüVO Art. 1 Abs. 2 lit. g, Art. 6 lit. b, Art. 69 Abs. 3

EGBGB Art. 229 § 47

EGBGB Art. 4 Abs. 1, Art. 14 Abs. 1, Art. 15 Abs. 1, Art. 229

§ 47 (i. d. F. bis zum 01.01.2025)

FamFG § 65 Abs. 4

GBO §§ 878, 894

#### LEITSÄTZE:

1. Zur internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte für einen Grundbuchberichtigungsanspruch nach der EuGüVO.
2. Der Erwerb von Immobilien in Deutschland durch einen Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft nach polnischem Recht setzt grundsätzlich die Mitwirkung des anderen Ehegatten voraus.
3. Das Grundbuch ist allerdings nicht unrichtig, sofern der Kaufvertrag zwar während des bestehenden gesetzlichen Güterstands abgeschlossen, eine Gütertrennung allerdings durch eine spätere polnische gerichtliche Entscheidung auf einen Zeitpunkt vor Abschluss des Kaufvertrags angeordnet worden ist.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Zu Recht hat das AG den Antrag auf Grundbuchberichtigung abgewiesen. Das Beschwerdevorbringen rechtfertigt keine andere rechtliche Beurteilung.

2 1. a. Deutsche Gerichte sind international zuständig.

3 Die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte ist entgegen § 65 Abs. 4 FamFG stets vom Beschwerdegericht zu prüfen (BGH, NJW 2022, 2403 Rdnr. 12; FamRZ 2015, 2146).

4 Die internationale Zuständigkeit ergibt sich vorliegend aus Art. 6 lit. b der Verordnung (EU) Nr. 2016/1103 des Rates zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im

Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung in Fragen des ehelichen Güterstands vom 24.06.2016 (im Folgenden EuGüVO) und nicht aus Art. 24 Nr. 1 der Verordnung (EU) Nr. 2015/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 12.12.2012 (im Folgenden Brüssel Ia-VO). Nach dieser Vorschrift sind die Gerichte des Mitgliedstaats, in dem die unbewegliche Sache belegen ist, ohne Rücksicht auf den Wohnsitz der Parteien für Verfahren, die dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen zum Gegenstand haben, ausschließlich zuständig (forum rei sitae; zum Grundbuchberichtigungsanspruch vgl. EuGH, NJW 2017, 315 Rdnr. 42).

5 Denn nach Art. 1 Abs. 2 lit. a Brüssel Ia-VO ist diese Verordnung nicht auf die ehelichen Güterstände anzuwenden. Dabei umfasst der Begriff der „ehelichen Güterstände“ in Art. 1 Abs. 2 lit. a Brüssel Ia-VO alle vermögensrechtlichen Beziehungen, die sich unmittelbar aus der Ehe oder ihrer Auflösung ergeben (EuGH, Beschluss vom 14.06.2017, C-67/17, juris Rdnr. 28). Dem Anwendungsbereich der EuGüVO steht auch nicht Art. 1 Abs. 2 lit. g EuGüVO entgegen. Diese Bereichsausnahme erfasst lediglich eine besondere Fallkonstellation, wonach kein Mitgliedstaat verpflichtet sein soll, ein dingliches Recht an einem Gegenstand, der in seinem Hoheitsgebiet belegen ist, anzuerkennen, wenn die lex rei sitae dieses dingliche Recht nicht kennt (Erwägungsgrund Nr. 24 Satz 2). Der Erwerbsvorgang, also die sich aus dem ehelichen Güterstand ergebende Begründung oder Übertragung eines Rechts an beweglichen oder unbeweglichen Vermögensgegenständen, ist dagegen nicht vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen und richtet sich dementsprechend nach dem Güterstatut (Erwägungsgrund Nr. 24 Satz 1; MünchKomm-FamFG/Mayer, 3. Aufl., Art. 1 EuGüVO Rdnr. 35).

6 Vorliegend geht es um die Rechtsfolgen eines Erwerbsvorgangs in Deutschland unter Geltung des maßgeblichen Güterrechtsstatuts und dem daraus resultierenden geltend gemachten Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB. Mithin ist die EuGüVO anwendbar, somit mangels Ergiebigkeit der Art. 4 und 5 EuGüVO Art. 6 lit. b EuGüVO aufgrund des weiterhin bestehenden gewöhnlichen Aufenthalts des Antragsgegners in Deutschland.

7 2. a) Nach § 894 BGB kann, wenn der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechts an einem Grundstück mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht, derjenige, dessen Recht durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird. Der Anspruch aus § 894 BGB richtet sich dabei auf Erteilung der im Grundbuchverfahren nach § 19 GBO formellrechtlich erforderlichen Bewilligung zur Berichtigung des Grundbuchs (BGH, Urteil vom 08.03.2024, V ZR 176/22, juris Rdnr. 21). Unrichtig ist ein Grundbuch allerdings dann nicht mehr, wenn es infolge von Rechtsveränderungen richtig geworden ist (OLG München, BeckRS 2018,





29496 Rdnr. 21). Die Unrichtigkeit muss in einem Verfahren zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung noch vorhanden sein (MünchKomm-BGB/H. Schäfer, 9. Aufl., § 894 Rdnr. 4).

**8 b)** Das Grundbuch ist nicht unrichtig, weshalb ein Grundbuchberichtigungsanspruch der Antragstellerin nicht besteht. Die Antragstellerin ist nach polnischem Recht nicht Bruchteilseigentümerin bzw. nach Beendigung der Gemeinschaft hälftige Miteigentümerin geworden (vgl. Art. 35, 43 § 1 des polnischen Familien- und Vormundschaftsgesetzbuches vom 25.02.1964 in der Fassung vom 17.06.2004 [FVGB]).

**9 aa)** Das anzuwendende Recht bestimmt sich gemäß Art. 229 § 47 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB, Art. 69 Abs. 3 EuGüVO nach Art. 15 EGBGB in seiner bis einschließlich 28.01.2019 geltenden Fassung (a. F.), da die Beteiligten die Ehe vor dem 29.01.2019 geschlossen und keine Rechtswahl getroffen haben. Nach Art. 15 Abs. 1 EGBGB a. F. unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgeblichen Recht. Dies war hier gemäß Art. 229 § 47 Abs. 1 EGBGB i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB a. F. das polnische Recht als das Recht des Staates, dessen Staatsangehörigkeit die Eheleute zum Zeitpunkt der Eheschließung besaßen.

**10** Dabei spricht Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB a. F. allerdings eine Gesamtverweisung im Sinne des Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB a. F. aus, eine Verweisung also, die auch das polnische Kollisionsrecht umfasst. Dabei richten sich die persönlichen und güterrechtlichen Beziehungen zwischen den Ehegatten gemäß Art. 51 Abs. 1 des polnischen Gesetzes über das Internationale Privatrecht vom 04.02.2011 nach ihrem jeweils geltenden gemeinsamen Heimatrecht. Eine Rückverweisung nach Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB a. F. sieht das polnische Recht nicht vor.

**11 bb)** Gesetzlicher Güterstand ist nach Art. 31 § 1 FVGB die „gesetzliche Gütergemeinschaft“ („wspólność ustawowa“, vgl. *Margonski* in Süß/Ring, Eherecht in Europa, 4. Aufl., Länderteil Polen, Rdnr. 16). Der Erwerb von Immobilien durch einen Ehegatten im gesetzlichen Güterstand der Gütergemeinschaft setzt grundsätzlich die Mitwirkung des anderen Ehegatten voraus. Es wird vermutet, dass der Erwerb zum gemeinschaftlichen Vermögen erfolgt. Nach Art. 37 § 1 Nr. 1 FVGB ist der entgeltliche Immobilienerwerb zum gemeinschaftlichen Vermögen zustimmungsbedürftig. Fehlt die Zustimmung des Ehegatten, ist der Vertrag schwebend unwirksam (Art. 37 § 2 FVGB). Vorliegend hat die Antragstellerin offensichtlich dem Grundstückserwerb zugestimmt, da sie als Miteigentümerin eingetragen werden will.

**12 cc)** Vorliegend war der gesetzliche Güterstand jedoch bereits zum Zeitpunkt der Vornahme des Abschlusses des Kaufvertrags am 22.05.2015 aufgehoben, weshalb die Antragstellerin das Grundstück nicht zu gemeinschaftlichem Eigentum der Beteiligten erwerben konnte. Mit rechtskräftigem Urteil des Bezirksgerichts O vom 19.12.2018 (Az. II Ca 1063/18) wurde der Zeitpunkt, zu dem die Gütertrennung zwischen den vormaligen Ehegatten eingetreten ist, gemäß

Art. 52 § 2 FVGB rückwirkend auf den 21.05.2015 festgelegt. Die vor Rechtskraft des polnischen Urteils vom 19.12.2018 schwebende Unwirksamkeit des Grundstückserwerbs wurde danach rückwirkend beseitigt. Zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts war der Antragsgegner daher alleine berechtigt und verpflichtet.

**13** Da es hinsichtlich des begehrten Grundbuchberichtigungsanspruchs alleine auf das maßgebliche deutsche Recht als das Recht der belegen Sache ankommt (vgl. insoweit auch EuGH, NJW 2017, 315 Rdnr. 42), ist das Grundbuch zum jetzigen Zeitpunkt nicht unrichtig (zur Heilung Staudinger/Picker, Neub. 2019, § 894 Rdnr. 64). Der Antragsgegner ist zu Recht als alleiniger Eigentümer der Immobilie eingetragen. Auf § 878 BGB kommt es dabei ersichtlich nicht an. Es geht nicht um eine Verfügungsbeschränkung nach deutschem Recht, sondern um die Aufhebung der Gütergemeinschaft nach polnischem Recht. Die jeweiligen unterschiedlichen Rechtsinstitute des deutschen und des polnischen Rechts sind strikt voneinander zu trennen. Ob die Antragstellerin, wie von ihr behauptet, noch einen Anspruch auf Auseinandersetzung der vormaligen Gütergemeinschaft nach polnischem Recht hat, kann, zumal vom Antragsgegner wegen eines behaupteten Surrogationserwerbs – Erwerb aufgrund alleine den Antragsgegner verpflichtender abgeschlossener Darlehensverträge – nach Art. 33 Nr. 10 FVGB ohnehin bestritten, dahingestellt bleiben. Ein etwaiger schuldrechtlicher Auseinandersetzungsanspruch nach polnischem Recht führt gerade nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs nach deutschem Recht, der Antragsteller wurde zu Recht alleine ins Grundbuch eingetragen.

**14** Überdies ist darauf hinzuweisen, dass das Verpflichtungs- und das Verfügungsgeschäft zum Zeitpunkt ihrer Vornahme nicht nichtig, sondern lediglich schwebend unwirksam waren. Einer Zustimmung der Antragstellerin bedurfte es nach Aufhebung der Gütergemeinschaft gerade nicht mehr.

**15** Selbst für den Fall, dass der Antragsgegner niemals wirksam Eigentum in Deutschland hätte erwerben können, ergibt sich kein Grundbuchberichtigungsanspruch zugunsten der Antragstellerin. In diesem Fall wäre das Grundbuch zwar insgesamt unrichtig. Aber nur der vormalige Verkäufer könnte einen solchen Anspruch geltend machen.



## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 20. Prüfung der Parteifähigkeit einer Kommanditgesellschaft als Gläubigerin im Klauselerteilungsverfahren

BGH, Beschluss vom 30.01.2025, VII ZB 10/24 (Vorinstanz: LG Berlin II, Beschluss vom 17.05.2024, 6 T 1/24)

ZPO §§ 50, 56 Abs. 1, §§ 724, 732, 767, 794 Abs. 1 Nr. 5, § 795 Satz 1

#### LEITSÄTZE:

1. Zur Prüfung der Parteifähigkeit der Gläubigerin in einem Klauselverfahren.
2. Die Frage, ob die Gläubigerin liquidationslos vollbeendet und erloschen ist, betrifft einerseits ihre im Klauselerteilungsverfahren zu prüfende Parteifähigkeit und stellt andererseits eine mit der Vollstreckungsabwehrklage geltend zu machende materielle Einwendung gegen die titulierte Forderung dar. In einem solchen Fall beschränkt sich die Prüfung der Parteifähigkeit im Klauselerteilungsverfahren darauf, ob der Einwand des Schuldners, die Gläubigerin sei liquidationslos vollbeendet und damit erloschen, offensichtlich zutrifft. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Schuldner wendet sich gegen die Erteilung einer Vollstreckungsklausel für eine notarielle Urkunde, aus der die Gläubigerin, eine Kommanditgesellschaft, die Zwangsvollstreckung betreibt.

2 Am 26.01.2019 beurkundete Notar Dr. M F zur Urkundenrollennummer die Erklärung des Schuldners gegenüber der Gläubigerin, „die selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Höchstbetrag von Betrag 3.000.000 €, in Worten: drei Millionen Euro für alle bestehenden, künftigen und bedingten Ansprüche, die dem Gläubiger gegen (...) zustehen“, zu übernehmen. Des Weiteren heißt es in der Urkunde:

„Die M. KG (Gläubigerin) ist Inhaberin einer Darlehensforderung (...) über einen Betrag in Höhe von nominal USD 3.000.000 (...). Das Darlehen ist mit einem Zinssatz von 4,5 % p. a. verzinst und hat eine Laufzeit bis zum 31.12.2021.

(...)

§ 1 Umfang der Bürgschaftsverpflichtung Die Haftung des Bürgen aus dieser Bürgschaft besteht in Höhe der Hauptschuld zuzüglich Zinsen und Kosten und ist auf diesen Betrag beschränkt („Höchstbetrag“).

(...)

§ 5 Zwangsvollstreckungsunterwerfung

5.1 Wegen des in § 1 dieser Urkunde bezeichneten Anspruchs i. H. v. 3.000.000 € nebst Zinsen unterwirft

sich der Bürge der sofortigen Zwangsvollstreckung aus dieser Urkunde in sein gesamtes Vermögen. Im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz des Zwangsvollstreckungsverfahrens gelten Zinsen ab dem 31.12.2018 als geschuldet.

(...)“

3 Im Handelsregister ist die Gläubigerin seit dem 20.06.2018 als GmbH & Co. KG, bestehend aus der Dr. E M GmbH als persönlich haftende Gesellschafterin sowie den Kommanditisten Dr. E M und V W eingetragen. Der Kommanditist Dr. E M ist am 09.09.2020 verstorben. Die Parteien streiten darüber, ob infolge verschiedener Gesellschaftsbeschlüsse und eines im Jahr 2016 geschlossenen Gesellschaftsvertrags mit dem Tod von Dr. E M auch die Dr. E M GmbH als Gesellschafterin ausgeschieden, deshalb V W als einzige Gesellschafterin verblieben und damit eine liquidationslose Vollbeendigung der Gläubigerin eingetreten ist.

4 Auf Antrag der Gläubigerin vom 10.08.2022 erteilte Notar Dr. M F dieser am 19.07.2023 eine mit einer einfachen Vollstreckungsklausel versehene vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde vom 26.01.2019. Aus dieser vollstreckbaren Ausfertigung betreibt die Gläubigerin die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner.

5 Der Schuldner hat am 24.07.2023 beim AG Klauselerinnerung eingelegt. Das AG hat mit Beschluss vom 05.10.2023 die Zwangsvollstreckung aus der am 19.07.2023 der Gläubigerin erteilten Vollstreckungsklausel für unzulässig erklärt. Zur Begründung hat das AG ausgeführt, zwar verfüge die notarielle Urkunde vom 26.01.2019 über einen vollstreckungsfähigen Inhalt, die Existenz der Gläubigerin sei jedoch nicht nachgewiesen. Sie ergebe sich insbesondere nicht aus dem Handelsregister, das nach dem Tod von Dr. E M offenkundig falsch sei. Gegen die Entscheidung des AG hat die Gläubigerin mit Schriftsatz vom 20.10.2023 sofortige Beschwerde eingelegt. Die Gläubigerin ist der Auffassung, ihre Existenz sei durch das Handelsregister ausreichend belegt. Eine weitergehende Prüfung lasse das Klauselerinnerungsverfahren nicht zu.

6 Das Beschwerdegericht hat der sofortigen Beschwerde der Gläubigerin mit dem angefochtenen Beschluss stattgegeben und den Beschluss des AG dahingehend geändert, dass die Klauselerinnerung des Schuldners vom 24.07.2023 zurückgewiesen wird. Dagegen wendet sich der Schuldner mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde.

7 II. Die gemäß § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

8 1. Das Beschwerdegericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

9 In dem Klauselerinnerungsverfahren nach § 732 ZPO könne der Schuldner in begründeter Weise nur Einwendungen gegen eine dem Gläubiger erteilte Klausel erheben, die auf formellen Fehlern beruhe. Der Prüfungsumfang im Erinnerungsverfahren entspreche insoweit demjenigen im



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

formellen Klauselerteilungsverfahren, auf dessen Überprüfung es ausgerichtet sei.

**10** Im Streit stehe, wer Gläubigerin der titulierten Forderung ist bzw. ob die Gläubigerin noch existiert. Diese Ungewissheit stehe der Erteilung einer Vollstreckungsklausel im vorliegenden Fall nicht entgegen. Vielmehr genüge die Eintragung der Gläubigerin im Handelsregister.

**11** Die Antragsberechtigung für eine Vollstreckungsklausel aus einem Vollstreckungstitel stehe grundsätzlich demjenigen zu, der unter Berufung auf seine Berechtigung aus dem Titel die Erteilung zu seinen Gunsten begehre. Zu prüfen sei allein die Identität zwischen den Parteien des Titels und des Vollstreckungsverfahrens. Diese sei gegeben. Auf die materiellen Fragen, wie zum Beispiel die bestrittene Fortexistenz der Gläubigerin und die Auswirkungen des Todes von Dr. E M auf die Existenz der Gläubigerin, komme es im Rahmen der Klauselerinnerung nicht an.

**12 2.** Das hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

**13** Zu Recht hat Notar Dr. M F der Gläubigerin eine mit einer einfachen Vollstreckungsklausel gemäß § 794 Abs. 1 Nr. 5, § 795 Satz 1, § 724 Abs. 1 ZPO versehene vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde vom 26.01.2019 erteilt, § 797 Abs. 2 Satz 1 ZPO. Der Antrag der Gläubigerin auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung ist zulässig, da sie als parteifähig anzusehen ist (a)). Zudem verfügt die notarielle Urkunde vom 26.01.2019 über einen vollstreckungsfähigen Inhalt (b)).

**14 a)** Der Antrag der Gläubigerin auf Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung ist zulässig, da die Gläubigerin trotz ihres in Frage stehenden Erlöschens als parteifähig anzusehen ist.

**15 aa)** Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH, die seit dem 01.01.2024 Eingang in das Gesetz gefunden hat (§ 161 Abs. 2, § 105 Abs. 3 HGB, § 712a BGB), ist eine Kommanditgesellschaft liquidationslos vollbeendet und damit erloschen, wenn sich alle Gesellschaftsanteile in der Person eines Gesellschafters vereinen (vgl. BGH, Urteil vom 01.06.2017, VII ZR 277/15, NJW 2017, 3521 Rdnr. 38 m. w. N.). Sollte die Gläubigerin auf dieser Grundlage erloschen sein, hätte sie mit dem Tod des Kommanditisten Dr. E M ihre Rechtsfähigkeit und damit ihre Parteifähigkeit (§ 50 ZPO) verloren.

**16 bb)** Für das Klauselerteilungsverfahren nach §§ 724 ff. ZPO gelten neben dessen spezifischen Regelungen auch die allgemeinen Vorschriften im Buch 1 der Zivilprozessordnung, insbesondere zur Partei- und Prozessfähigkeit in §§ 50 ff. ZPO. Im Klauselerteilungsverfahren ist daher ein Mangel der Parteifähigkeit der Gläubigerin von Amts wegen zu berücksichtigen, § 56 Abs. 1 ZPO (vgl. BGH, Beschluss vom 23.09.2019, I ZB 20/21, MDR 2022, 122 Rdnr. 22 f. zur Zwangsvollstreckung einer unvertretbaren Handlung), wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür gegeben sind, dass die Gläubigerin nicht existiert (vgl. allgemein zur Existenz einer Partei BGH, Urteil vom 29.09.2010, XII ZR 41/09, NJW 2011, 778 Rdnr. 14).

**17** Das gilt aber nur insoweit, als sich aus den spezielleren Regelungen zur Zwangsvollstreckung in Buch 8 der Zivilprozessordnung, insbesondere den Vorschriften zum Klauselerteilungsverfahren und der Systematik der Rechtsbehelfe nichts Abweichendes ergibt (vgl. BGH, Beschluss vom 23.10.2019, I ZB 60/18, NJW 2020, 1143 Rdnr. 25 zur Zwangsvollstreckung durch den Gerichtsvollzieher; Stein/Jonas/Heinze, ZPO, 23. Aufl., Vor § 704 Rdnr. 74; Zöller/Seibel, ZPO, 35. Aufl., Vor §§ 704-945b Rdnr. 5).

**18 cc)** Im Klauselerteilungsverfahren ist bei der Erteilung einer einfachen vollstreckbaren Ausfertigung allein zu prüfen, ob ein formell wirksamer Titel mit vollstreckungsfähigem Inhalt vorliegt. Das gilt unabhängig davon, ob der Urkundsbeamte der Geschäftsstelle nach § 724 Abs. 2 Satz 1 ZPO oder der Notar für die Erteilung der Klausel zuständig ist. Dementsprechend können auch im Klauselerinnerungsverfahren nur Einwendungen formeller Art Gegenstand der Prüfung sein (vgl. BGH, Beschluss vom 18.12.2024, VII ZB 30/23, Rdnr. 16; Beschluss vom 16.04.2009, VII ZB 62/08, NJW 2009, 1887 Rdnr. 12 ff.).

**19** Demgegenüber sind materielle Einwendungen gegen die Vollstreckung aus einem Titel im Wege der Vollstreckungsabwehrklage (§§ 767, 794 Abs. 1, § 795 Satz 1 ZPO) geltend zu machen. In diesem Klageverfahren kann der Einwand geprüft werden, dass der Vollstreckungsgläubiger nicht mehr Inhaber der titulierten Forderung ist, also die Sachbefugnis verloren hat, aus der titulierten Forderung die Zwangsvollstreckung zu betreiben (vgl. BGH, Beschluss vom 17.01.2024, VII ZB 54/21, MDR 2024, 525 Rdnr. 14; Stein/Jonas/Kern, ZPO, § 767 Rdnr. 56).

**20 dd)** Die Frage, ob die Gläubigerin liquidationslos vollbeendet und erloschen ist, betrifft einerseits ihre im Klauselerteilungsverfahren zu prüfende Parteifähigkeit und stellt andererseits eine materielle Einwendung gegen die titulierte Forderung dar. Dem Schuldner steht damit der Rechtsbehelf der Vollstreckungsabwehrklage zur Verfügung. Dieser ermöglicht die umfassende Prüfung, ob aufgrund eines zwischen den Kommanditisten geschlossenen Gesellschaftsvertrags im Jahr 2016 und mehreren Gesellschaftsbeschlüssen V W als einzige Gesellschafterin verblieben und damit die Gläubigerin erloschen ist. Mit der Vollstreckungsabwehrklage kann der Schuldner daher seine Interessen vollständig wahren.

**21 ee)** In einem solchen Fall beschränkt sich die Prüfung der Parteifähigkeit im Klauselerteilungsverfahren darauf, ob der Einwand des Schuldners, die Gläubigerin sei liquidationslos vollbeendet und damit erloschen, offensichtlich zutrifft.

Zu dieser Prüfung kann, wie es das Beschwerdegericht getan hat, Einsicht in das Handelsregister genommen werden.

**22** Nach dem Inhalt des Handelsregisters, von dem sich der Senat im Wege des Freibeweises durch Einsichtnahme selbst überzeugt hat, ist die Gläubigerin im Handelsregister eingetragen. Ihre hierdurch belegte Existenz wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass das Handelsregister nach dem Tod von Dr. E M teilweise unrichtig ist. Denn dies betrifft allein die Stellung von Dr. E M als einem von drei Gesellschaftern. Der Tod eines von drei Gesellschaftern führt

aber nicht zur liquidationslosen Vollbeendigung und damit zum Erlöschen der Gläubigerin.

**23** Umstände, die die Annahme rechtfertigten, die Gläubigerin sei offensichtlich erloschen, ergeben sich auch nicht aus dem vom Schuldner vorgetragenen Inhalt des Gesellschaftsvertrags der Gläubigerin und den von ihr gefassten Gesellschaftsbeschlüssen nach Ableben des Gesellschafters Dr. E M, weil die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen für das Klauselerteilungsorgan nicht evident sind (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 18.12.2024, VII ZB 30/23, Rdnr. 15).

**24 ff)** Mit den vorstehenden Ausführungen weicht der erkennende Senat entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht von Entscheidungen des I. Zivilsenats zur Abgabe einer Vermögensauskunft (§ 802c ZPO) durch einen Vorsorgebevollmächtigten des Vollstreckungsschuldners (Beschluss vom 23.10.2019, I ZB 60/18, NJW 2020, 1143) und zur Zwangsvollstreckung betreffend die Erwirkung einer unvertretbaren Handlung nach § 888 ZPO auf Antrag der Mitglieder einer Erbengemeinschaft (Beschluss vom 23.09.2021, I ZB 20/21, NJW 2022, 23) ab. In beiden Verfahren ging es nicht um die im vorliegenden Fall entscheidende Frage, welcher Rechtsbehelf im Buch 8 der Zivilprozessordnung eine umfassende Prüfung ermöglicht, wenn eine materielle Einwendung des Vollstreckungsschuldners sowohl die Parteifähigkeit des Vollstreckungsgläubigers als auch den Bestand des titulierten Anspruchs betrifft.

**25 b)** Die notarielle Urkunde vom 26.01.2019 verfügt – entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde – über einen vollstreckungsfähigen Inhalt. Die Unterwerfungserklärung des Schuldners genügt dem Konkretisierungsgebot und dem Bestimmtheitserfordernis.

**26 aa)** Nach der Rechtsprechung des BGH verfügt eine notarielle Urkunde über einen vollstreckungsfähigen Inhalt, wenn die Unterwerfungserklärung des Vollstreckungsschuldners dem Konkretisierungsgebot und dem Bestimmtheitserfordernis genügt. Das Konkretisierungsgebot bezieht sich auf den zu vollstreckenden Anspruch, das Bestimmtheitserfordernis auf dessen Inhalt und Umfang, bei einem Zahlungsanspruch insbesondere auf dessen Höhe (BGH, Beschluss vom 05.09.2012, VII ZB 55/11, NJW-RR 2012, 1342 Rdnr. 14).

**27 bb)** Die Unterwerfungserklärung des Schuldners genügt dem Konkretisierungsgebot, da der zu vollstreckende Anspruch durch die Bezugnahme auf § 1 der Urkunde bezeichnet wird (vgl. BGH, Urteil vom 19.12.2014, V ZR 82/13, NJW 2015, 1181 Rdnr. 20). Aus § 1 ergibt sich, dass der Anspruch aus der Bürgschaftsverpflichtung des Schuldners folgt.

**28** Der Einwand der Rechtsbeschwerde, das Konkretisierungsgebot sei nicht erfüllt, weil die in § 1 der Urkunde genannte Hauptschuld nicht 3.000.000 €, sondern 3.000.000 \$ betrage, greift nicht durch. Mit dem Konkretisierungsgebot sollen pauschale Unterwerfungserklärungen verhindert werden, in deren Folge das Vollstreckungsorgan die notarielle Urkunde daraufhin untersuchen müsste, welche Ansprüche im Einzelnen geregelt sind (vgl.

BT-Drucks. 13/341, S. 21). Dafür genügt der Hinweis auf § 1 der notariellen Urkunde. In welcher Höhe dieser Anspruch besteht, ist eine Frage der Bestimmtheit.

**29** Entsprechendes gilt für den weiteren Einwand der Rechtsbeschwerde, es sei nicht klar, inwieweit Kosten abgedeckt sein sollen.

**30 cc)** Die Unterwerfungserklärung des Schuldners genügt dem Bestimmtheitsgebot.

**31** Eine notarielle Urkunde ist als Titel bestimmt genug, wenn der zu vollstreckende Umfang der Leistungspflicht in der Unterwerfungserklärung bezeichnet ist. Bei einem Zahlungstitel muss der zu vollstreckende Zahlungsanspruch betragsmäßig festgelegt sein. Notfalls ist der Inhalt des Titels durch Auslegung festzustellen. Dabei muss der Titel aus sich heraus für eine Auslegung genügend bestimmt sein (BGH, Urteil vom 07.12.2005, XII ZR 94/03, BGHZ 165, 223, juris Rdnr. 25).

**32** Die Unterwerfungserklärung in der notariellen Urkunde vom 26.01.2019 regelt unmissverständlich, dass der Schuldner sich hinsichtlich eines Anspruchs i. H. v. 3.000.000 € der Zwangsvollstreckung unterwirft. Soweit die Rechtsbeschwerde meint, darin liege ein Widerspruch zu dem in § 1 der notariellen Urkunde genannten Anspruch, der 3.000.000 \$ betrage, sodass ein Vollstreckungsorgan die Höhe des zu vollstreckenden Betrags nicht feststellen könne, ist das unerheblich. Das Vollstreckungsorgan orientiert sich grundsätzlich ausschließlich an dem Inhalt der Unterwerfungserklärung. Nur wenn diese nicht hinreichend klar ist, ist im Wege der Auslegung die Urkunde insgesamt in den Blick zu nehmen. Ist aber – wie hier – die Unterwerfungserklärung selbst eindeutig, ist das zur Erfüllung des Bestimmtheitsgebots ausreichend.

**33** Soweit die Unterwerfungserklärung „Zinsen ab dem 31.12.2018 als geschuldet“ regelt, ist zwar der Zinssatz nicht genannt. Dieser kann aber im Wege der Auslegung der Urkunde ohne Weiteres festgestellt werden und beträgt 4,5 % p. a.



## KOSTENRECHT

### 21. Keine Berücksichtigung von Nachlassverbindlichkeiten bei der Bestimmung des Geschäftswerts für ein notarielles Nachlassverzeichnis

OLG Hamm, Beschluss vom 01.08.2023, 15 W 310/20

BGB § 2314 Abs. 1 Satz 3

GNotKG §§ 38, 115

#### LEITSATZ:

**Keine werterhöhende Berücksichtigung von Nachlassverbindlichkeiten bei der Bestimmung des Geschäftswerts für ein notarielles Nachlassverzeichnis (Anschluss an OLG Naumburg, Beschluss vom 03.02.2022, 5 Wx 11/21).**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 1 nahm auf Antrag der Beteiligten zu 2 ein Verzeichnis über den Nachlass ihrer im Jahre 2018 verstorbenen Mutter auf (UR-Nr. [...] /2020 des Notars A in Y). In diesem Verzeichnis wurden Aktiva von 21.976,64 €, ein fiktiver Nachlass von 578.284,52 € sowie Passiva von 902.431,36 € aufgeführt (...).

2 Der Beteiligte zu 1 hat der Beteiligten zu 2 mit Kostenrechnung vom 15.02.2020 (Nr.: N01) insgesamt 3.180,51 € für Gebühren und Auslagen inkl. 19 % Umsatzsteuer in Rechnung gestellt. In dieser Kostenrechnung (...) ist die Verfahrensgebühr KV 23500 i. H. v. 2.350 € nach einem Geschäftswert von 600.223,16 € berechnet und wie folgt erläutert: Aktivnachlass: 21.974,64 €, fiktiver Nachlass: 578.248,52 €; Passiva von 902.431,36 € sind nicht in Ansatz gebracht [Summe also: 600.223,61 €].

3 Auf Antrag der vorgesetzten Dienstbehörde vom 26.02.2020 (...) hat der Beteiligte zu 1 unter dem 03.03.2020 einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt. Auf diesen Antrag hat das LG die Kostenrechnung abgeändert. Es hat die Verfahrensgebühr auf 5.230 € erhöht, weil es einen Geschäftswert von 1.502.654,52 € zugrunde gelegt hat. Bei der Bemessung des Geschäftswerts hat es neben dem Aktivnachlass und dem fiktiven Nachlass auch den Passivnachlass von 902.431,36 € berücksichtigt [also Summe aus 21.974,64 €, 578.248,52 € und 902.431,36 €]. Die vom LG korrigierte Notarkostenrechnung schließt mit einem Betrag von 6.607,71 € ab. Zur Begründung hat das LG im Wesentlichen Folgendes ausgeführt:

4 Der Geschäftswert für die Aufnahme des Nachlassverzeichnisses bestimme sich nach § 115 GNotKG. Diese Vorschrift stelle nach ihrem Wortlaut nicht darauf ab, welche Werte tatsächlich im Vermögen vorhanden seien, sondern vielmehr darauf, welche Werte der Notar in das Vermögensverzeichnis aufgenommen habe. Das hier in Rede stehende Nachlassverzeichnis diene auch der Erfüllung der Verpflichtung aus § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB, wonach der Pflichtteilsberechtigte gegen den Erben einen Anspruch auf Auskunft über den Aktivnachlass, den Passivnachlass und den fiktiven Nachlass habe. Die Regelung des § 38 GNotKG

stehe einer Berücksichtigung des Passivnachlasses nicht entgegen, weil sie nur den Abzug von Verbindlichkeiten bei der Ermittlung des Geschäftswerts bestimme, mithin nicht ausschließe, dass Verbindlichkeiten den Geschäftswert erhöhend berücksichtigt würden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss (...) verwiesen.

5 Gegen diesen ihr am 03.07.2020 zugestellten Beschluss wendet sich die Beteiligte zu 2 mit ihrer Beschwerde, eingegangen beim LG am 03.08.2020 (...). Sie macht geltend, dass die Vorschrift des § 115 GNotKG auf den Wert „der verzeichneten Gegenstände“ abstelle. Die Regelung des § 38 GNotKG stehe einer Hinzurechnung der Verbindlichkeiten entgegen. Nach § 38 GNotKG seien Verbindlichkeiten bei der Ermittlung des Geschäftswerts nicht abzuziehen. Daraus sei erst recht der Schluss zu ziehen, dass die Hinzurechnung von Verbindlichkeiten verboten sei. Die Kostenberechnung vom 15.02.2020 sei daher zu bestätigen.

6 II. Die zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 2 ist begründet. Der Antrag des Beteiligten zu 1 auf gerichtliche Entscheidung auf Anweisung der vorgesetzten Dienstbehörde ist unbegründet und mithin zurückzuweisen. Die Kostenrechnung des Beteiligten zu 1 vom 03.03.2020 (Notarkostenrechnung Nr.: N01) über insgesamt 3.180,51 € ist zutreffend. Der Ansatz der dort aufgeführten Gebühren und Auslagen nebst Umsatzsteuer ist korrekt, insbesondere der Ansatz der 2-fachen Verfahrensgebühr KV 23500 nach einem Geschäftswert von 600.223,16 € (§ 115 Satz 1 GNotKG).

7 Der Geschäftswert für die Aufnahme eines Nachlassverzeichnisses ist gemäß § 115 Satz 1 GNotKG der Wert der verzeichneten Gegenstände. Die Berechnung des Geschäftswerts richtet sich nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 35 ff. GNotKG und den Bewertungsvorschriften der §§ 46 ff. GNotKG. Nachlassverbindlichkeiten (hier: 902.431,36 € [...]) sind – entgegen der Auffassung des LG in dem angefochtenen Beschluss – nicht hinzuzurechnen. Der Senat schließt sich insoweit der überwiegenden Auffassung an, dass Verbindlichkeiten bei der Ermittlung des Geschäftswerts nach § 115 Satz 1 GNotKG nicht werterhöhend zu berücksichtigen sind (vgl. Korintenberg/Gläser, GNotKG, 22. Aufl., § 115 Rdnr. 5 f.; Rohs/Wedewer, GNotKG, § 115 Rdnr. 2; Leipziger Gerichts- und Notarkostenkommentar, 2. Aufl., § 115 Rdnr. 1; Streifzug durch das GNotKG, Notarkasse München, 12. Aufl., Rdnr. 3172; OLG Naumburg, Beschluss vom 03.02.2022, 5 Wx 11/21, juris; LG Dessau-Roßlau, Beschluss vom 01.07.2021, 6 OH 7/20, juris; Litzenburger, FD-ErbR 2020, 43483; a. A. Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 3. Aufl., § 115 Rdnr. 4; Diehn, Notarkostenberechnungen, 6. Aufl., Rdnr. 1867). Dass Nachlassverbindlichkeiten nicht abzuziehen sind, ergibt sich aus dem insoweit eindeutigen § 38 GNotKG.

Im Einzelnen:

8 Eine Addition von Verbindlichkeiten zu den Aktivposten des Nachlasses bei der Bildung des Geschäftswerts lässt sich weder dem Gesetzeswortlaut noch der Gesetzgebungsgeschichte entnehmen.



**9** Nach dem Wortlaut des § 115 Satz 1 GNotKG ist der Geschäftswert der Wert der verzeichneten Gegenstände. Der Begriff „Gegenstand“ ist schon nicht gleichzusetzen mit dem Begriff „Wert“. Wie eine Zusammenschau aller Regelungen im BGB erkennen lässt, umfasst der Oberbegriff „Gegenstände“ alle individualisierbaren, vermögenswerten Objekte und Güter, über die Rechtsmacht im Sinne von Herrschafts- und Nutzungsrechten ausgeübt werden kann, und zwar entweder als mögliches Objekt einer Verfügung (vgl. §§ 135, 161, 185, 747, 816, 2040 BGB), als mögliches Objekt schuldrechtlicher Verpflichtungen (vgl. §§ 256, 260, 273, 292, 453, 463, 581, 743 ff., 2149, 2374 BGB) oder auch nur im übertragenen Sinn (vgl. §§ 32, 387, 611, 1854 Nr. 6 BGB). „Gegenstand“ ist der Oberbegriff für Sachen, Forderungen, Immaterialgüterrechte sowie Vermögensrechte, nicht jedoch für Schulden (so zutreffend *Litzenburger*, FD-ErbR 2020, 431483, beckonline).

**10** Auch der Umstand, dass – so auch hier – der fiktive Nachlass (Schenkungen im Rahmen des Pflichtteilsrechts) zu berücksichtigen ist, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Denn bei dem fiktiven Nachlass handelt es sich sehr wohl um Gegenstände in diesem Sinne; diese Gegenstände sind nur nicht mehr im Nachlass vorhanden. Hinzu kommt, dass die Aufwendungen des Beschenkten nach §§ 38, 115 GNotKG nicht vom Wert der Schenkungen abgesetzt werden, weil der Wert des verzeichneten Schenkungsgegenstands insoweit maßgebend ist (vgl. zutr. *Litzenburger*, a. a. O.).

**11** Aber auch die Entstehungsgeschichte des § 115 GNotKG spricht gegen eine werterhöhende Berücksichtigung von Nachlassverbindlichkeiten. Zur Vorgängervorschrift des § 52 KostO ist eine solche Auffassung, soweit ersichtlich, nie vertreten worden. Der Gesetzesbegründung zur Neufassung des GNotKG lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Gesetzgeber mit der Neuregelung in § 115 GNotKG etwas ändern wollte. Vielmehr sollte die Neufassung des GNotKG eine verständlichere und strukturiertere Kostenregelung schaffen (vgl. BT-Drucks. 17/11471, S. 2 und S. 190), aber nicht mit einer inhaltlichen Änderung des § 52 KostO einhergehen. In der Gesetzesbegründung zu § 115 GNotKG heißt es auch ausdrücklich, dass die vorgeschlagene Vorschrift der Geschäftswertregelung des geltenden § 52 Abs. 1 Satz 1 und 2 KostO entspricht (BT-Drucks. 17/11471, S. 190).

**12** Im vorliegenden Fall muss der Senat auch nicht die – in der Praxis kaum vorkommende – Frage entscheiden, wie der Geschäftswert nach § 115 Satz 1 GNotKG zu berechnen ist, wenn nur Passiva und keinerlei Aktiva vorhanden sind und damit gleichsam ein Schuldenverzeichnis aufzunehmen ist (vgl. dazu *Korintenberg/Gläser*, GNotKG, § 115 Rdnr. 6). Ein solcher Fall liegt hier nämlich nicht vor.

**13** Entgegen der Auffassung des LG ändert auch der Umstand nichts, dass es hier um ein Verzeichnis für den Pflichtteilsberechtigten nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB geht. § 115 GNotKG erfasst nicht nur das Nachlassverzeichnis nach § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB, sondern allgemein die Erstellung von Verzeichnissen durch den Notar (vgl. LG Dessau-Roßlau, a. a. O.).

**14** Ferner spricht das Bestimmtheitsgebot bei der Erhebung von Gebühren dafür, dass Verbindlichkeiten hier nicht werterhöhend zu berücksichtigen sind. Das Bestimmtheitsgebot fordert auch im Bereich des Gebührenrechts eine dem jeweiligen Zusammenhang angemessene Regeldichte, die eine willkürliche Handhabung durch die Behörden ausschließt. Der Gebührenschuldner muss die Höhe der zu erwartenden Gebührenlast anhand der normativen Festlegungen im Wesentlichen abschätzen können (vgl. etwa BVerwG [3. Senat], Urteil vom 27.06.2013, 3 C 8.12, beckonline Rdnr. 13 ff.). Letzteres wäre hier nach Auffassung des Senats nicht der Fall, wenn man die Verbindlichkeiten werterhöhend berücksichtigen würde, obwohl der Wortlaut des § 115 Satz 1 GNotKG dies nicht, zumindest nicht mit der gebotenen Eindeutigkeit, hergibt (siehe oben) und § 38 GNotKG eher für das Gegenteil spricht.

**15** Schließlich verkennt der Senat nicht, dass auch die Aufnahme von Verbindlichkeiten dem Notar Arbeit macht. Jedoch stellt § 115 Satz 1 GNotKG, wie jedenfalls die allermeisten Wert- und Gebührenvorschriften, nicht allein auf den Aufwand ab, sondern beruht auf dem Gedanken einer Mischkalkulation. Bei hohem Aktivvermögen sollen die Notarkosten höher sein als bei einem niedrigen Aktivvermögen. Die verhältnismäßige Gleichheit unter den Gebührenschuldern ist zu wahren (vgl. BVerfG, Beschluss vom 06.07.2004, 2 BvR 206/04, NJW 2004, 3321).

## ÖFFENTLICHES RECHT

### 22. Zeitpunkt für das Vorliegen der Voraussetzungen für die Zuweisung von Grundstücken eines landwirtschaftlichen Betriebs bei bestehender Erbengemeinschaft

BGH, Beschluss vom 22.11.2024, BLw 1/24 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.01.2024, 20 WLw 1/22)

*GrdstVG § 13 Abs. 1, § 14 Abs. 1 Satz 1, § 15 Abs. 1 Satz 3*

#### LEITSÄTZE:

- Fällt ein landwirtschaftlicher Betrieb in den Nachlass einer durch gesetzliche Erbfolge entstandenen Erbengemeinschaft, setzt eine gerichtliche Zuweisung der Betriebsgrundstücke an einen Miterben voraus, dass die sachlichen Voraussetzungen des § 14 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG im Zeitpunkt des Erbfalls vorliegen und zur Zeit der Zuweisungsentscheidung nicht entfallen sind. Demgegenüber kommt es für die persönliche Eignung des Zuweisungsempfängers nach § 15 Abs. 1 Satz 3 GrdstVG allein auf den Zeitpunkt der gerichtlichen Zuweisungsentscheidung an.**
- Für die ausreichende Ertragsfähigkeit eines landwirtschaftlichen Betriebs im Sinne von § 14 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG kommt es nicht auf die tatsächlich erwirtschafteten, sondern auf die erwirtschaftbaren Erträge an.**

Die Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2025, 142.

## STEUERRECHT

### 23. Änderung im Gesellschafterbestand einer grundbesitzenden Personengesellschaft

BFH, Urteil vom 31.07.2024, II R 28/21 (Vorinstanz:  
FG Niedersachsen, Urteil vom 10.03.2021, 7 K 101/18)

*GrEStG § 1 Abs. 2a Satz 1, 3 und 4, § 17 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2*

#### LEITSATZ:

**Für die Beurteilung der Frage, ob eine unmittelbar an der grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligte Kapitalgesellschaft als neue Gesellschafterin im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 4 GrEStG gilt, weil an ihr mindestens 90 % der Anteile auf neue Gesellschafter übergehen, ist nur auf die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft abzustellen. Eine zuvor bereits bestehende Beteiligung des neuen Gesellschafters der Kapitalgesellschaft an der grundbesitzenden Personengesellschaft ist unerheblich.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist eine KG. In ihrem Vermögen befand sich Grundbesitz in Y und Z.

**2** Die Beteiligungsverhältnisse an der Klägerin stellten sich bis zum 31.12.2016 wie folgt dar: Als Komplementär ohne Kapitalbeteiligung war unter anderem T beteiligt. Als Kommanditisten hielten R 10 % und die R-GmbH 90 % der Anteile an der Klägerin. Alleingesellschafter der R-GmbH war R. Er hielt die Anteile an der R-GmbH treuhänderisch für die in der Schweiz ansässige L-AG.

**3** Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 13.10.2016 übertrug R mit Wirkung zum 31.12.2016 seine 100 %ige Beteiligung an der R-GmbH auf T. T verpflichtete sich, die Treuhänderstellung des R zu übernehmen, sodass im Anschluss T die Anteile an der R-GmbH treuhänderisch für die L-AG hielt. Gleichzeitig übertrug R mit Wirkung zum 31.12.2016 seine 10 %ige Beteiligung als Kommanditist an der Klägerin auf die M-Verwaltungs-GmbH.

**4** Für die Klägerin als Treugeberin hielt die A-AG als Treuhänderin eine 100 %ige Beteiligung an der B-GmbH. Dieser nachgeordnet waren über die C-GmbH 100 % Anteile an der jeweils grundbesitzenden E-GmbH und der F-GmbH.

**5** Nach Durchführung einer Außenprüfung bei der Klägerin war der Beklagte und Revisionskläger (FA) der Auffassung, dass die Änderung im Gesellschafterbestand der Klägerin aufgrund des Übergangs der 100 %igen Beteiligung an der R-GmbH von R auf T nebst Austausch der Treuhänder hinsichtlich der Beteiligung an der grundbesitzenden Klägerin nach § 1 Abs. 2a GrEStG in der auf den Streitfall anwendbaren Fassung des StÄndG 2015 vom 02.11.2015 (BGBl. 2015 I = S. 1834, BStBl. I 2015, S. 846) der Grunderwerbsteuer unterlag. Das FA erließ am 23.03.2018 einen Bescheid über die gesonderte Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer (Feststellungsbescheid). Der Feststellungsbescheid listete neben dem Grundbesitz der Klägerin auch Grundstücke der E-GmbH

und der F-GmbH auf. Der von der Klägerin hiergegen eingelegte Einspruch wurde mit Einspruchsentscheidung vom 05.07.2018 als unbegründet zurückgewiesen.

**6** Die Klage vor dem FG hatte Erfolg. Nach Ansicht des FG löste der Erwerb aller Anteile an der als Kommanditistin an der Klägerin beteiligten R-GmbH durch T keine Grunderwerbsteuer aus. T sei nicht als „neuer Gesellschafter“ im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG anzusehen, da er seit mehr als fünf Jahren an der Klägerin als Komplementär beteiligt gewesen sei (sog. Altgesellschafter). Die Auslegung des § 1 Abs. 2a Satz 4 GrEStG ergebe, dass ein Gesellschafter, der mehr als fünf Jahre an der grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligt gewesen sei, kein neuer Gesellschafter der an der Personengesellschaft beteiligten Kapitalgesellschaft sei, auch wenn er erstmals Anteile an der Kapitalgesellschaft erworben habe. Das Urteil ist in EFG 2022, 257 veröffentlicht.

**7** Mit seiner Revision macht das FA eine Verletzung von § 1 Abs. 2a Satz 4 GrEStG geltend. Der Wortlaut dieser Vorschrift lasse offen, wer als neuer Gesellschafter einer an der grundbesitzenden Personengesellschaft unmittelbar beteiligten Kapitalgesellschaft anzusehen sei. Nur die R-GmbH selbst könne unmittelbare Neugesellschafterin in Bezug auf die grundbesitzende Klägerin sein, nicht jedoch die Gesellschafter der R-GmbH. Der Begriff des neuen Gesellschafters im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 4 GrEStG beziehe sich – anders als in § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG – nicht auf die Personengesellschaft, sondern die beteiligte Kapitalgesellschaft. In Bezug auf die Übernahme der bestehenden Treuhandverhältnisse gelte darüber hinaus der neue Treuhänder eines Gesellschafters als Neugesellschafter. Daher erfülle T durch Eintritt in die bestehenden Treuhandverhältnisse des Treugebers L-AG grundsätzlich ebenfalls die Neugesellschaftereigenschaft. Der von der E-GmbH und der F-GmbH gehaltene Grundbesitz sei in die Besteuerung einzubeziehen. Der Grundbesitz dieser beiden Gesellschaften gehöre der Klägerin im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG.

**8** Das FA beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

**9** Die Klägerin beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

**10** T sei bereits vor dem Erwerb von Anteilen an der R-GmbH mit Vertrag vom 13.10.2016 als Kommanditist Altgesellschafter der Klägerin gewesen und somit kein neuer Gesellschafter im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 4 GrEStG. Selbst wenn man aber annehme, dass durch den Übergang der Anteile an der R-GmbH von R auf T sich der Gesellschafterbestand der Klägerin geändert habe und dieser Vorgang nach § 1 Abs. 2a GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliege, sei der Grundbesitz der E-GmbH und der F-GmbH nicht in den Feststellungsbescheid vom 23.03.2018 einzubeziehen. Dieser Grundbesitz habe der Klägerin nicht im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG gehört, da zunächst die Beteiligungsstruktur aufgebaut worden sei und erst danach die Grundstücke gekauft worden seien.

**11** Das BMF ist dem Verfahren am 19.10.2021 nach § 122 Abs. 2 FGO beigetreten. Es unterstützt in der Sache das Vorbringen des FA.

**12 II.** Die Revision ist begründet. Die Vorentscheidung wird aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückverwiesen (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Entgegen der Auffassung des FG führte die Übertragung aller Gesellschaftsanteile an der R-GmbH von R auf T mit Wirkung zum 31.12.2016 dazu, dass die R-GmbH nach § 1 Abs. 2a Satz 1 und 4 GrEStG in vollem Umfang als neue Gesellschafterin der Klägerin gilt, da T nicht als Altgesellschafter anzusehen ist. Der Senat kann nicht abschließend entscheiden, da das FG nicht festgestellt hat, ob der Grundbesitz der E-GmbH und der F-GmbH der Klägerin am 31.12.2016 im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG gehörte.

**13 1.** Entgegen der Auffassung des FG führt die Übertragung aller Anteile an der R-GmbH, die zu 90 % unmittelbar an der Klägerin als Kommanditistin beteiligt war, von R auf T dazu, dass die R-GmbH in vollem Umfang als neue Gesellschafterin der Klägerin im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 1 und 4 GrEStG anzusehen ist. Dadurch hat sich in Verbindung mit der zeitgleichen Übertragung der 10 % Anteile an der Klägerin von R auf die M-Verwaltungs-GmbH der Gesellschafterbestand der Klägerin unmittelbar vollständig im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG geändert.

**14 a)** Gehört zum Vermögen einer Personengesellschaft ein inländisches Grundstück und ändert sich innerhalb von fünf Jahren der Gesellschafterbestand unmittelbar oder mittelbar dergestalt, dass mindestens 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergehen, gilt dies nach § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG als ein auf die Übereignung eines Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft. Die Änderung des Gesellschafterbestands nach § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG kann in einem einzelnen Rechtsvorgang oder in Teilakten über einen Zeitraum von längstens fünf Jahren erfolgen (vgl. Urteil des BFH vom 17.06.2020, II R 18/17, BFHE 270, 252 = BStBl. II 2021, S. 318 Rdnr. 16). Ein Übergang von Anteilen an der grundbesitzenden Personengesellschaft auf Gesellschafter, die länger als fünf Jahre zuvor unmittelbar oder mittelbar an ihr beteiligt sind (sog. Altgesellschafter), reicht hingegen nicht aus (vgl. BFH, Urteil vom 17.06.2020, II R 18/17, BFHE 270, 252 = BStBl. II 2021, S. 318 Rdnr. 18).

**15** Die Vorschrift setzt unter anderem einen unmittelbaren Wechsel im Gesellschafterbestand der grundbesitzenden Gesellschaft voraus. Ist eine Kapitalgesellschaft an einer Personengesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligt, gilt Satz 4 (§ 1 Abs. 2a Satz 3 GrEStG). Eine unmittelbar beteiligte Kapitalgesellschaft gilt in vollem Umfang als neue Gesellschafterin, wenn an ihr mindestens 95 % der Anteile auf neue Gesellschafter übergehen (§ 1 Abs. 2a Satz 4 GrEStG).

**16 b)** Für die Beurteilung der Frage, ob eine unmittelbar an der grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligte Kapitalgesellschaft als neue Gesellschafterin im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 4 GrEStG gilt, ist nur auf die Beteiligung an

der Kapitalgesellschaft abzustellen. „Neue Gesellschafter“ sind danach solche Personen, die zuvor nicht an der Kapitalgesellschaft beteiligt waren. Eine zuvor schon bestehende Beteiligung eines neuen Gesellschafters der Kapitalgesellschaft an der grundbesitzenden Personengesellschaft ist nicht ausschlaggebend. Selbst wenn der neu an der Kapitalgesellschaft beteiligte Gesellschafter vor seinem Anteilerwerb bereits Gesellschafter der grundbesitzenden Personengesellschaft war, wird er für die Anwendung des § 1 Abs. 2a Satz 4 GrEStG nicht zum Altgesellschafter der Kapitalgesellschaft. Die Gesellschafter der Kapitalgesellschaft sind nur in Bezug auf die Kapitalgesellschaft, an der sie beteiligt sind, Alt- oder Neugesellschafter, nicht jedoch in Bezug auf die grundbesitzende Personengesellschaft (gl. Auffassung die Finanzverwaltung in Tz. 5.2.3.2 der gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG vom 12.11.2018, BStBl. I 2018, S. 1314; a. A. *Behrens* in *Behrens/Wachter*, Grunderwerbsteuergesetz, 2. Aufl., § 1 Rdnr. 448; zweifelnd *Meßbacher-Hönsch* in *Viskorf*, Grunderwerbsteuergesetz, 21. Aufl., § 1 Rdnr. 772; *Schnitter* in *Wilms/Jochum*, ErbStG/BewG/GrEStG, § 1 GrEStG Rdnr. 258.5).

**17 aa)** Maßgebend für die Interpretation eines Gesetzes ist der in ihm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers (vgl. zum Beispiel Beschluss des BVerfG vom 09.11.1988, 1 BvR 243/86, BVerfGE 79, 106 m. w. N.; BFH, Urteil vom 04.12.2014, IV R 53/11, BFHE 248, 57 = BStBl. II 2015, S. 483). Der Feststellung dieses Willens des Gesetzgebers dienen die Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatikalische Auslegung), aus dem Zusammenhang (systematische Auslegung), aus ihrem Zweck (teleologische Auslegung) sowie aus den Gesetzesmaterialien und der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung). Zur Erfassung des Inhalts einer Norm darf sich der Richter dieser verschiedenen Auslegungsmethoden gleichzeitig und nebeneinander bedienen (BFH, Urteil vom 11.07.2019, II R 38/16, BFHE 265, 437 = BStBl. II 2020, S. 314 Rdnr. 18).

**18 bb)** Danach ist § 1 Abs. 2a Satz 4 Hs. 2 GrEStG dahingehend auszulegen, dass sich der Begriff „neue Gesellschafter“ nur auf die Gesellschafter bezieht, die an der Kapitalgesellschaft beteiligt sind, welche an der grundbesitzenden Personengesellschaft unmittelbar beteiligt ist. Zwar lässt sich aus dem Wortlaut des § 1 Abs. 2a Satz 4 Hs. 2 GrEStG, der nur von „neuen Gesellschaftern“ spricht, bei isolierter Betrachtung nicht entnehmen, ob mit dieser Formulierung neue Gesellschafter der grundbesitzenden Personengesellschaft gemeint sind oder der Begriff nur auf die beteiligte Kapitalgesellschaft zu beziehen ist. Nach der Entstehungsgeschichte und der Systematik des § 1 Abs. 2a Satz 1 bis 4 GrEStG kann die Formulierung „neue Gesellschafter“ im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 4 GrEStG sich aber nur auf die beteiligte Kapitalgesellschaft beziehen.

**19 (1)** § 1 Abs. 2a GrEStG i. d. F. bis 05.11.2015 enthielt keine Regelungen, wann ein – der grundbesitzenden Personengesellschaft zivilrechtlich fremder – mittelbarer Anteilsübergang an ihr angenommen werden konnte. Die Finanzverwaltung differenzierte bereits damals zwischen einer an der grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligten



Personengesellschaft und einer beteiligten Kapitalgesellschaft und sah die beteiligte Personengesellschaft als transparent, die beteiligte Kapitalgesellschaft jedoch als intransparent an. Nach den gleichlautenden Erlassen der obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG vom 25.02.2010 (BStBl. I 2010, S. 245) war danach zu unterscheiden, ob an der Personengesellschaft eine Personen- oder eine Kapitalgesellschaft beteiligt ist. Anders als bei einer beteiligten Personengesellschaft wurde nach Auffassung der Finanzverwaltung bei Beteiligung einer Kapitalgesellschaft nicht durchgerechnet, sondern die Finanzverwaltung ging von einem mittelbaren Gesellschafterwechsel bei der grundbesitzenden Personengesellschaft aus, wenn sich der Gesellschafterbestand der Kapitalgesellschaft unmittelbar oder mittelbar um mindestens 95 % der Anteile änderte. In einem solchen Fall war die Kapitalgesellschaft als neue Gesellschafterin im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 4 GrEStG anzusehen (Tz. 2.2 Spiegelstrich 3 der gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG vom 25.02.2010, BStBl. I 2010, S. 245).

**20 (2)** Der BFH hatte hingegen für Erwerbsvorgänge vor Inkrafttreten der Änderungen in § 1 Abs. 2a GrEStG durch das Steueränderungsgesetz 2015 entschieden, dass eine angemessene Berücksichtigung mittelbarer Strukturen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nur erreicht werden konnte, wenn auf allen Beteiligungsebenen durch Kapital- und Personengesellschaften gleichermaßen durchgeschaut und dortige Veränderungen der jeweiligen Beteiligungsverhältnisse in die Betrachtung einbezogen wurden (BFH, Urteil vom 24.04.2013, II R 17/10, BFHE 241, 53 = BStBl. II 2013, S. 833 Rdnr. 18). Der Auffassung der Finanzverwaltung folgte er ausdrücklich nicht (BFH, Urteil vom 24.04.2013, II R 17/10, BFHE 241, 53 = BStBl. II 2013, S. 833 Rdnr. 19), sondern hielt mit Urteil vom 17.06.2020, II R 18/17 (BFHE 270, 252 = BStBl. II 2021, S. 318) an seiner Rechtsauffassung fest. Mangels entgegenstehender gesetzlicher Regelung konnten nach Auffassung des BFH daher für Erwerbszeiträume vor Inkrafttreten des Steueränderungsgesetzes 2015 auch Gesellschafter einer Kapitalgesellschaft, die an einer grundbesitzenden Personengesellschaft unmittelbar beteiligt waren, mittelbare Altgesellschafter der grundbesitzenden Personengesellschaft sein (BFH, Urteil vom 17.06.2020, II R 18/17, BFHE 270, 252 = BStBl. II 2021, S. 318 Rdnr. 21).

**21 (3)** Der Gesetzgeber hat als Reaktion auf die unter II. 1. b) bb) (2) angeführte BFH-Rechtsprechung durch das Steueränderungsgesetz 2015 die Sätze 2 bis 5 in § 1 Abs. 2a GrEStG eingefügt. Die Regelungen sind auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 05.11.2015 verwirklicht werden (§ 23 Abs. 13 GrEStG i. d. F. d. StÄndG 2015). Dadurch sollte der mit dem Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 vom 24.03.1999 (BGBl. 1999 I = S. 402, BStBl. I 1999, S. 304) beabsichtigte Rechtszustand wiederhergestellt werden, sowohl mittelbare Anteilsübertragungen der Grunderwerbsteuer zu unterwerfen als auch die wirtschaftliche Betrachtungsweise abzuschaffen (vgl.

BT-Drucks. 18/4902, S. 52 f.; vgl. BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 18/14, BFHE 251, 492 = BStBl. II 2018, S. 783 Rdnr. 19).

**22 (4)** Während der Gesetzgeber im Hinblick auf an der grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligte Personengesellschaften mit § 1 Abs. 2a Satz 2 GrEStG an einer transparenten Betrachtungsweise festgehalten hat, hat er durch die Formulierung in § 1 Abs. 2a Satz 3 bis 5 GrEStG entschieden, dass für an der grundbesitzenden Personengesellschaft beteiligte Kapitalgesellschaften andere Regelungen gelten.

**23 (5)** Für die unmittelbare Beteiligung einer Kapitalgesellschaft an einer Personengesellschaft hat der Gesetzgeber in § 1 Abs. 2a Satz 4 GrEStG eine Fiktion geschaffen und dabei auf eine horizontale Ebenenbetrachtung abgestellt. Sind mindestens 95 % der Anteile an der an der grundbesitzenden Personengesellschaft unmittelbar beteiligten Kapitalgesellschaft auf neue Gesellschafter übergegangen, gilt diese Kapitalgesellschaft als neue Gesellschafterin. Es gilt ein horizontales „Alles- oder Nichts-Prinzip“. Ein vertikales Hindurchrechnen der Beteiligungen wie bei Personengesellschaften (§ 1 Abs. 2a Satz 2 GrEStG) ist nicht vorgesehen.

**24 (6)** Dieses durch den Gesetzgeber festgelegte „Ebenenkonzept“ bei beteiligten Kapitalgesellschaften gilt auch für die Frage, ob Anteile der Kapitalgesellschaft auf „neue Gesellschafter“ übergegangen sind. In Bezug auf die an der Personengesellschaft beteiligte Kapitalgesellschaft ist damit auch der zuvor unmittelbar an der Personengesellschaft beteiligte Gesellschafter ein „neuer Gesellschafter“, wenn er nicht mehr als fünf (heute zehn) Jahre vor dem Übergang der Anteile an der Kapitalgesellschaft beteiligt war. Für die Fiktion des § 1 Abs. 2a Satz 4 GrEStG ist lediglich seine (neue) Beteiligung an der unmittelbar beteiligten Kapitalgesellschaft ausschlaggebend.

**25 cc)** Ob durch die nunmehr gesetzlich geregelte unterschiedliche Betrachtung von Personen- und Kapitalgesellschaften eine angemessene Berücksichtigung mittelbarer Strukturen unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nach dem Sinn und Zweck des § 1 Abs. 2a GrEStG noch erreicht wird, kann dahingestellt bleiben. Die eindeutige Systematik des § 1 Abs. 2a Satz 3 bis 5 GrEStG lässt keine andere Auslegung zu. Eine planwidrige Regelungslücke des Gesetzgebers liegt nicht vor.

**26 c)** Nach diesen Grundsätzen hat sich mit Wirkung zum 31.12.2016 der Gesellschafterbestand der Klägerin unmittelbar vollständig im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG geändert. Dies geschah zum einen durch die Übertragung von 10 % der Anteile an der Klägerin von R auf die M-Verwaltungs-GmbH. Zum anderen galt nach § 1 Abs. 2a Satz 4 GrEStG die unmittelbar an der Klägerin zu 90 % beteiligte R-GmbH als neue Gesellschafterin der Klägerin, weil 100 % der Anteile an der R-GmbH von R auf T mit Wirkung zum selben Datum übertragen wurden. Insgesamt sind deshalb 100 % der Anteile an der Klägerin nach § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG auf neue Gesellschafter übergegangen. Ohne Belang ist, dass T schon vor dem Erwerb der Anteile an der R-GmbH von R Komplementär der Klägerin war.



**27 d)** Nicht ausschlaggebend ist schließlich, dass T – wie zuvor R – nach der Übertragung die Anteile an der R-GmbH als neuer Treuhänder für die L-AG hielt, da sowohl die Rechtsprechung (vgl. BFH, Urteil vom 10.04.2024, II R 34/21, BFH/NV 2024, 1252 Rdnr. 26) als auch die Finanzverwaltung beim Wechsel des Treuhändergesellschafters den neuen Treuhänder als Neugesellschafter ansieht (Tz. 5.2.4 Spiegelstrich 4 der gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG vom 12.11.2018, BStBl. I 2018, S. 1314; siehe auch *Meßbacher-Hönsch* in Viskorf, Grunderwerbsteuergesetz, § 1 Rdnr. 913).

**28 2.** Das FG ist von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen. Seine Entscheidung war deshalb aufzuheben.

**29** Die Sache ist nicht spruchreif. Der BFH kann aufgrund der vorhandenen Feststellungen nicht abschließend entscheiden, ob der Feststellungsbescheid vom 23.03.2018 rechtmäßig war. Zwar gingen mit Wirkung zum 31.12.2016, 100 % der Anteile an der Klägerin im Sinne von § 1 Abs. 2a Satz 1, 3 und 4 GrEStG aufgrund des Gesellschafterwechsels der zu 90 % beteiligten R-GmbH und der Übertragung der 10 % Kommanditanteile auf die M-Verwaltungs-GmbH als neue Gesellschafter über (vgl. oben unter II. 1.). Jedoch kann der BFH aufgrund der getroffenen Feststellungen nicht beurteilen, ob am 31.12.2016 der Grundbesitz der E-GmbH und der F-GmbH der Klägerin nach § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG gehörte.

**30 a)** Gegenstand des Rechtsstreits ist ein Bescheid über die gesonderte Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer nach § 17 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GrEStG. Nach dieser Vorschrift werden die Besteuerungsgrundlagen im Fall des § 1 Abs. 2a GrEStG durch das FA, in dessen Bezirk sich die Geschäftsleitung der Gesellschaft befindet, gesondert festgestellt, wenn ein außerhalb des Bezirks dieses FA liegendes Grundstück oder ein auf das Gebiet eines anderen Landes sich erstreckender Teil eines im Bezirk dieses FA liegenden Grundstücks betroffen wird. Die gesonderte Feststellung der Besteuerungsgrundlagen nach § 17 Abs. 3 GrEStG hat für alle von einem der Grunderwerbsteuer unterliegenden Rechtsvorgang betroffenen Grundstücke in nur einem Verwaltungsakt zu erfolgen (BFH-Urteile vom 15.10.2014, II R 14/14, BFHE 248, 228 = BStBl. II 2015, S. 405 Rdnr. 22 und vom 14.12.2022, II R 40/20, BFHE 279, 290 = BStBl. II 2023, S. 1012 Rdnr. 15).

**31** Hat das FA in einem solchen Feststellungsbescheid Feststellungen zu mehreren Grundstücken getroffen, von denen eines oder mehrere nicht in die Feststellungen hätten einbezogen werden dürfen oder die zu einzelnen Grundstücken unzutreffend sind, ist der Bescheid insgesamt rechtswidrig und deshalb nach § 100 Abs. 1 Satz 1 FGO aufzuheben. Eine bloße Änderung oder nur teilweise Aufhebung des Feststellungsbescheids nach § 100 Abs. 2 FGO ist nicht möglich. Die Änderung der Angabe der betroffenen Grundstücke stellt insbesondere keine bloß betragsmäßige Änderung der Besteuerungsgrundlagen dar (BFH, Urteil vom 14.12.2022, II R 40/20, BFHE 279, 290 = BStBl. II 2023, S. 1012 Rdnr. 16).

**32 b)** Ob ein Grundstück im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG zum Vermögen der Gesellschaft „gehört“, richtet sich weder nach Zivilrecht noch nach § 39 AO. Maßgebend ist vielmehr die grunderwerbsteuerrechtliche Zurechnung (vgl. BFH, Urteil vom 14.12.2022, II R 40/20, BFHE 279, 290 = BStBl. II 2023, S. 1012 Rdnr. 24 ff.).

**33 aa)** Ein inländisches Grundstück ist einer Gesellschaft im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld für den nach § 1 Abs. 2a GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegenden Rechtsvorgang zuzurechnen, wenn sie zuvor in Bezug auf dieses Grundstück einen unter § 1 Abs. 1 GrEStG (und die Verwertungsbefugnis einschließenden) oder einen unter § 1 Abs. 2 GrEStG fallenden Erwerbsvorgang verwirklicht hat. Für Zwecke des § 1 Abs. 2a GrEStG ist es ihr nicht mehr zuzurechnen, wenn ein Dritter in Bezug auf dieses Grundstück einen unter § 1 Abs. 1 GrEStG (und die Verwertungsbefugnis einschließenden) oder einen unter § 1 Abs. 2 GrEStG fallenden Erwerbsvorgang verwirklicht hat.

**34 bb)** Ein (nach den Grundsätzen unter II. 2. b) aa) einer anderen Gesellschaft zuzurechnendes inländisches Grundstück ist einer Gesellschaft im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld für den nach § 1 Abs. 2a GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegenden Rechtsvorgang (hinsichtlich der Anteile an dieser Gesellschaft) zuzurechnen, wenn sie zuvor hinsichtlich dieses Grundstücks einen unter § 1 Abs. 3 oder Abs. 3a GrEStG fallenden (fiktiven) Erwerbsvorgang verwirklicht hat. Für Zwecke des § 1 Abs. 2a GrEStG ist es ihr jedoch in dem Moment nicht mehr zuzurechnen, in dem ein Dritter in Bezug auf dieses Grundstück einen unter § 1 Abs. 3 oder Abs. 3a GrEStG fallenden Erwerbsvorgang verwirklicht. Dasselbe gilt, wenn ihre Beteiligung an der grundbesitzenden Gesellschaft unter 95 % sinkt oder der grundbesitzenden Gesellschaft nach den unter II. 2. b) aa) genannten Grundsätzen das Grundstück nicht mehr zuzurechnen ist (BFH, Urteil vom 14.12.2022, II R 40/20, BFHE 279, 290 = BStBl. II 2023, S. 1012 Rdnr. 26).

**35 cc)** Die vorstehenden Grundsätze finden auch bei mehrstöckigen Beteiligungen Anwendung. Ein Grundstück einer Untergesellschaft ist einer Obergesellschaft grunderwerbsteuerrechtlich nur zuzurechnen, wenn die Obergesellschaft selbst es aufgrund eines Erwerbsvorgangs nach § 1 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 3 oder Abs. 3a GrEStG erworben hat. Der bloße Erwerb des Grundstücks durch die Untergesellschaft führt nicht zu einer automatischen Zurechnung bei der Obergesellschaft bzw. im Falle mehrstöckiger Beteiligungsketten bei den Obergesellschaften. Das bloße Halten einer Beteiligung in einer bestimmten Höhe stellt selbst keinen grunderwerbsteuerbaren Erwerbsvorgang dar (BFH, Urteil vom 14.12.2022, II R 40/20, BFHE 279, 290 = BStBl. II 2023, S. 1012 Rdnr. 30).

**36 c)** Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das FG im zweiten Rechtsgang zu prüfen, ob die Grundstücke der E-GmbH und der F-GmbH der Klägerin grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen sind und deshalb rechtmäßig in den Feststellungsbescheid vom 23.03.2018 aufgenommen wurden.

## 24. Keine Grunderwerbsteuerbefreiung bei der Aufhebung einer Wohnungseigentümergeinschaft

BFH, Urteil vom 31.07.2024, II R 30/21 (Vorinstanz:  
FG Köln, Urteil vom 30.06.2021, 5 K 2704/18)

*BewG § 9 Abs. 1, 2 Satz 1*

*GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5, § 2 Abs. 1 Satz 1, § 7 Abs. 1,*

*§ 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 2*

*WEG § 1 Abs. 2, 3, § 3*

### LEITSATZ:

**Die Befreiungsvorschrift des § 7 Abs. 1 GrEStG ist bei der Aufhebung einer Wohnungseigentümergeinschaft unter Bildung von Miteigentum nicht entsprechend anwendbar.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) und die A Bank bildeten zwei Wohnungseigentümergeinschaften in Bezug auf das Eckhaus X-Straße (...)/Y-Straße (...) in Z. In dem Gebäude befanden sich eine Bankfiliale und mehrere Wohnungen. Es stand auf zwei Grundstücken. Die hinsichtlich des Flurstücks 1 begründete Wohnungseigentümergeinschaft (Gemeinschaft 1) bestand aus drei Einheiten des Wohnungs- oder Teileigentums, von denen eine – verbunden mit einem Anteil von 600/1000 am gemeinschaftlichen Eigentum – der A Bank und zwei – verbunden mit einem Anteil von jeweils 200/1000 am gemeinschaftlichen Eigentum – dem Kläger zugeordnet waren. Die hinsichtlich der Flurstücke 2 bis 7 begründete Wohnungseigentümergeinschaft (Gemeinschaft 2) bestand aus zehn Einheiten des Wohnungs- oder Teileigentums, von denen eine Einheit zusammen mit einem Anteil von 163/1000 am gemeinschaftlichen Eigentum der A Bank und neun Einheiten zusammen mit Anteilen von insgesamt 837/1000 am gemeinschaftlichen Eigentum dem Kläger gehörten.

2 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 16.12.2016 trafen der Kläger und die A Bank – mit Wirkung zum 31.12.2016 – im Wesentlichen folgende Vereinbarung: Die Gemeinschaften 1 und 2 wurden mit der Folge aufgehoben, dass an dem Flurstück 1 die A Bank zu 600/1000 und der Kläger zu 400/1000, an den Flurstücken 2 bis 7 die A Bank zu 163/1000 und der Kläger zu 837/1000 beteiligt waren (Teil B des Vertrags). Die A Bank veräußerte ihre Miteigentumsanteile an den Flurstücken 2, 5 und 7 zum Preis von 5.000 € an den Kläger (Teil C des Vertrags). Um gleiche Beteiligungen (A Bank: 400/1000, Kläger: 600/1000) an beiden Grundstücken zu erreichen, übertrug die A Bank 200/1000 ihres Miteigentums am Flurstück 1 auf den Kläger. Dieser übertrug 237/1000 seines Miteigentums an den Flurstücken 3, 4 und 6 gegen Zahlung eines Kaufpreises von 222.000 € auf die A Bank (Teil D des Vertrags). Sodann vereinigten die Vertragsparteien die Flurstücke 1, 3, 4 und 6 gemäß § 890 Abs. 1 BGB zu einem Grundstück. Sie begründeten Wohnungs- und Teileigentum gemäß § 3 WEG in der im Jahr 2016 geltenden Fassung (WEG a. F.). Dabei wurde der A Bank Teileigentum an einer Einheit mit einem Miteigen-

tumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum von 400/1000 zugeordnet. Der Kläger erhielt neben Teileigentum an einer Einheit Wohnungseigentum an neun Einheiten mit Miteigentumsanteilen von insgesamt 600/1000 (Teil E und Anlage 3 des Vertrags). Der Kläger und die A Bank gingen in dem Vertrag von einem Verkehrswert des Gesamtobjekts, das heißt beider Grundstücke, von 1.445.000 € aus. Davon sollten 965.000 € auf das Eigentum des Klägers und 480.000 € auf das Eigentum der A Bank entfallen.

3 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) setzte – unter Zugrundelegung der Wertermittlungen im Notarvertrag vom 16.12.2016 – mit mehreren Bescheiden vom 14.09.2017 Grunderwerbsteuer gegen den Kläger fest. Den Teil B des Vertrags beurteilte es als Tausch von Miteigentumsanteilen an den Einheiten des Sondereigentums und setzte Grunderwerbsteuer i. H. v. 16.681 € fest. Für den Erwerb nach Teil C des Vertrags setzte es Grunderwerbsteuer i. H. v. 325 € fest. Den Teil D des Vertrags beurteilte es als Tausch von Miteigentumsanteilen mit Zuzahlung und setzte Grunderwerbsteuer i. H. v. 4.541 € fest. Auch den Teil E des Vertrags behandelte es als Tausch von Miteigentumsanteilen. Unter Heranziehung von § 7 Abs. 1 GrEStG kürzte es die Bemessungsgrundlage um 60 % und setzte die Steuer auf 7.066 € fest.

4 Die nach erfolglosem Einspruch erhobene Klage hat das FG als unbegründet abgewiesen. Das Urteil ist in EFG 2022, 56 veröffentlicht.

5 Mit der Revision macht der Kläger die Verletzung materiellen Rechts geltend. Er rügt die isolierte Betrachtung der einzelnen Vertragsteile. Bei den Befreiungsvorschriften bestehe eine planwidrige Regelungslücke, die eine analoge Anwendung auf den Streitfall rechtfertige. Die Bereinigung einer verworrenen Miteigentümerstruktur sei vom Gesetzgeber nicht als regelungsbedürftiger Fall erkannt worden. Nach dessen Vorstellung solle die Grunderwerbsteuer nur die sich im Erwerbsvorgang offenbarende Leistungsfähigkeit erfassen. Durch die Neuordnung der Miteigentumsanteile sei der Kläger aber nicht leistungsfähiger geworden. Daher sei bei der Grunderwerbsteuer die Gesamtplanrechtsprechung des BFH anzuwenden.

6 Der Kläger beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und die die Vertragsteile B, D und E betreffenden Bescheide über Grunderwerbsteuer vom 14.09.2017 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 02.10.2018 dahingehend zu ändern, dass die Steuer auf 0 € festgesetzt wird.

7 Das FA beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

8 II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).

9 1. Im Hinblick auf den Vertragsteil B, mit dem die Gemeinschaften 1 und 2 mit der Folge aufgehoben wurden, dass an dem Flurstück 1 die A Bank zu 600/1000 und der Kläger zu

400/1000 und an den Flurstücken 2 bis 7 die A Bank zu 163/1000 und der Kläger zu 837/1000 als Miteigentümer beteiligt worden sind, ist das FG zwar zutreffend davon ausgegangen, dass der Erwerb des Klägers als Tausch nach § 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 GrEStG steuerbar und die Befreiungsvorschrift des § 7 Abs. 1 GrEStG nicht analog anzuwenden ist. Bei der Bestimmung der Bemessungsgrundlage nach § 8 Abs. 1 GrEStG hat es aber den gemeinen Wert der Einheiten des Sondereigentums des Klägers unzutreffend ermittelt.

**10 a)** Die Aufhebung von Wohnungseigentümergeinschaften und die Begründung von Miteigentum an den Grundstücken gemäß dem Vertragsteil B ist als Tausch nach § 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 GrEStG steuerbar.

**11 aa)** Bei einem Tauschvertrag, der für beide Vertragsteile den Anspruch auf Übereignung eines Grundstücks begründet, unterliegt der Grunderwerbsteuer sowohl die Vereinbarung über die Leistung des einen als auch die Vereinbarung über die Leistung des anderen Vertragsteils (§ 1 Abs. 5 GrEStG). Der Tauschvertrag wird danach in zwei steuerbare Erwerbsvorgänge zerlegt (BFH, Urteil vom 02.07.1951, III 21/51 S, BFHE 55, 390 = BStBl. III 1951, S. 154; vgl. Urteil vom 07.09.2011, II R 68/09, BFH/NV 2012, 62 Rdnr. 9).

**12 bb)** Auch Tauschverträge über Miteigentumsanteile an Grundstücken unterliegen dieser Betrachtungsweise (vgl. BFH, Urteil vom 05.11.1958, II 166/57 U, BFHE 68, 251 = BStBl. III 1959, S. 98; Loose in Viskorf, Grunderwerbsteuergesetz, 21. Aufl., § 9 Rdnr. 342). Wie das FG in seinem Urteil zu Recht ausgeführt hat, kommt diesbezüglich eine Übertragung der Gesamtplanrechtsprechung nicht in Betracht, auch wenn der Tausch der Bereinigung einer verworrenen Miteigentümerstruktur dient.

**13 (1)** Unter den Grundstücksbegriff des § 2 Abs. 1 Satz 1 GrEStG fallen sowohl das Wohnungseigentum, das heißt das Sondereigentum an einer Wohnung in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört (§ 1 Abs. 2 WEG), als auch das Teileigentum, das heißt das Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen eines Gebäudes in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört (§ 1 Abs. 3 WEG; vgl. auch BFH-Urteile vom 30.07.1980, II R 19/77, BFHE 131, 100 = BStBl. II 1980, S. 667 unter II. 1. und vom 16.02.1994, II R 96/90, BFH/NV 1995, 156 unter II. 1.).

**14 (2)** Wird eine Wohnungseigentümergeinschaft aufgehoben, erlischt das Sondereigentum. Es entsteht Miteigentum (§§ 1008, 741 BGB) an den Einheiten des Sondereigentums, sodass jeder Gemeinschaftler Miteigentum an den Wohnungen und dem Teileigentum der übrigen Gemeinschaftler erwirbt (vgl. zum Beispiel Viskorf in Viskorf, Grunderwerbsteuergesetz, § 2 Rdnr. 285; Pahlke in Pahlke, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 7. Aufl., § 2 Rdnr. 59; Hofmann, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 11. Aufl., § 2 Rdnr. 42). Hinsichtlich des gemeinschaftlichen Eigentums tritt durch die Aufhebung der Gemeinschaft keine Änderung gegenüber dem bisherigen Rechtszustand ein (vgl. Viskorf in Viskorf, Grunderwerbsteuergesetz, § 2 Rdnr. 285; Hofmann, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, § 2 Rdnr. 42).

**15 (3)** Der Erwerb des Miteigentums an den Einheiten des Sondereigentums der übrigen Gemeinschaftler bewirkt einen Rechtsträgerwechsel und unterliegt damit grundsätzlich der Grunderwerbsteuer (vgl. zum Beispiel Viskorf in Viskorf, Grunderwerbsteuergesetz, § 2 Rdnr. 285, § 7 Rdnr. 69; Pahlke in Pahlke, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, § 2 Rdnr. 59; Hofmann, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, § 2 Rdnr. 42).

**16 cc)** Im Streitfall sollte der Kläger gemäß dem Teil B des Vertrags vom 16.12.2016 durch die Aufhebung der Gemeinschaften 1 und 2 Miteigentum an den Einheiten des Sondereigentums der A Bank erwerben. Als Gegenleistung (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG) hatte er der A Bank Miteigentum an seinen Einheiten des Sondereigentums einzuräumen. Diese Vorgänge hat das FG zutreffend als Tausch gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 GrEStG beurteilt.

**17 b)** Wie das FG zu Recht entschieden hat, ist § 7 Abs. 1 GrEStG nicht in dem von dem Kläger begehrten Sinne erweiternd auf den Tauschvorgang bei der Aufhebung einer Wohnungseigentümergeinschaft unter Bildung von Miteigentum anzuwenden.

**18 aa)** Die analoge Anwendung einer Rechtsnorm setzt eine Gesetzeslücke im Sinne einer planwidrigen Unvollständigkeit voraus. Die Norm muss gemessen an ihrem Zweck unvollständig, das heißt ergänzungsbedürftig sein. Ihre Ergänzung darf nicht einer vom Gesetzgeber beabsichtigten Beschränkung auf bestimmte Tatbestände widersprechen. Dass eine gesetzliche Regelung rechtspolitisch als verbesserungsbedürftig anzusehen ist („rechtspolitische Fehler“), reicht nicht aus. Ihre Unvollständigkeit muss sich vielmehr aus dem Gesetzesimmanenten Zweck erschließen. Eine Auslegung gegen den Wortlaut kommt zudem nur unter sehr engen Voraussetzungen in Betracht, wenn nämlich die auf den Wortlaut abgestellte Auslegung zu einem sinnwidrigen Ergebnis führen würde (BFH-Urteile vom 06.12.2017, II R 26/15, BFH/NV 2018, 453 Rdnr. 35 und vom 22.07.2020, II R 32/18, BFHE 270, 266 = BStBl. II 2021, S. 167 Rdnr. 45; Beschluss vom 29.08.2019, II B 79/18, BFH/NV 2020, 22 Rdnr. 5).

**19 bb)** Nach diesen Maßstäben kommt eine erweiternde Auslegung der Steuerbefreiung des § 7 Abs. 1 GrEStG bei der Besteuerung der Aufhebung von Wohnungs- und Teileigentum sowie Bildung von Miteigentum an dem Grundstück als Tauschgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 GrEStG nicht in Betracht, da keine Regelungslücke vorliegt.

**20 (1)** Gemäß § 7 Abs. 1 GrEStG wird für den Fall, dass Miteigentümer ein ihnen gehörendes Grundstück flächenweise teilen, die Steuer insoweit nicht erhoben, als der Wert des Teilgrundstücks, das der einzelne Erwerber erhält, dem Bruchteil entspricht, zu dem er am gesamten zu verteilenden Grundstück beteiligt ist. § 7 GrEStG beruht – wie die §§ 5 und 6 GrEStG – auf dem Rechtsgedanken, dass die Steuer nicht erhoben werden soll, soweit sich nur die Rechtsnatur, nicht aber der Umfang der Berechtigung an einem Grundstück ändert (Viskorf in Viskorf, Grunderwerbsteuergesetz, § 7 Rdnr. 11; Hofmann, Grunderwerbsteuergesetz,





setz, Kommentar, § 7 Rdnr. 1). Die flächenmäßige Aufteilung eines Grundstücks ist zwar nach der Systematik des Grunderwerbsteuergesetzes ein eigenständiger Erwerbsvorgang. Er wird aber vom Gesetz gleichwohl nicht der Besteuerung unterworfen, soweit ein Beteiligter nicht mehr erhält, als es seiner bisherigen Berechtigung entspricht (vgl. BFH, Urteil vom 24.07.1974, II R 85/67, BFHE 114, 117 = BStBl. II 1975, S. 148).

**21 (2)** Zwar ist § 7 Abs. 1 GrEStG auf die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum durch mehrere Miteigentümer entsprechend anzuwenden (gleicher Ansicht *Viskorf* in Viskorf, Grunderwerbsteuergesetz, § 2 Rdnr. 277, § 7 Rdnr. 61, 64; *Pahlke* in Pahlke, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, § 2 Rdnr. 58; *Joisten* in Pahlke, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, § 7 Rdnr. 20; *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, § 2 Rdnr. 40). Denn eine flächenweise Teilung im Sinne des § 7 Abs. 1 GrEStG kann auch dann gegeben sein, wenn das Miteigentum an einem Grundstück in der Weise beschränkt wird, dass jedem Miteigentümer Sondereigentum nach dem Wohnungseigentumsgesetz eingeräumt wird (BFH-Urteile vom 30.07.1980, II R 19/77, BFHE 131, 100 = BStBl. II 1980, S. 667 unter II. 2.; vom 12.10.1988, II R 6/86, BFHE 154, 387 unter 2. und vom 16.02.1994, II R 96/90, BFH/NV 1995, 156 unter II. 2.).

**22 (3)** Anders als im Falle der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum durch mehrere Miteigentümer kommt für den umgekehrten Vorgang der Aufhebung von Wohnungs- und Teileigentum und Bildung von Miteigentum eine analoge Anwendung des § 7 Abs. 1 GrEStG nicht in Betracht. Grund hierfür ist, dass es zu einer abweichenden Zuordnung der Flächen kommt, die bislang im Sondereigentum standen und nun den Miteigentümern gemeinsam gehören.

**23 (4)** Im Streitfall hat das FG eine Begünstigung des Erwerbs des Klägers aus dem Teil B des Vertrags vom 16.12.2016 somit zu Recht verneint.

**24 c)** Bei der Bestimmung der Bemessungsgrundlage nach § 8 Abs. 1 GrEStG für den Tausch des Sondereigentums in Miteigentum hat das FA den gemeinen Wert der Einheiten des Sondereigentums des Klägers unzutreffend ermittelt. Das FG ist dem gefolgt, sodass das Urteil aufzuheben ist.

**25 aa)** Gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG bemisst sich die Steuer nach dem Wert der Gegenleistung. Als Gegenleistung gilt bei einem Tausch die Tauschleistung des anderen Vertragsteils einschließlich einer vereinbarten zusätzlichen Leistung (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG). Die Tauschleistung des anderen Vertragsteils ist mit dem gemeinen Wert nach § 9 Abs. 1 BewG anzusetzen. Der gemeine Wert wird durch den Preis bestimmt, der im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach der Beschaffenheit des Wirtschaftsguts bei einer Veräußerung zu erzielen wäre (§ 9 Abs. 2 Satz 1 BewG). Haben die Parteien eines Grundstückstauschvertrags Preisangaben oder Wertangaben gemacht, so sind diese Angaben der Besteuerung jedenfalls dann zugrunde zu legen, wenn sie angemessen erscheinen und nicht der Steuerumgehung dienen. In solchen Fällen erübrigt sich die Ermittlung des gemeinen Werts (BFH, Urteil vom 12.08.1964, II 6/62, Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung 1965, 117).

**26 bb)** Nach diesen Grundsätzen kann dem Urteil des FG in Bezug auf die Bemessung der Gegenleistung durch das FA nicht gefolgt werden. Nach dem Teil B des Vertrags vom 16.12.2016 war der Kläger verpflichtet, der A Bank Miteigentum an seinen Einheiten des Sondereigentums einzuräumen. Dabei handelte es sich um zwei Einheiten der Gemeinschaft 1 (Flurstück 1) und neun Einheiten der Gemeinschaft 2 (Flurstücke 2 bis 7). Gemäß dem Vertrag gingen der Kläger und die A Bank von einem Verkehrswert des gesamten Eckhauses X-Straße (...) / Y-Straße (...) von 1.445.000 € aus, wovon 965.000 € auf das Eigentum des Klägers und 480.000 € auf das Eigentum der A Bank entfallen sollten. Wie sich diese Wertvorstellungen auf die beiden Grundstücke der Gemeinschaften 1 und 2 sowie auf die einzelnen Wohnungen und Einheiten des Teileigentums verteilen, ist im Vertrag nicht niedergelegt worden. Das FG hat zu den wertbegründenden Eigenschaften dieser Einheiten des Sondereigentums – wie deren Zustand und deren Ausstattung – keine Feststellungen getroffen, sondern wie das FA die Angaben der Vertragsparteien bezüglich des Verkehrswerts des Gesamtobjekts i. H. v. 1.445.000 € und dessen Aufteilung auf den Kläger und die A Bank entsprechend deren Beteiligung vor der Aufhebung der Gemeinschaften 1 und 2 seiner Entscheidung zugrunde gelegt. Es hat dabei nicht berücksichtigt, dass die von dem Kläger gegen das Miteigentum eingetauschten Einheiten des Sonder- und Gemeinschaftseigentums – etwa aufgrund ihres Zustands und ihrer Ausstattung – einen höheren oder niedrigeren Wert haben können. Darin liegt ein Verstoß gegen § 9 BewG.

**27 2.** Im Hinblick auf den Vertragsteil D ist das FG zutreffend davon ausgegangen, dass der Erwerb von Miteigentumsanteilen durch den Kläger von der A Bank gegen Übertragung seiner Miteigentumsanteile und Zahlung der A Bank i. H. v. 222.000 € grunderwerbsteuerrechtlich als Tausch von Miteigentumsanteilen mit Zuzahlung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 GrEStG steuerbar ist. Jedoch hat es den vom FA bei der Bestimmung der Bemessungsgrundlage nach § 8 Abs. 1 GrEStG unzutreffend ermittelten gemeinen Wert der hingegebenen Miteigentumsanteile seiner Entscheidung zugrunde gelegt, sodass das Urteil auch aus diesem Grund aufzuheben ist.

**28 a)** Der Erwerb des Klägers von 200/1000 des Miteigentums der A Bank am Flurstück 1 gegen Hingabe von 237/1000 seines Miteigentums an den Flurstücken 3, 4 und 6 und einer Zuzahlung der A Bank i. H. v. 222.000 € ist als Tausch von Miteigentumsanteilen mit Zuzahlung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 GrEStG steuerbar.

**29 b)** Zu Recht hat das FG die Anwendung der Befreiungsvorschriften des § 7 Abs. 1 GrEStG auf den Vertragsteil D abgelehnt. Insbesondere die vereinbarte Zahlung i. H. v. 222.000 € zeigt, dass der Vortrag des Klägers, dass der Vertrag vom 16.12.2016 lediglich der sachenrechtlichen Bereinigung einer verworrenen Miteigentümerstruktur gedient und keine wirtschaftlichen Veränderungen bewirkt habe, nicht zutreffend ist.

**30 c)** Das FG hat es aber versäumt, die für die Bestimmung der Bemessungsgrundlage nach § 8 Abs. 1 GrEStG notwendigen Feststellungen zur Ermittlung des gemeinen Werts



der hingegebenen Miteigentumsanteile zu treffen. Der Annahme des FA, die von dem FG in seinem Urteil übernommen wurde, dass der von den Parteien im Vertrag vom 16.12.2016 angegebene Verkehrswert des Gesamtobjekts i. H. v. 1.445.000 € zu 40 % dem Flurstück 1 und zu 60 % den Flurstücken 3, 4 und 6 zuzurechnen sei, kann nicht gefolgt werden. Denn diese Annahme führt zu einem erheblichen Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung. Einer Leistung der A Bank im Wert von 337.600 € (200/1000 des Miteigentums am Flurstück 1 x 578.000 € [40 % des Werts des Gesamtobjekts i. H. v. 1.445.000 €] + 222.000 €) stünde eine Gegenleistung des Klägers im Wert von nur 205.479 € (237/1000 des Miteigentums an den Flurstücken 3, 4 und 6 x 867.000 € [60 % des Werts des Gesamtobjekts i. H. v. 1.445.000 €]) gegenüber. Das Urteil ist daher auch insoweit aufzuheben.

**313.** Auch im Hinblick auf den Vertragsteil E, in dem das Miteigentum in Wohnungs- und Teileigentum und neue Miteigentumsanteile am gemeinschaftlichen Eigentum nach § 3 WEG a. F. aufgeteilt und dem Kläger und der A Bank zugeordnet worden ist, hat das FA bei der Bemessung der Grunderwerbsteuer nach § 8 Abs. 1 GrEStG den Wert des Grundbesitzes fehlerhaft ermittelt. Darüber hinaus hat es § 7 Abs. 1 GrEStG unzutreffend angewandt. Das FG hat diese fehlerhafte Berechnung seinem Urteil zugrunde gelegt, sodass es aufzuheben ist.

**32 a)** Das FG ist zwar zutreffend davon ausgegangen, dass die Begründung einer Wohnungseigentümergeinschaft durch Miteigentümer eines Grundstücks als Tausch von Miteigentumsanteilen nach § 1 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 GrEStG steuerbar ist. Der Erwerb von zehn Einheiten des Wohnungs- und Teileigentums durch den Kläger nach § 3 WEG a. F. bewirkt einen Rechtsträgerwechsel und unterliegt damit grundsätzlich der Grunderwerbsteuer.

**33 b)** Es fehlen jedoch die notwendigen Feststellungen, um den gemeinen Wert der Gegenleistung zutreffend zu ermitteln. Auch hat das FG seiner Bestimmung der Bemessungsgrundlage nach § 8 Abs. 1 GrEStG nicht den sich aus der Anlage 3 des Vertrags vom 16.12.2016 ergebenden Sachverhalt zugrunde gelegt.

**34 aa)** Gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG bemisst sich die Steuer nach dem Wert der Gegenleistung. Das FG hat zu Unrecht angenommen, dass der Kläger nach dem Vertragsteil E als Gegenleistung (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG) im Hinblick auf die ehemalige Gemeinschaft 1 einen Miteigentumsanteil von 360/1000 und auf die ehemalige Gemeinschaft 2 einen Miteigentumsanteil von 97,5/1000 hinzugeben hatte. Diese der Steuerfestsetzung des FA zugrunde liegende Betrachtung, der sich das FG angeschlossen hat, übersieht, dass nach der Aufhebung der Gemeinschaften 1 und 2 sowie Herstellung eines einzigen, im Miteigentum des Klägers und der A Bank stehenden Grundstücks eine neue, einheitliche Wohnungseigentümergeinschaft gemäß der Anlage 3 des Vertrags gebildet worden ist. Dabei hatte der Kläger als Gegenleistung seine Miteigentumsanteile in Höhe von 600/1000 an den Flurstücken 1, 3, 4 und 6 hinzugeben.

**35 bb)** Auch im Hinblick auf den Vertragsteil E hat es das FG versäumt, die für die Bestimmung der Bemessungsgrundlage nach § 8 Abs. 1 GrEStG notwendigen Feststellungen zur Ermittlung des gemeinen Werts des vom Kläger hinzugebenden Miteigentumsanteils zu treffen. Es hat keine Feststellungen dazu getroffen, ob der von den Vertragsparteien angenommene Gesamtwert des Grundbesitzes i. H. v. 1.445.000 € angemessen ist.

**36 c)** Darüber hinaus hat das FG übersehen, dass das FA – bei Zugrundelegung der von ihm festgestellten Werte – zu Unrecht die Bemessungsgrundlage der Steuer gemäß § 7 Abs. 1 GrEStG um 60 % anstatt 100 % gekürzt hat.

**37 aa)** Nach § 7 Abs. 1 GrEStG wird für den Fall, dass Miteigentümer ein ihnen gehörendes Grundstück flächenweise teilen, die Steuer insoweit nicht erhoben, als der Wert des Teilgrundstücks, das der einzelne Erwerber erhält, dem Bruchteil entspricht, zu dem er am gesamten zu verteilenden Grundstück beteiligt ist. Die Vorschrift ist auf die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum durch mehrere Miteigentümer entsprechend anzuwenden (siehe oben unter II. 1. b) bb) (2)). Für die nach § 7 Abs. 1 GrEStG nicht zu erhebende Steuer „X“ gilt die folgende Formel (BFH, Urteil vom 24.11.1954, II 73/54 U, BFHE 60, 27 = BStBl. III 1955, S. 11):

„X“ volle Steuer = Wert des Bruchteils Wert des Teilgrundstücks

**38 bb)** Im Streitfall war der Kläger vor der Begründung der neuen Wohnungseigentümergeinschaft nach dem Vertragsteil E als Miteigentümer zu 60 % an dem vereinigten Grundstück X-Straße (...)/Y-Straße (...) beteiligt. Durch die Bildung der Wohnungseigentümergeinschaft sollte er Wohnungs- und Teileigentum an zehn Einheiten und Miteigentumsanteile am gemeinschaftlichen Eigentum in Höhe von insgesamt 60 % erwerben. Beträgt der gemeine Wert des Erwerbs des Klägers – wie vom FA unterstellt – 60 % des gemeinen Werts des vereinigten Grundstücks, ist der Erwerb gemäß § 7 Abs. 1 GrEStG zu 100 % anstatt – wie vom FA angenommen – zu 60 % von der Grunderwerbsteuer befreit. Dies hat das FG bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt, sodass die Vorentscheidung auch deshalb aufzuheben ist.

**39 4.** Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, da es dem FG obliegt, die fehlenden Feststellungen zur Ermittlung des gemeinen Werts der Gegenleistungen – unter Beachtung der oben dargestellten Grundsätze – zu treffen.

## 25. Freibetrag bei Übertragung von Vermögen auf eine Familienstiftung

BFH, Urteil vom 28.02.2024, II R 25/21 (Vorinstanz: FG Niedersachsen, Gerichtsbescheid vom 24.06.2021, 3 K 5/21)

*ErbStG § 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1, § 15 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, § 16 Abs. 1 Nr. 4, § 19 Abs. 1*

### LEITSATZ:

**Beim Übergang von Vermögen auf eine Familienstiftung ist für die Bestimmung der anwendbaren Steuerklasse und des Freibetrags als „entferntest Berechtigter“ zum Schenker derjenige anzusehen, der nach der Stiftungssatzung potenziell Vermögensvorteile aus der Stiftung erhalten kann. Unerheblich ist, ob die Person zum Zeitpunkt des Stiftungsgeschäfts schon geboren ist, jemals geboren wird und tatsächlich finanzielle Vorteile aus der Stiftung erlangen wird.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) errichtete im Jahr (...) zusammen mit ihrem Ehemann die U-Familienstiftung. Die Stiftung wurde mit Vermögen ausgestattet; der Steuerwert des übertragenen Vermögens beträgt unter den Beteiligten unstreitig 443.051 €.

**2** Im Stiftungsgeschäft und in der Stiftungssatzung wurde angegeben, die Familienstiftung habe zum Zweck die angemessene Versorgung der Klägerin und ihres Ehemannes (§ 3 Buchst. a der Stiftungssatzung), die angemessene finanzielle Unterstützung der im Jahr (...) geborenen Tochter der Stifter (§ 3 Buchst. b der Stiftungssatzung) sowie die angemessene finanzielle Unterstützung weiterer Abkömmlinge des Stammes der Stifter, jedoch erst nach Wegfall der vorherigen Generation (§ 3 Buchst. c der Stiftungssatzung).

**3** Der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) sah für Zwecke der Schenkungsteuer hinsichtlich der Übertragung des Vermögens auf die Familienstiftung als „entferntest Berechtigten“ im Sinne des § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG die in § 3 Buchst. c der Stiftungssatzung angeführten „weiteren Abkömmlinge“ an. Das FA ordnete den Erwerb gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG der Steuerklasse I („Abkömmlinge der Kinder und Stiefkinder“) zu und brachte gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG für die „übrigen Personen der Steuerklasse I“ einen Freibetrag i. H. v. 100.000 € in Abzug. Schenkungsteuer wurde zuletzt mit Änderungsbescheid vom 11.06.2020 i. H. v. 59.175 € festgesetzt. Der hiergegen erhobene Einspruch wurde mit Einspruchsentscheidung vom 04.12.2020 als unbegründet zurückgewiesen.

**4** Die Klage vor dem FG hatte keinen Erfolg. Das FG war der Auffassung, dass das FA bei der Bestimmung des „entferntest Berechtigten“ § 3 Buchst. c der Stiftungssatzung zutreffend dahingehend verstanden habe, dass auch eine mögliche Urenkelgeneration nach dem Satzungszweck potenziell begünstigt sein sollte. Der Gerichtsbescheid ist in EFG 2021, 1558 veröffentlicht.

**5** Mit ihrer Revision macht die Klägerin eine Verletzung von § 7 Abs. 1 Nr. 8 und § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG geltend. In der Stiftungsurkunde sei klar geregelt worden, dass Berechtigte nur die Stifter und ihre Tochter seien. Eventuelle Kinder der Tochter, die noch nicht geboren seien, seien zwar begünstigt, aber erst nach dem Tod der Tochter bezugsberechtigt. Mögliche Nachkommen würden nicht mit ihrer Geburt, sondern erst mit dem Tod der Tochter begünstigt. Insofern unterscheide sich der Streitfall von dem Beschluss des BFH vom 27.07.2020, II B 39/20 (AdV) (BFHE 270, 376 = BStBl. II 2021, S. 28). Dort seien Urenkel sofort bezugsberechtigt und nicht erst später begünstigt gewesen. Die Regelung in § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG sei ansonsten überflüssig, weil am Ende immer nur ein Freibetrag i. H. v. 100.000 € gewährt werde. Falls niemals Urenkel geboren würden, dann müsste es zu einer Erstattung kommen. Im Gesetz stehe „nach der Satzung“ „Berechtigte“ und nicht „mögliche Berechtigte“. Das FA unterscheide nicht zwischen „Berechtigtem“ und „Begünstigtem“. Im Stiftungsrecht seien nur diejenigen Begünstigten berechtigt, denen das jeweilige aktuelle Recht auf Zuwendungen in der laut Satzung bestimmten Reihenfolge zugewiesen sei. „Berechtigte“ und „Begünstigte“ könnten sich entsprechen, wenn in der Satzung nichts anderes geregelt sei. In der Stiftungssatzung des Streitfalls sei es aber anders geregelt worden, die „Begünstigten“ stünden mit den „Berechtigten“ nicht gleich und daher stehe den „Berechtigten“ der Freibetrag von 400.000 € zu. Auch das Urteil des RFH vom 13.12.1926, V e A 141/25 (RFHE 20, 173) stelle ausdrücklich auf den „Berechtigten“ ab. Der Gesetzgeber habe schließlich bei den Freibeträgen für Enkel unterschieden, ob sie sofort berechtigt (§ 16 Abs. 1 Nr. 2 Alt. 2 ErbStG) oder zunächst grundsätzlich begünstigt und erst nach dem Tod der Eltern berechtigt (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG) seien.

**6** Die Klägerin beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und den Änderungsbescheid vom 11.06.2020 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 04.12.2020 dahingehend zu ändern, dass ein Freibetrag i. H. v. 400.000 € gewährt und die Schenkungsteuer auf 3.220 € festgesetzt wird.

**7** Das FA beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

**8** Das BMF ist mit Schriftsatz vom 11.02.2022 dem Verfahren nach § 122 Abs. 2 FGO beigetreten. Es hat keinen Antrag gestellt.

**9 II.** Die Revision ist unbegründet und deshalb zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zutreffend entschieden, dass im Streitfall die Schenkungsteuer für die Übertragung des Vermögens auf die Familienstiftung der Klägerin unter Berücksichtigung eines Freibetrags von 100.000 € (§ 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG) nach der Steuerklasse I für Abkömmlinge von Kindern und Stiefkindern (§ 15 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG) und einem Prozentsatz von 15 % (§ 19 Abs. 1 ErbStG) festzusetzen ist. Als „entferntest Berechtigter“ im Sinne des § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG sind mögliche Urenkel der Stifter anzusehen, da diese nach der Stiftungssatzung potenziell Vermögensvorteile erlangen können.

**10 1.** Das FG hat zutreffend erkannt, dass „entferntest Berechtigte“ im Sinne des § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG der klägerischen Familienstiftung mögliche Urenkel der Stifter sind. Für die Bestimmung des „entferntest Berechtigten“ ist nicht erheblich, dass eine Urenkelgeneration bei Errichtung der Stiftung noch nicht geboren ist. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob mögliche Urenkel tatsächlich jemals finanzielle Unterstützung aus der Stiftung erhalten werden.

**11 a)** Nach § 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden der Übergang von Vermögen aufgrund eines Stiftungsgeschäfts unter Lebenden. In diesem Fall ist gemäß § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG der Besteuerung das Verwandtschaftsverhältnis des nach der Stiftungsurkunde entferntest Berechtigten zu dem Erblasser oder Schenker zugrunde zu legen, sofern die Stiftung wesentlich im Interesse einer Familie oder bestimmter Familien im Inland errichtet ist.

**12 b)** Die Formulierung des „entferntest Berechtigten“ ist dahingehend zu verstehen, dass damit derjenige bezeichnet wird, der nach der Stiftungssatzung potenziell Vermögensvorteile aus der Stiftung erhalten soll.

**13 aa)** Der „Berechtigte“ im Sinne des § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG entspricht dem nach der Stiftungssatzung „potenziell Begünstigten“, der durch den Erwerb von Vermögensvorteilen aus der Stiftung begünstigt sein kann. Eine Unterscheidung dahingehend, dass – wie die Klägerin meint – mit dem Begriff des „Berechtigten“ der sofort Anspruchsberechtigte gemeint ist und sich dieser vom „Begünstigten“, der erst später anspruchsberechtigt sein soll, unterscheidet, ist der Norm nicht zu entnehmen. Bereits das Erbschaftsteuergesetz i. d. F. vom 20.07.1922 (RGBl. I 1922, S. 610) und der Neubekanntmachung vom 07.08.1922 (RGBl. I 1922, S. 695) – ErbStG 1922 – enthielt in § 9 Abs. 2 ErbStG 1922 eine mit § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG nahezu wortgleiche Vorschrift. Diese lautete dahingehend, dass im Fall des § 2 Abs. 2 Nr. 1 und § 3 Abs. 1 Nr. 7 ErbStG 1922 der Besteuerung das Verwandtschaftsverhältnis des Erblassers oder Schenkers zu dem nach der Stiftungsurkunde entferntest Berechtigten zugrunde zu legen ist, sofern die Stiftung wesentlich im Interesse einer Familie oder bestimmter Familien errichtet wird. Bereits zu dieser Norm entschied der RFH, dass für die Bestimmung des „entferntest Berechtigten“ allein entscheidend sei, welche Personen nach der Satzung Vermögensvorteile (aller Art) aus der Stiftung erlangen können (Urteil vom 13.12.1926, V e A 141/25, RFHE 20, 173). Eine Unterscheidung zwischen „sofort“ oder „später Berechtigtem/Begünstigtem“ wurde nicht getroffen. Weder sind Gründe ersichtlich noch hat die Klägerin solche vorgebracht, warum diese Rechtsprechung nicht auf die aktuelle Gesetzesfassung übertragen werden kann.

**14 bb)** „Entferntest Berechtigter“ ist stets derjenige Berechtigte, für den die schlechteste Steuerklasse Anwendung fände, wäre die Zuwendung direkt vom Stifter an diesen erfolgt (Stein in von Oertzen/Loose, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, 2. Aufl., § 15 Rdnr. 68; Götz in Wilms/Jochum, ErbStG/BewG/GrEStG, Stand: 02.2024, § 15 ErbStG Rdnr. 114). Bei der Bestimmung, wer „entferntest Berechtigter“ ist, ist nicht darauf abzustellen, ob die

Person einen klagbaren Anspruch auf den Vermögensvorteil aus der Stiftung hat (RFH-Urteil vom 23.01.1930, I e A 890/28, RStBl. 1930, S. 115 zu § 9 Abs. 2 ErbStG 1925; R E 15.2 Abs. 1 Satz 3 der Erbschaftsteuer-Richtlinien 2019 vom 16.12.2019, ErbStR 2019, BStBl. I 2019, Sondernr. 1/2019; Längle/Kobor in Fischer/Pahlke/Wachter, ErbStG, 8. Aufl., § 15 Rdnr. 51). Es kommt – entgegen der Auffassung der Klägerin – nicht darauf an, ob die nach der Stiftungssatzung „entferntest Berechtigten“ zum Zeitpunkt des Stiftungsgeschäfts schon geboren sind oder jemals geboren werden (vgl. Stein in von Oertzen/Loose, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 15 Rdnr. 72). Eine solche Voraussetzung enthält der Wortlaut des § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG nicht. Der „entferntest Berechtigte“ muss im Zeitpunkt der Errichtung der Familienstiftung daher noch nicht unmittelbar bezugsberechtigt sein. Ausreichend ist, wenn er es erst in der Generationenfolge wird (vgl. RFH-Urteil vom 13.12.1926, V e A 141/25, RFHE 20, 173 zu § 9 Abs. 2 ErbStG 1922; vgl. R E 15.2 Abs. 1 Satz 2 ErbStR 2019; Curdt in Kapp/Ebeling, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 15 Rdnr. 60).

**15 c)** Wer bei der einzelnen Familienstiftung als „entferntest Berechtigter“ anzusehen ist, ist der Formulierung in der jeweiligen Stiftungssatzung zu entnehmen (vgl. RFH-Urteil vom 13.12.1926, V e A 141/25, RFHE 20, 173 zu § 9 Abs. 2 ErbStG 1922). Dies ordnet bereits der Wortlaut des § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG an, der von „nach der Stiftungsurkunde entferntest Berechtigten“ spricht. Damit obliegt es dem Stifter, den Kreis der aus dem Stiftungsvermögen potenziell Begünstigten festzulegen.

**16 aa)** Die Errichtung einer Familienstiftung soll typischerweise familienrechtlich die finanzielle Versorgung nachfolgender Generationen sicherstellen. Erbschaftsteuerrechtlich bietet sie durch § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG die Möglichkeit, bei potenzieller Begünstigung auch von in der Generationenfolge zeitlich weiter entfernten direkten Abkömmlingen durch entsprechende Gestaltung des Stiftungsgeschäfts höhere Freibeträge zu erhalten, als wenn bei der ersten Übertragung von Vermögen auf die Stiftung auf das Verhältnis des Stifters zu der Stiftung selbst abzustellen und beide als fremde Dritte anzusehen wären.

**17 bb)** Die Regelung des § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG ist Teil der Festlegung der anwendbaren Steuerklassen. Die Einteilung der Steuerpflichtigen in unterschiedliche Steuerklassen ist wiederum maßgebend für die Bestimmung der persönlichen Freibeträge gemäß §§ 16, 17 ErbStG und die Höhe des Steuersatzes nach § 19 ErbStG (BFH, Urteil vom 05.12.2019, II R 5/17, BFHE 267, 451 = BStBl. II 2020, S. 322 Rdnr. 10).

**18** Zur Steuerklasse I gehören unter anderem Kinder und Stiefkinder (§ 15 Abs. 1 Steuerklasse I Nr. 2 ErbStG) und die Abkömmlinge der in § 15 Abs. 1 Steuerklasse I Nr. 2 ErbStG genannten Kinder und Stiefkinder (§ 15 Abs. 1 Steuerklasse I Nr. 3 ErbStG). Die in § 16 ErbStG geregelten Freibeträge sind jedoch nicht für alle Personen der Steuerklasse I gleich hoch; das Gesetz unterscheidet dort nochmals detaillierter nach dem jeweiligen Verwandtschaftsverhältnis zum Erblasser bzw. Schenker. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG erhalten die Kinder nach § 15 Abs. 1 Steuerklasse I Nr. 2 ErbStG





und – falls diese vorverstorben sind – die Kinder dieser Kinder einen Freibetrag i. H. v. 400.000 €. Der Freibetrag für die Kinder der (nicht vorverstorbenen) Kinder nach § 15 Abs. 1 Steuerklasse I Nr. 2 ErbStG – die Enkel des Erblassers bzw. Schenkers – beträgt 200.000 € (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG). Den übrigen Personen der Steuerklasse I wird gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG ein Freibetrag i. H. v. 100.000 € gewährt. Hierzu gehören auch die Urenkel.

**19 cc)** Die Höhe des zu gewährenden Freibetrags bei der Besteuerung des Vermögensübergangs auf eine Familienstiftung kann daher unterschiedlich ausfallen und hängt davon ab, ob die Stiftungssatzung als potenziell begünstigte Kinder (Freibetrag von 400.000 €, § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG), Enkel (Freibetrag i. H. v. 200.000 €, § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG) oder Urenkel (Freibetrag von 100.000 €, § 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG) anführt. Gleichwohl kommt es durch die Bestimmung des § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG in allen diesen Fällen insgesamt zu einer Besserstellung hinsichtlich des Freibetrags bei der Schenkungsbesteuerung für den Übergang von Vermögen auf die Familienstiftung nach § 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 ErbStG. Ohne die Vorschrift des § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG wäre auf die erwerbende Familienstiftung als juristische Person abzustellen. Dies hätte zur Folge, dass gemäß § 15 Abs. 1 ErbStG die Steuerklasse III anwendbar und nach § 16 Abs. 1 Nr. 7 ErbStG ein Freibetrag lediglich i. H. v. 20.000 € zu gewähren wäre.

**20 dd)** Danach privilegiert § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG Zuwendungen bei der Errichtung einer Familienstiftung und gibt dem Stifter die Möglichkeit, eine günstigere Steuerklasse und einen höheren Freibetrag zu erhalten (vgl. auch *Stein* in von Oertzen/Loose, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 15 Rdnr. 53). Da das Gesetz auf die Bestimmungen der Stiftungssatzung abstellt, hat es der Stifter in der Hand, das Privileg so zu nutzen, wie er es für am besten für seine Familie hält. Begünstigt er beispielsweise nur die nächste und übernächste Generation der direkten Abkömmlinge, kann er mit der Steuerklasse I (§ 15 Abs. 1 Steuerklasse I Nr. 3 ErbStG) und dem Freibetrag von 200.000 € (§ 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG) eine geringere Besteuerung erreichen, als wenn er auch die Urenkelgeneration begünstigt.

**21 ee)** Eine darüber hinausgehende Privilegierung ist dem Wortlaut des § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG nicht zu entnehmen. Der Gesetzgeber hat ausdrücklich auf das Verhältnis des Zuwendenden zu dem entferntest Berechtigten abgestellt. Eine fixe Freibetragsregelung, wie zum Beispiel in § 15 Abs. 2 Satz 3 ErbStG mit der Gewährung des doppelten Freibetrags nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG – das heißt i. H. v. 800.000 € – für die Ersatzerbschaftsbesteuerung einer Stiftung alle 30 Jahre nach § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG, wurde in die Formulierung von § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG nicht aufgenommen.

**22 d)** Würde man im Zeitpunkt der Übertragung des Vermögens auf die Familienstiftung (§ 7 Abs. 1 Nr. 8 Satz 1 ErbStG) als Steuerentstehungszeitpunkt (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG), Steuerklasse und Freibetrag danach anwenden, ob die Abkömmlinge bereits geboren sind, entstünde eine Überprivilegierung, wenn später weitere Abkömmlinge geboren werden, die dann auch finanzielle Vorteile aus der Stiftung er-

langen können. Unabhängig von der Frage, ob für die Rückgängigmachung dieser Überprivilegierung überhaupt eine Änderungsvorschrift einschlägig wäre, würde dies eine Überwachung der Familienstiftung ggf. über einen bestimmten Zeitraum voraussetzen. Eine solche ist in § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG aber nicht angelegt.

**23 e)** Die von der Klägerin aufgeworfene Frage, ob im Fall, dass keine Enkel und Urenkel geboren werden, Steuer zu erstatten ist, ist im Streitfall nicht zu entscheiden.

**24 f)** Entgegen der Auffassung der Klägerin ist schließlich nicht ausschlaggebend, dass die Enkel und Urenkel der Stifter erst nach dem Ableben der vorangehenden Generation Leistungen aus dem Stiftungsvermögen erhalten sollen. Dabei handelt es sich lediglich um eine Bedingung und ein zeitliches Hinausschieben der Begünstigung; gleichwohl bleiben aber sowohl die Enkel als auch die Urenkel potenziell begünstigt. Deshalb kommt es auf den von der Klägerin erwähnten BFH, Beschluss vom 27.07.2020, II B 39/20 (AdV) (BFHE 270, 376 = BStBl. II 2021, S. 28), der zu einem anderen Sachverhalt erging, nicht an.

**25 2.** Nach diesen Grundsätzen hat das FG im Streitfall zutreffend entschieden, dass sich für die Besteuerung der Vermögensübertragung auf die Familienstiftung der Klägerin und ihres Ehemannes die Steuerklasse und der anzurechnende Freibetrag nach den für Urenkel geltenden Vorschriften bestimmen. Das FG hat die Stiftungssatzung in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise dahingehend ausgelegt, dass nach § 3 Buchst. c der Stiftungssatzung potenziell Begünstigte des Stiftungsvermögens die Urenkel der Stifter – der Klägerin und ihres Ehemannes – sein können. Unerheblich ist, dass zum Zeitpunkt der Errichtung der Stiftungssatzung nur die Tochter der Klägerin geboren war und die Urenkel erst nach dem Ableben der vorangehenden Generation begünstigt sein sollen.

#### ANMERKUNG:

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

In diesem Urteil setzt sich der BFH mit der anwendbaren Steuerklasse und dem einschlägigen Steuerfreibetrag auseinander, wenn Vermögen auf eine Familienstiftung bei Errichtung übertragen wird. Dabei kommt es für die Bestimmung des „entferntest Berechtigten“ nicht auf dessen tatsächliche, sondern nur potenzielle zukünftige Existenz an.

#### 1. Sachverhalt

Der Kläger errichtete eine Familienstiftung mit einem Vermögen von 443.051 €. Zweck ist die Versorgung des Klägers, des Ehegatten und der Tochter sowie weiterer Abkömmlinge. Die Tochter war bislang kinderlos.

Das FA stellte bei der Erhebung der Schenkungsteuer als den entferntest Berechtigten im Sinne des § 15 Abs. 2 ErbStG auf „weitere Abkömmlinge“ ab und wendete die Steuerklasse I bei einem Freibetrag von 100.000 € gemäß § 15 Abs. 1 Nr. 3, § 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG an, denn es könnte auch (Ur-)Enkel geben und daher reduziert sich





der Freibetrag auf 100.000 €. Entsprechend wurde die Schenkungsteuer festgesetzt.

Der Kläger wünschte die Berücksichtigung eines Freibetrags von 400.000 €, denn die Urenkel seien ausweislich des Wortlautes der Stiftungssatzung nicht sofort bezugsberechtigt, sondern nur mögliche Begünstigte.

Das FG bestätigte die Auffassung des FA, denn die Urenkelgeneration sei potenziell begünstigt, was für ausreichend gehalten werde.

## 2. Entscheidung

Der BFH bestätigte, dass es für die Bestimmung des Berechtigten im Sinne des § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG auf potenziell Begünstigte ankommt. Es wird nicht zwischen Berechtigten und Begünstigten mit späterer Anspruchsberechtigung differenziert. Daher ist ferner nicht entscheidend, ob der Berechtigte einen klagbaren Anspruch hat oder ob er schon geboren wurde oder jemals geboren wird. Denn der Wortlaut des § 15 Abs. 2 ErbStG beinhaltet diesbezüglich keinen Anknüpfungspunkt. Es ist letztlich die freie Entscheidung des Stifters, den Kreis der aus dem Stiftungsvermögen Begünstigten festzulegen. Würde man bislang fehlende weitere Abkömmlinge nicht berücksichtigen, würde eine Überprivilegierung drohen, wenn später weitere Abkömmlinge hinzukommen, weil keine laufende Überwachung in steuerlicher Hinsicht nach einmaliger Stiftungserrichtung erfolgt.

## 3. Stellungnahme und praktische Hinweise

Das Urteil bestätigt die Auffassung der Finanzverwaltung und die herrschende Meinung in der Literatur.<sup>1</sup>

Der BFH unterscheidet richtigerweise nicht zwischen Berechtigten, d. h. solchen, die sofort mit Stiftungserrichtung anspruchsberechtigt sind, und den Begünstigten, d. h. solchen, die erst im Laufe der Zeit oder möglicherweise gar nicht anspruchsberechtigt werden, sondern es kommt nur darauf an, wer nach der Stiftungssatzung potenziell Vermögensvorteile aus der Stiftung erhalten soll. Diese fehlende Differenzierung stimmt mit der Rechtsprechung<sup>2</sup> zum sog. Zwischenberechtigten im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 9 ErbStG überein, bei dem es auf ein abstrakt-generelles Recht zur Ausschüttung ankommt.<sup>3</sup> Die Empfänger sind in dem konkreten Fall anhand der Stiftungssatzung klar identifizierbar.<sup>4</sup>

Diese vom BFH bestätigte Auslegung des entferntest Berechtigten überzeugt, weil so eine ungerechtfertigte Bevorzugung der Familienstiftung gegenüber der gemeinnützigen Stiftung vermieden werden kann, wenn weitere Berechtigte erst später hinzukommen.<sup>5</sup>

Familienstiftungen werden wesentlich im Interesse einer Familie oder bestimmter Familien im Inland errichtet (§ 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG). Konkret sind der Stifter, seine Angehörigen und deren Abkömmlinge entweder zu mehr als der Hälfte Destinatäre oder zu mehr als einem Viertel und es liegen zusätzliche Merkmale eines „wesentlichen Familieninteresses“ vor (ErbStR 2019 R E 1.2). Familienstiftungen können dem Interesse der Familie vielgestaltig dienen, zum Beispiel durch Zurverfügungstellung einer Immobilie zu Wohnzwecken, von Kunstsammlungen oder durch Geldzuwendungen.

Ein besonderer Vorteil gegenüber der gemeinnützigen Stiftung ist, dass in steuerlicher Hinsicht eine Privilegierung nach § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG (Steuerklassenprivileg) stattfindet. Gäbe es diese nicht, wäre stets eine Besteuerung nach der ungünstigen Steuerklasse III einschlägig, d. h. mit dem geringsten Freibetrag von 20.000 € und dem Steuersatz von 30 % bzw. 50 % (§ 16 Abs. 1 Nr. 7, § 19 Abs. 1 ErbStG). Im Vergleich hierzu bleibt die Familienstiftung weiterhin ein attraktives Gestaltungsmittel, insbesondere ist eine Verdopplung des Freibetrages nach § 16 Abs. 1 Nr. 2, § 15 Abs. 2 Satz 3 ErbStG möglich.<sup>6</sup> Daher ist die Gründung einer Familienstiftung für die langfristige Schonung des Stiftungsvermögens im Sinne des Stifters eine interessante Option.<sup>7</sup>

Jedoch ist zu bedenken, dass die Familienstiftung der Ersatzerbschaftsteuer unterliegt. Die Ersatzerbschaftsteuer fällt alle 30 Jahre seit der ersten Vermögensübertragung auf die Familienstiftung (§ 1 Abs. 1 Nr. 4, § 9 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG) an. Damit unterliegt der fiktive Erwerb der Steuerklasse I bei Gewährung eines Freibetrages von 800.000 €; auf einen Rechtsträgerwechsel kommt es nicht an.

Zu beachten ist, dass dieses Steuerklassenprivileg nach § 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG nur bei der (erstmaligen) Errichtung der Stiftung zu Lebzeiten oder durch Verfügung von Todes wegen gilt, nicht aber bei späteren Vermögenszuwendungen (zum Beispiel Zustiftungen). Diese späteren Vermögenszuwendungen werden nach der Steuerklasse III besteuert (ErbStR 2019, R E 15.2).

Bei den Planungen für die Errichtung einer Familienstiftung ist in jedem Fall in die Überlegungen miteinzubeziehen, wie hoch der Freibetrag abhängig davon ausfallen würde, wer berücksichtigt wird. Letztlich sollte aber das wirtschaftliche Ergebnis, wer zukünftig finanzielle Vorteile aus der Stiftung bekommen sollte, nicht zugunsten von vermutlich lediglich einigen zehntausend Euro Steuerersparnis vernachlässigt werden, zumal wenn bei größeren Vermögen Unternehmensvermögen vorhanden sein sollte, das regelmäßig nach §§ 13a ff., 28a ErbStG steuerlich privilegiert ist.

Um mit Blick auf die Steuerfreibeträge eine möglichst niedrige Steuerbelastung zu erreichen, könnte es eine Möglichkeit sein, zunächst nur die Kinder als Berechtigte

1 Stein in von Oertzen/Loose, ErbStG, 3. Aufl. 2024, § 15 Rdnr. 72 m. w. N.; Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, ErbStG, 69. Aufl. 2024, § 15 Rdnr. 103 m. w. N.

2 BFH, Urteil vom 03.07.2019, II R 6/16, ZEV 2019, 651 = BStBl. II 2020, S. 61.

3 Pritzl/Ferrenberg, ZEV 2024, 486, 489.

4 Pritzl/Ferrenberg, ZEV 2024, 486, 489.

5 Schriftleitung, RNotZ 2024, 478, 479.

6 Mühlenstädt, ErbStB 2024, 182, 183.

7 Vorbeck, DStRK 2024, 179.

einzusetzen und später die Stiftungssatzung zu ändern und die Berechtigten auf weitere Abkömmlinge zu erweitern; eine solche Erweiterung dürfte entgegen der Ansicht der Finanzverwaltung keine Neuerrichtung darstellen.<sup>8</sup>

In den Fällen, in denen eine potenzielle Begünstigtenstellung tatsächlich nie eintritt, könnte eine Korrektur nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO erfolgen.<sup>9</sup> Grundsätzlich werden aufschiebend bedingte Ereignisse bis zum Bedingungseintritt nicht berücksichtigt (§ 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. §§ 4 ff. BewG), aber eine Korrektur mit Wirkung zum Stichtag der Errichtung der Besteuerung der Stiftung ist daher hierzu angezeigt.<sup>10</sup>

#### 4. Zusammenfassung

Das Urteil bestätigt damit die von der Finanzverwaltung vertretene Auffassung, dass auch noch nicht lebende potenzielle Begünstigte für die Bewertung der Steuerklasse und den Freibetrag maßgebend sind. Die Familienstiftung bleibt dennoch weiterhin ein interessantes Gestaltungsmittel, da die Höhe des Freibetrages allein regelmäßig nicht ausschlaggebend sein dürfte.

8 Pritzl/Ferrenberg, ZEV 2024, 486, 489; nach R E 1.2 Abs. 4 Satz 2 ErbStR betrachtet die Finanzverwaltung eine solche Satzungsänderung mit Erweiterung des Kreises der Berechtigten gleichwohl als Errichtung einer neuen Stiftung. Demnach wäre die „neue“ Stiftung als Erwerber des Vermögens der „bisherigen“ Stiftung anzusehen und nach dem Verwandtschaftsverhältnis des nach der Stiftungsurkunde entferntesten Berechtigten zu dem ursprünglichen Stifter (Erblasser oder Schenker) zu besteuern (§ 15 Abs. 2 Satz 1 ErbStG), vgl. R E 1.2 Abs. 4 Satz 3 u. 4 ErbStR.

9 Pritzl/Ferrenberg, ZEV 2024, 486, 489.

10 Jülicher in Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk, ErbStG, § 15 Rdnr. 106; Jülicher, StuW 1999, 363, 368.

## 26. Aufteilung des Kaufpreises auf Grund und Boden und Gebäude

FG München, Urteil vom 10.04.2024, 12 K 861/19

AO § 42

EStG § 7 Abs. 4

### LEITSÄTZE:

1. Wurde eine Kaufpreisaufteilung im Kaufvertrag vorgenommen, sind diese vereinbarten und bezahlten Anschaffungskosten grundsätzlich auch der Besteuerung zugrunde zu legen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Eine Korrektur der von den Parteien getroffenen Aufteilung des Anschaffungspreises auf Grund und Boden und Gebäude ist lediglich geboten, wenn sie die realen Wertverhältnisse in grundsätzlicher Weise verfehlt und wirtschaftlich nicht haltbar erscheint. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Einer vertraglich vereinbarten Kaufpreisaufteilung kann nicht die Angemessenheit abgesprochen werden, wenn die Abweichung der vertraglich vereinbarten Kaufpreisaufteilung von der gutachterlichen Wertermittlung weniger als 10 % beträgt. (Leitsatz der Schriftleitung)

## Hinweise für die Praxis

# Gestaltungen zur Betreuerschenkung

Von Notar Michael **Volmer**, Aschaffenburg

Wem bei Lektüre des Urteils des OLG München vom 05.04.2022<sup>1</sup> – ein testamentarisches Vermächtnis wird durch eine lebzeitige Übertragung unterlaufen – angesichts der fragwürdigen Umstände Zweifel kommen, der muss bei Lektüre des neuen § 1854 Nr. 8 BGB<sup>2</sup> erst recht skeptisch werden. Das vormalig für den Betreuer bestehende umfassende Schenkungsverbot wurde aufgehoben. Stattdessen sind Schenkungen mit Zustimmung des Betreuungsgerichts nunmehr zulässig,<sup>3</sup> im Rahmen der grundsätzlich bestehenden Wunschbefolgungspflicht sogar verpflichtend.<sup>4</sup> Neben den vielfältigen Vertretungsverboten gemäß §§ 181, 1824 BGB, die Betreuer aus dem Kreis der Angehörigen erfassen, besteht die einzig objektive Grenze in der erheblichen Vermögensgefährdung des § 1821 Abs. 3 Nr. 2 BGB.<sup>5</sup> Diese Norm ist noch in der Diskussion, Rechtsprechung so kurz nach ihrem Erlass erwartungsgemäß noch nicht ergangen. Meines Erachtens spricht eine systematische Gleichbehandlung dafür, die erhebliche Vermögensgefährdung auszulegen wie die Sicherstellung des eigenen angemessenen Unterhalts in §§ 519, 528 BGB.<sup>6</sup> Dann nämlich kann der Betreuer genau so schenken, wie es der Betreute selbst könnte. Bei Sicherstellung des eigenen Unterhalts sind damit Übergaben, die typischerweise als „vorweggenommene Erbfolge“ und nicht lediglich als anerkennende Geburtstags-, Zeugnis- oder Heiratsgeschenke bezeichnet werden, durch den Betreuer uneingeschränkt möglich. Das wird von den bisherigen Stellungnahmen in der Literatur auch genau so gesehen.<sup>7</sup>

Sodann hängt es nur noch vom feststellbaren Wunsch oder dem mutmaßlichen Willen des Betreuten ab, ob die Schenkung getätigt wird bzw. werden muss oder nicht. Trotzdem wird die Neufassung des § 1854 Nr. 8 BGB auch von denje-

nigen Autoren als Fortschritt gewürdigt, die im selben Zug Manipulationsgefahren ausdrücklich beschreiben.<sup>8</sup> Angesichts des grundsätzlichen Lobes wird der Gesetzgeber ohne manifeste Missbrauchsfälle keine Neuorientierung vornehmen. Damit bleibt die Vertragsgestaltung gefordert, die Risiken des neuen Rechts im Hinterkopf zu haben. Die Diskussion sei mit drei Überlegungen eröffnet:

a) Zunächst könnten die Patientenverfügungen, die sich bisher auf den persönlichen Bereich von Heimaufenthalt und medizinischer Behandlung im Alter oder am Lebensende beschränken, um Regelungen zur Vermögensverwaltung ergänzt werden, sei es als Erweiterung einer selbstständig beurkundeten Patientenverfügung, als separate Verwaltungsanordnung oder als Regelung zum Innenverhältnis in der Vorsorgevollmacht selbst.

So etwas kommt bisher allerdings fast nicht vor. Zur Auslegung von Vermögensverwaltungsanordnungen gegenüber dem Betreuer hat sich der BGH lediglich einmal geäußert,<sup>9</sup> und diese Entscheidung hat der Novellengesetzgeber zur Grundlage seiner Überlegungen zu § 1821 BGB gemacht.<sup>10</sup> Dem steht eine Fülle von obergerichtlicher Rechtsprechung bis hin zum BVerfG<sup>11</sup> zu Anordnungen im persönlichen Bereich gegenüber. In den fachliterarischen Äußerungen des Notariats ebenso wie in den populär ausgerichteten Erläuterungswerken<sup>12</sup> zur Betreuung wird dieses Thema bestenfalls am Rande behandelt. Es ist auch fraglich, ob langfristig eine Verbesserung angestoßen werden kann. Bei Personen im Rentenalter mit abgeschlossener Vermögensbildung, die sich zu einem Gesamtpaket über Testament und Vorsorgevollmacht beraten lassen, scheint eine flankierende Ergänzung in einer Patientenverfügung/Verwaltungsanordnung durchaus möglich. Der Sache nach geht es um Verwaltungsanordnungen für einen Testamentsvollstrecker, nur eben zu Lebzeiten. Bei jüngeren Personen zu Beginn ihres Berufslebens, die eine Vorsorgevollmacht mit Patientenverfügung eher vor dem Hintergrund alltäglicher Le-

1 MittBayNot 2022, 463 m. Anm. Volmer = ZEV 2022, 462 m. Anm. Keim.

2 Nach dem Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 04.05.2021, BGBl. I, S. 882; zur Begründung siehe BT-Drucks. 19/24445.

3 Dazu Reinfarth, BtPrax 2024, 117; Grziwotz, ErbR 2023, 178; Volmer, FamRZ 2025, 82.

4 BeckOGK-BGB/Schöpfung, Stand: 01.04.2025, § 1854 Rdnr. 56; Grüneberg/Götz, 84. Aufl. 2025, § 1854 Rdnr. 9.

5 Im Anschluss an BGH, Urteil vom 22.07.2009, XII ZR 77/06, NJW 2009, 2814 nun BT-Drucks. 19/24445, S. 126; BeckOGK-BGB/Schöpfung, § 1854 Rdnr. 64.

6 Volmer, FamRZ 2025, 82, 86.

7 Grziwotz, ErbR 2023, 178, 179; MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 9. Aufl. 2024, § 1854 Rdnr. 44.

8 Reinfarth, BtPrax 2024, 117.

9 BGH, Urteil vom 22.07.2009, XII ZR 77/06, NJW 2009, 2814.

10 BT-Drucks. 19/24445, S. 126.

11 Exemplarisch Müller-Engels in Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil III. 3.

12 Etwa die Handreichung des Bayerischen Staatsministeriums der Justiz, Vorsorge für Unfall, Krankheit, Alter, 21. Aufl. 2023, abrufbar unter (Abruf vom 17.12.2024): [https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/broschueren/vorsorge\\_f%C3%BCr\\_unfall\\_krankheit\\_und\\_alter\\_21.\\_auflage\\_stand\\_januar\\_2023\\_br.pdf](https://www.justiz.bayern.de/media/pdf/broschueren/vorsorge_f%C3%BCr_unfall_krankheit_und_alter_21._auflage_stand_januar_2023_br.pdf).

bensrisiken und nicht vor altersbedingtem Kräfteverlust errichten, dürften solche Weisungen allein schon wegen der noch offenen Vermögensbildung zu abstrakt sein.

b) Sodann bliebe die Überlegung, zumindest im Zusammenhang mit der Beurkundung von Testamenten, bei denen familienfremde Dritte umfassend bedacht werden, eine entsprechende Patientenverfügung/Verwaltungsanordnung vorzusehen, um auf diesem Weg eine Vermögensweggabe ausdrücklich zu untersagen. Eine ausdrückliche Untersagung kann nicht durch Berufung auf einen mutmaßlichen Willen beiseitegeschoben werden.<sup>13</sup>

---

<sup>13</sup> MünchKomm-BGB/Schneider, 9. Aufl. 2022, § 1821 Rdnr. 28; Volmer, FamRZ 2025, 82, 89.

c) Drittens könnte die vermögensbezogene Patientenverfügung als bedingtes Verschaffungsvermächtnis in das Testament „integriert“ werden, nämlich bedingt für den Fall, dass die Weggabe zu Lebzeiten nicht durch den Vollmachtgeber/Erblasser höchstpersönlich erfolgt. Als Formulierungsmöglichkeit stelle ich in den Raum:

Vorstehendes Vermächtnis entfällt dann, wenn ich, Erblasser, den Vermögensgegenstand durch höchstpersönlichen Akt zu meinen Lebzeiten weggegeben habe. In anderen Fällen der Weggabe muss der Vermögensgegenstand zur Erfüllung des Vermächtnisses wieder beschafft werden; insoweit ist vorstehendes Vermächtnis als Verschaffungsvermächtnis ausgesetzt.



## Tagungsbericht

# „Eat your brick – Umwandlung von Immobilienvermögen in liquide Mittel (Darlehen, Teilverkauf und andere Gestaltungen)“

## Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 19.03.2025

Von Ass. jur. **Johannes Hösle**, LL.M. (Cambridge)<sup>1</sup>

Am 19.03.2025 fand im Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität München die erste Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht im Jahr 2025 statt, die erneut auch live einem Online-Publikum zugänglich gemacht wurde.<sup>2</sup> Unter dem Titel „Eat your brick – Umwandlung von Immobilienvermögen in liquide Mittel (Darlehen, Teilverkauf und andere Gestaltungen)“ begrüßte der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Prof. Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, die zahlreich erschienenen Teilnehmer und führte in das Thema ein. Sodann stellte er die Referenten vor: *Thomas Weiss*, Geschäftsführer der vobahome GmbH, *Notar Christian Hertel*, LL.M. (GWU), Weilheim i. OB, sowie Prof. Dr. *Beate Gsell*, Ludwig-Maximilians-Universität München.

*Weiss* eröffnete mit einer Skizze des Gestaltungsbedarfs: Viele Ruheständler verfügten zwar über eine Immobilie als erheblichen Vermögenswert, gleichzeitig aber nur über knappe liquide Mittel für ihre laufenden Ausgaben. Ihnen stünden verschiedene Modelle offen, um Liquidität zu schaffen und dabei die Immobilie als Wohnung zu erhalten. Zunächst komme ein sogenannter *Seniorenkredit* in Betracht, den der Interessent unmittelbar mit einer Bank abschließe. Dieser sei nicht auf eine lebzeitige Rückzahlung ausgelegt, sondern so gestaltet, dass die monatliche Belastung möglichst gering gehalten wird. Die Rückzahlung erfolge im Rahmen eines Verkaufs der Immobilie durch den Darlehensnehmer oder nach dessen Todesfall. Der Seniorenkredit unterliege allerdings verschiedenen Regulierungen, die ihren primären Anwendungsfall beim finanzierten Erwerb einer Immobilie hätten, und setze insbesondere eine Kreditwürdigkeitsprüfung voraus. In deren Rahmen müssten Banken sicherstellen, dass der Darlehensnehmer voraussichtlich in der Lage sein werde, seine Verpflichtun-

gen aus dem Darlehensvertrag zu erfüllen. Hieran fehle es häufig, wenn man die Prüfung nicht nur auf die laufenden Zins- und Tilgungszahlungen, sondern auf die gesamte Rückzahlung beziehe. Denn nach verbraucherschützenden Vorschriften sei es den Banken untersagt, bei der Kreditwürdigkeitsprüfung primär die Werthaltigkeit der Wohnimmobilie zu berücksichtigen – was aber gerade der Idee des Seniorenkredits entspreche. Viele Banken hielten sich in diesem Bereich daher mit der Kreditvergabe zurück. *Gsell* knüpfte hieran an und schilderte den Seniorenkredit als Produkt, das den typischen Verbraucherinteressen gut gerecht werde. Der praktische Hauptnachteil liege in der schweren Zugänglichkeit, die mit der Kreditwürdigkeitsprüfung zusammenhänge. Zwar seien von den relevanten Vorschriften (§ 505b Abs. 2 Satz 2 BGB, § 18a Abs. 4 Satz 2 KWG und zugrunde liegend Art. 18 Abs. 3 WohnImmoKr-RL 2014/17/EU) reine Verzehr kredite ausgenommen – also solche, bei denen lebzeitig auch keine Zinsleistungen zu erbringen sind (§ 491 Abs. 2 Nr. 6, Abs. 3 Satz 4 BGB, Art. 3 Abs. 2 lit. a WohnImmoKr-RL 2014/17/EU). Für diese gebe es aber praktisch kein Angebot, weil sie für Banken kaum kalkulierbar seien. In der Praxis seien regelmäßig zumindest Zinsen und ggf. kleinere Tilgungen zu zahlen. Die laufenden Leistungen seien für viele Interessenten zwar tragbar und die Kreditwürdigkeitsprüfung müsste sich in derartigen Fällen richtigerweise auf die Frage beschränken, ob der Darlehensnehmer diese voraussichtlich erbringen können wird. In diesem Sinne lasse sich auch § 4 Abs. 3 Satz 3 ImmoKWPLV verstehen. Die Beschränkung finde sich aber weder im BGB noch im KWG oder der zugrunde liegenden Richtlinie, weshalb – wie von *Weiss* geschildert – eine verbreitete Zurückhaltung bei der Kreditvergabe bestehe. *Gsell* plädierte daher für eine gesetzliche Klarstellung des eingeschränkten Prüfungsmaßstabs in Sachverhalten, in denen die vertraglichen Pflichten so gestaltet sind, dass die wesentlichen (Rückzahlungs-)Verpflichtungen erst nach dem Tod des Darlehensnehmers fällig werden und ihm daher kein Wohnungsverlust droht. Bis dahin sei eine teleologische Reduktion geboten.<sup>3</sup> *Hertel* fasste die wesentlichen

<sup>1</sup> Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht, Privatrechtstheorie (Prof. Dr. *Hans Christoph Grigoleit*) an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

<sup>2</sup> Die Tagung wurde aufgezeichnet und ist auf der Homepage der Forschungsstelle abrufbar (<https://www.jura.lmu.de/de/forschung/forschungsstellen/forschungsstelle-fuer-notarrecht/>, dort unter „Vergangene Veranstaltungen“).

<sup>3</sup> Näher zum Ganzen *Artz/Gsell*, NJW 2024, 785.



Inhalte der Referate zusammen, wies darauf hin, dass der Verbraucherschutz hier letztlich weniger die Verbraucher als vielmehr deren Erben schütze, und leitete in die anschließende Diskussion über.

Weiss führte sodann in die sogenannten *Verrentungsmodelle* ein, bei denen die Immobilie an einen Anbieter verkauft und der bisherige Eigentümer zum Mieter werde, der lediglich die Verbrauchsnebenkosten trage. Der Kaufpreis liege typischerweise bei etwa 30-35 % des Verkehrswerts. Der Vorteil liege für die Interessenten in der sofortigen Liquiditätszufuhr bei geringen laufenden Kosten. Der wesentlichen Nachteil bestehe darin, dass mit dem Verkauf der Immobilie endgültig die Entscheidungshoheit über sie aus der Hand gegeben werde. Für die Anbieter seien solche Modelle wiederum schwer kalkulierbar, weshalb sie sich zunehmend aus dem Geschäftsfeld zurückzögen. Hertel schilderte seine notarielle Perspektive auf die einschlägigen Geschäfte<sup>4</sup> und wandte sich zunächst dem Verkauf unter Vorbehalt eines Wohnungsrechts zu. Die Gegenleistung des Käufers könne in einer Einmalzahlung oder einer (wertgesicherten) Leibrente bestehen. Die wirtschaftliche Schwierigkeit liege – angesichts der ungewissen Lebenserwartung des Verkäufers – in der angemessenen Bewertung des Wohnungsrechts und gegebenenfalls der Leibrente. Der Notar müsse bei der Vertragsgestaltung einiges beachten: Die Leibrente könne vor allem mittels einer im Rang nach dem Wohnungsrecht eingetragenen Reallast abgesichert werden. Der Verkäufer solle in jedem Fall durch ein erstrangiges Wohnungsrecht abgesichert werden, das insbesondere auch einer möglichen Finanzierungsgrundschuld des Käufers im Rang vorgeht. Gerade bei einem Erwerb durch eine Privatperson sei als Alternative ein Kauf mit Rückvermietung denkbar. Der Vorteil dieser Gestaltung bestehe darin, dass zwei mittels Marktwertes zu bepreisende Leistungen ausgetauscht würden (Eigentum gegen Kaufpreis und Wohnnutzung gegen Miete). Ein Nachteil für den Verkäufer sei aber, dass er nicht sicher wissen könne, ob ihm der Kaufpreis ausreiche, um die Mietzahlungen bis an sein Lebensende bestreiten zu können. Jedenfalls müsse in dieser Gestaltung der Mietvertrag mitbeurkundet werden, außerdem müsse zur Vorsorge für den Fall der Insolvenz des Käufers oder der Zwangsvollstreckung in das Grundstück auch hier eine Absicherung durch ein an erster Rangstelle eingetragenes Wohnungsrecht erfolgen. Dessen Ausübung sollte unter die Bedingung der ordnungsgemäßen Zahlung der Miete und der Nebenkosten gestellt werden. Es folgte eine Diskussion zu den Verrentungsmodellen.

Schließlich wandte sich Weiss dem sogenannten *Immobilienteilverkauf* zu. Dieser erfreue sich seit einiger Zeit zunehmender Beliebtheit, weil er die Lücke zwischen einer Darlehenslösung und dem Gesamtverkauf der Immobilie schließe. Konstruktiv werde ein Miteigentumsanteil von bis zu ½ verkauft und übertragen. Der bisherige Eigentümer bleibe „Haupteigentümer“, trage weiterhin die laufenden Kosten und Lasten und erhalte von dem Teilkäufer gegen ein Nutzungsentgelt einen Nießbrauch an dem verkauften Anteil

eingerräumt. Ein Vorteil bestehe darin, dass keine Kreditwürdigkeitsprüfung erforderlich sei, sondern nur eine einfachere Bonitätsprüfung. Außerdem bleibe der Haupteigentümer flexibel, weil Gesamtverkauf, Rückkauf oder eine Vermietung jederzeit möglich seien. Allerdings liege wegen hoher Transaktionskosten dieser Lösung das Nutzungsentgelt in der Regel deutlich höher als ein vergleichbarer Darlehenszins. Hieran knüpfte sogleich Gsell an und erläuterte, dass die unverhältnismäßig hohen Transaktionskosten vor allem dadurch entstünden, dass der „erste Verkauf“, also der Teilverkauf, ohne wirtschaftliche Notwendigkeit zwischengeschoben würde. Die Zwecksetzung entspreche einem Darlehen, weil die Gestaltung darauf hinauslaufe, dass der Teilkäufer dem Teilverkäufer gegen Zahlung eines Entgelts einen Kapitalbetrag (den Teilkaufpreis) zur Verfügung stelle. Diesen stelle er darlehens typisch nur zeitweise zur Verfügung, weil er sich für den Fall des Gesamtverkaufs in der Regel einen Mindestrückfluss in Höhe von 117-122 % des Teilkaufpreises zusichern lasse. Es handle sich daher zumindest um ein Umgehungsgeschäft (§ 512 Satz 2 BGB), sodass entgegen der Meinung einiger Anbieter eine Kreditwürdigkeitsprüfung erforderlich sei.<sup>5</sup> Diese müsse sich, wie im Darlehenskontext erörtert, auf die leibzeitig vom Verbraucher zu erbringenden Leistungen beschränken. Hertel skizzierte die gestalterischen Elemente aus notarieller Perspektive:<sup>6</sup> Verkauf eines Miteigentumsanteils, Finanzierungsvollmacht, Nießbrauch, Miteigentümergeinschaft und Verkaufsverpflichtung. Auch er betonte die Nachteile gegenüber einer klassischen Darlehenslösung, wies aber darauf hin, dass das Modell zumindest für Personen attraktiv sein könne, die kein Darlehen erhalten. Der Notar müsse insbesondere sicherstellen, dass eine finanzierende Bank nur dann aus einer vorrangigen Grundschuld vollstrecken darf, wenn der Teilverkäufer mit der Zahlung des Nutzungsentgelts in Verzug ist. Als Absicherung des Verkäufers gegen eine Teilungsversteigerung im Falle der Insolvenz des Käufers genüge entgegen einigen Stimmen im Diskurs wegen § 1066 Abs. 2 BGB wohl ein auf den verkauften Miteigentumsanteil beschränkter Nießbrauch. Jedenfalls seien aus notarieller Sicht verschiedene Hinweise an die Beteiligten sinnvoll, und zwar insbesondere darauf, dass verschiedene verbraucherschützende Anforderungen nicht eingehalten wären, sollte der Vertrag – wie von Gsell – als Immobilie-Verbraucherdarlehensvertrag eingeordnet werden.

Grigoleit moderierte die abschließende Diskussion. Daraufhin bot ein Empfang Vortragenden und Publikum die Gelegenheit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

4 Näher Hertel, DNotZ 2020, 406.

5 Näher Artz/Gsell, NJW 2024, 785; Gsell/Artz, BKR 2025, 193.

6 Näher auch Forschner, ZNotP 2022, 261; Hegerfeld, RNotZ 2023, 249.

## Veranstaltungen des DAI

1. **Intensivkurs Grundstücksrecht**  
(Berkefeld, Forschner)  
10.07. – 11.07.2025, Lübeck und Live-Stream  
(12 Zeitstd.)  
Nr. 03245960
2. **Aktuelles notarielles Kostenrecht**  
(Diehn)  
29.08.2025, Osnabrück (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246911
3. **Erbrecht in der notariellen Praxis**  
(Schönenberg-Wessel)  
08.09.2025, Hamburg (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246826
4. **Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats**  
(Tondorf)  
08.09. – 12.09.2025, Berlin und Live-Stream  
(30 Zeitstd.)  
Nr. 03246611
5. **Aktuelles Wohnungseigentumsrecht in der notariellen Praxis**  
(Lehmann-Richter, Wobst)  
12.09.2025, Bochum und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246333  
13.09.2025, Köln (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246831
6. **Online-Vortrag LIVE: Aktuelles GmbH- und Personengesellschaftsrecht in der notariellen Praxis**  
(Bernau, Born)  
18.09.2025, Live-Stream (2,5 Zeitstd.)  
Nr. 03246337
7. **23. Jahresarbeitstagung des Notariats**  
(Leitung: Winnen)  
18.09. – 20.09.2025, Berlin und Live-Stream  
(18 Zeitstd.)  
Nr. 034850
8. **Aktuelle Brennpunkte in der notariellen Praxis**  
(Berkefeld, Bühler)  
26.09.2025, Marburg (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246834

### Informationen und Anmeldungen:

Deutsches Anwaltsinstitut e. V.  
Gerard-Mortier-Platz 3, 44793 Bochum  
Tel.: 0234 970640  
E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de  
Web: www.anwaltsinstitut.de



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES

## Neuerscheinungen

1. Alber: Gemeinnützigkeit im Ertragssteuerrecht. Kommentar zu § 5 Abs. 1 Nr. 9 KStG und zu Umstrukturierungen bei steuerbegünstigten Körperschaften. 2. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2025. 404 S., 99,99 €
2. Bernert: Erbrecht 2024: Aktuelle Herausforderungen für die notarielle Gestaltungspraxis. Deutscher Notarverlag, 2025. 200 S., 48,50 €
3. Dehe/Zintl: Mitarbeiterführung für Notare. 2. Aufl., Carl Heymanns, 2025. 462 S., 109,00 €
4. Diedrich: Die Haftung im Konzern bei Vorliegen interner und externer Patronatserklärungen. Nomos, 2025. 371 S., 124,00 €
5. Elzer: WEG-Recht. Grundsatzurteile, Kommentierung, Praxistipps. 5. Aufl., Haufe, 2025. 364 S., 69,99 €
6. Ettinger/Jaques: Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand. 4. Aufl., Beck, 2025. 861 S., 169,00 €
7. Gesellschaftsrechtliche Vereinigung: Gesellschaftsrecht in der Diskussion 2024. Otto Schmidt, 2025. 275 S., 74,80 €
8. Haase/Dorn: Vermögensverwaltende Personengesellschaften. 6. Aufl., Beck, 2025. 394 S., 159,00 €
9. Hepting/Dutta: Familie und Personenstand. Ein Handbuch zum deutschen und internationalen Privatrecht. 5. Aufl., Verlag für Standesamtswesen, 2025. 778 S., 92,80 €
10. Herrler: Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis. 3. Aufl., Beck, 2025. 3016 S., 298,00 €
11. Jung: Grunderwerbsteuer in Erbfällen und bei Erbauseinandersetzungen mit Anteilen an Grundstücksgesellschaften. Beck, 2025. 174 S., 99,00 €
12. Kaligin: Die Betriebsaufspaltung. 13. Aufl., Erich Schmidt, 2025. 389 S., 79,00 €
13. Kalss/Sanders/Scheiff/Arnold/Flume/Kaulbach/von Scheliha: Rechtsprechung in Wissenschaft, Praxis und Lehre. Festschrift für Barbara Dauner-Lieb. Nomos, 2025. 1541 S., 299,00 €
14. Kleiber: Marktwertermittlung nach ImmoWertV. 10. Aufl., Reguvis, 2025. 159,00 €
15. Klein/Müller/Arens/Bietmann: Praxishandbuch der GmbH. 5. Aufl., NWB, 2025. 1152 S., 149,00 €
16. Münch: Die Unternehmerehe. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2025. 500 S., 69,00 €
17. Musielak/Voit: Zivilprozessordnung. 22. Aufl., Vahlen, 2025. 3213 S., 185,00 €
18. Rosenstiel/Regnet/Domsch: Führung von Mitarbeitern und Mitarbeiterinnen. 9. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2025. 960 S., 89,99 €
19. Sauter/Schweyer/Waldner: Der eingetragene Verein. 22. Aufl., Beck, 2025. 433 S., 43,00 €
20. Schmid: Steuerfallen im Erbrecht. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2025. 350 S., 59,00 €
21. Socha: Vormundschaft und Pflegschaft in der Rechtspraxis. 2. Aufl., Giesecking, 2025. 253 S., 59,00 €
22. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 3: §§ 889-902 BGB (Publizität des Grundbuchs, Grundbuchberichtigung, Widerspruch, Ersitzung). Neubearbeitung 2025, De Gruyter. 488 S., 189,95 €
23. Thomas/Putzo: Zivilprozessordnung. 46. Aufl., Beck, 2025. 3207 S., 75,00 €





AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES





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](mailto: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](http://notarkammer.universalmedien.de)

