

MittBayNot

Begründet 1864

1 | 2023

Januar | Februar 2023

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Schriftleitung:

Thomas Dziwis,
Notarassessor
Stephanie Reber,
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 Starnberg

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Dr. Felix Wobst,
Notar in Gerolzhofen

AUFSÄTZE

Bühler/Meier: Gesellschaftsrechtliche Ankaufsrechte
in der Kautelarpraxis – Teil 1: Grundlagenfragen zu Vinkulierungen
und Ankaufsrechten 2

Everts: Vertretungsausschlüsse und Genehmigungserfordernisse nach der Familienrechtsreform
– eine Fallschule – Teil 2 9

Wälzholz: Praxisupdate Grunderwerbsteuer 23

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

Neuhöfer zu OLG München: Keine Abgabefiktion nach
§ 894 Satz 1 ZPO bei vorläufig vollstreckbarem Urteil 45

Munzig zu OLG Frankfurt a. M.: Vertretungsnachweis für
Berechtigten zur Eintragung der Vormerkung im Grundbuch
entbehrlich 49

Lotte zu OLG Celle: Unwirksame Anerkennung der Vaterschaft
nach Aussetzung des Beurkundungsverfahrens 58

Bandel zu OLG München: Hemmung der Abschmelzungsfrist
bei am gesamten Gebäude vorbehaltenem Wohnungsrecht 65

Behrens zu BFH: Zurechnung von Grundstücken einer
Untergesellschaft 86

Impressum **MittBayNot**

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

Herausgeber:

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

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Notarassessor Thomas Dziwis
Notarassessorin Stephanie Reber

*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** 1 | 2023

EDITORIAL		1	
Wechsel im Herausgeberbeirat		1	
AUFSÄTZE		2	
Bühler/Meier: Gesellschaftsrechtliche Ankaufsrechte in der Kautelarpraxis – Teil 1: Grundlagenfragen zu Vinkulierungen und Ankaufsrechten		2	
Everts: Vertretungsausschlüsse und Genehmigungserfordernisse nach der Familienrechtsreform – eine Fallschule – Teil 2		9	
Wälzholz: Praxiupdate: Grunderwerbsteuer		23	
BUCHBESPRECHUNGEN		35	
Schulz: NotarFormulare Bauträgerrecht (Esbjörnsson)		35	
Sinewe: Unternehmenskauf in der Steuerpraxis (Wernthaler)		36	
RECHTSPRECHUNG		37	
Bürgerliches Recht			
ALLGEMEINES			
1. Sittenwidrige Schenkung bei Willensschwäche (BGH, Urteil vom 26.04.2022, X ZR 3/20)		37	
2. (Un-)Verjährbarkeit des Zustimmungsanspruchs aus § 888 Abs. 1 BGB (BGH, Urteil vom 14.01.2022, V ZR 245/20 – Ls.)		40	
3. Bankentgelte: Aufwandspauschalen für die Sieglung von Urkunden (OLG Schleswig, Urteil vom 07.07.2022, 2 U 43/21 – Ls.)		40	
4. Sittenwidrigkeit eines Grundstückkaufvertrags (OLG Bamberg, Beschluss vom 22.06.2021, 1 U 494/20)		40	
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT			
5. Keine Abgabefiktion nach § 894 Satz 1 ZPO bei vorläufig vollstreckbarem Urteil (OLG München, Beschluss vom 24.01.2022, 34 Wx 437/21)		43	
mit Anmerkung Neuhöfer		45	
6. Vertretungsnachweis für Berechtigten zur Eintragung der Vormerkung im Grundbuch entbehrlich (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.11.2021, 20 W 223/21)		47	
mit Anmerkung Munzig		49	
7. Grundsätzlich keine Prüfungskompetenz des Grundbuchamts hinsichtlich des der Auflassung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Grundgeschäfts (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 25.10.2021, 20 W 191/21)		52	
FAMILIENRECHT			
8. Reichweite einer zwischen Ehegatten in einem Vergleich vereinbarten allgemeinen Abgeltungsklausel (BGH, Beschluss vom 10.08.2022, XII ZB 83/20 – Ls.)		54	
9. Unwirksame Anerkennung der Vaterschaft nach Aussetzung des Beurkundungsverfahrens (OLG Celle, Beschluss vom 16.02.2022, 21 W 5/21)		54	
mit Anmerkung Lotte		58	
ERBRECHT			
10. Kein Anfechtungsrecht bzgl. des bei Erbfall zwischenzeitlich verheirateten, früheren Lebenspartners nach Scheitern dessen Beziehung mit dem Erblasser aufgrund Demenzerkrankung (OLG Oldenburg, Beschluss vom 26.09.2022, 3 W 55/22)		59	
11. Hemmung der Abschmelzungsfrist bei am gesamten Gebäude vorbehaltenem Wohnungsrecht (OLG München, Urteil vom 08.07.2022, 33 U 5525/21)		62	
mit Anmerkung Bandel		65	
12. Kein Interessengegensatz bei Stellung als Miterbe, gesetzlicher Vertreter und Testamentsvollstrecker in Personalunion (OLG München, Beschluss vom 03.06.2022, 2 WF 232/22 e)		67	
13. Auslegung einer Bezugsberechtigung in einer Lebensversicherung (OLG Stuttgart, Urteil vom 27.01.2022, 7 U 172/21)		72	



Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 1 | 2023

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Dynamische Verweisung in § 6 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 Nr. 3 lit. e GmbHG auf Tatbestände des Sportwettbetrugs (BGH, Beschluss vom 28.06.2022, II ZB 8/22 – Ls.) 74

15. Persönliche Haftung des Vertreters einer UG ohne Verwendung des Zusatzes „haftungsbeschränkt“ (BGH, Urteil vom 13.01.2022, III ZR 210/20 – Ls.) 74

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. Unzulässigkeit der Teilungsversteigerung nach Vereinigung der Miteigentumsanteile bei einem Eigentümer (BGH, Beschluss vom 23.06.2022, V ZB 32/21 – Ls.) 74

17. Anspruch auf Freigabe von Grundsicherheiten bei Übersicherung (BGH, Urteil vom 02.06.2022, V ZR 132/21) 75

Beurkundungs- und Notarrecht

18. Unzulässige Berufsbezeichnung als „Notar und Mediator“ (BGH, Beschluss vom 11.07.2022, NotZ(Brfg) 6/21) 78

19. Notarielle Belehrungspflichten bei Veräußerung eines Grundstücks ohne eigenen Zugang zu öffentlicher Straße (OLG Hamm, Urteil vom 11.08.2021, 11 U 114/20 – Ls.) 81

Öffentliches Recht

20. Erschließungssicherung bei Bauvorhaben (OVG Saarlouis, Beschluss vom 10.08.2022, 2 A 209/21 – Ls.) 81

21. Fristbeginn zur Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts nach § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB (VGH Mannheim, Urteil vom 30.09.2021, 3 S 2595/20 – Ls.) 81

Steuerrecht

22. Wertfeststellung einer Stiftung & Co. KG für Erbschaftsteuerzwecke (BFH, Urteil vom 27.04.2022, II R 9/20) 82

23. Beendigung der Selbstnutzung eines Familienheims (BFH, Urteil vom 01.12.2021, II R 18/20 – Ls.) 83

24. Zurechnung von Grundstücken einer Unter-gesellschaft (BFH, Urteil vom 01.12.2021, II R 44/18) mit Anmerkung **Behrens** 83 86

25. Keine Rückgängigmachung des Erwerbsvorgangs nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG bei bloßer Umwandlung des gezahlten Kaufpreises in ein Darlehen (FG München, Urteil vom 12.05.2021, 4 K 124/20 – Ls.) 90

SONSTIGES 91

Hinweise für die Praxis 91

Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrand-versicherungswertes

Veranstaltungshinweise 96

Neuerscheinungen 100

STANDESNACHRICHTEN 101

Wechsel im Herausgeberbeirat

Sehr geehrte Leserin,

sehr geehrter Leser,

zum 01.01.2023 sind die Notare a. D. Dr. *Hermann Amann*, Berchtesgaden, Prof. Dr. *Dieter Mayer*, München, sowie Notar Dr. *Johann Frank*, Amberg, aus dem Kreis des Herausgeberbeirats der MittBayNot ausgeschieden, dem sie seit seiner Einführung im Jahre 1994 angehört hatten. Allesamt haben sich in dieser Zeit große Verdienste für die Qualität und Geschlossenheit der von ihnen betreuten Rechtsgebiete erworben, das Bild der MittBayNot wesentlich mitgeprägt sowie sich um deren angesehenen Ruf in Wissenschaft und Praxis verdient gemacht. Die Landesnotarkammer Bayern, die Mitglieder des Herausgeberbeirats und die Schriftleitung möchten den ausscheidenden Mitgliedern für ihre langjährige, engagierte und ertragreiche Arbeit im Herausgeberbeirat ihren besonderen Dank aussprechen und hoffen, dass sie der MittBayNot auch weiterhin verbunden bleiben.

Gleichzeitig möchten wir unseren Lesern die neuen Mitglieder im Herausgeberbeirat vorstellen. Seit dem 01.01.2023 gehören Herr Notar Priv.-Doz. Dr. *Patrick Meier*, Bischofsheim i. d. Rhön, Frau Notarin *Angelika Sträuber*, Regen, Herr Notar *Michael Volmer*, Starnberg, und Herr Notar Dr. *Felix Wobst*, Gerolzhofen, dem Kreis des Herausgeberbeirats an und können dort ihr vielseitiges juristisches Wissen aktiv für die Belange der MittBayNot einsetzen. Wir freuen uns auf eine langjährige erfolgreiche Zusammenarbeit.

Die Schriftleitung



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Gesellschaftsrechtliche Ankaufsrechte in der Kautelarpraxis – Teil 1: Grundlagenfragen zu Vinkulierungen und Ankaufsrechten

Von Notarassessor Dr. **Jonas Bühler**, Memmingen/Würzburg, und Notar Priv.-Doz. Dr. **Patrick Meier**, Bischofsheim/Würzburg

In GmbH-Satzungen und Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften finden sich oftmals (preislimitierte) Ankaufsrechte zugunsten der übrigen Gesellschafter. Obgleich Ankaufsrechte in der Kautelarpraxis sehr häufig sind, wurden ihre genaue Wirkungsweise und folglich auch die neuralgischen Aspekte, die es in der Vertragsgestaltung abzudecken gilt, bislang kaum genauer beleuchtet.¹

Im ersten Teil des Beitrags werden neben den Grundlagen zu gesellschaftsrechtlichen Ankaufsrechten (dazu I.) auch schwerpunktmäßig die Probleme von Vinkulierungen im engeren Sinne (dazu II.) dargestellt. Im zweiten Teil des Beitrags sollen die Vor- und Nachteile von (preislimitierten) Ankaufsrechten aufgezeigt (dazu III.) und hierauf basierend ein ausführlicher Formulierungsvorschlag angeboten (dazu IV.) werden. Im Anschluss wird der problematische Aspekt der zulässigen Beschränkung des Ankaufspreises samt entsprechender kautelarjuristischer Überlegungen kurz beleuchtet (dazu V.).

Die Untersuchung bezieht sich primär auf Ankaufsrechte in der Satzung einer GmbH. Für Personengesellschaften gelten die meisten Überlegungen entsprechend, wobei jedoch auf wichtige Unterschiede jeweils kurz hingewiesen wird.

I. Grundlagen zu gesellschaftsrechtlichen Ankaufsrechten

Ankaufsrechte finden sich in Vertragsmustern und entsprechend in den Satzungen von Gesellschaften mit beschränk-

ter Haftung regelmäßig.² Eine beispielhafte kurze Formulierung für ein (preislimitiertes) Ankaufsrecht samt Zustimmungsvorbehalt in der Satzung einer GmbH lautet auszugsweise:³

„Die Abtretung eines Geschäftsanteils oder eines Teils desselben bedarf zu ihrer Wirksamkeit der schriftlichen Zustimmung aller übrigen Gesellschafter.

Vor Abtretung eines Geschäftsanteils gleich aus welchem Rechtsgrund hat der abtretungswillige Gesellschafter den Geschäftsanteil zunächst den übrigen Gesellschaftern schriftlich zum Erwerb als gemeinschaftlichen Anteil anzubieten. (...)

Als Gegenleistung ist der Wert des Anteils zu zahlen, wie er sich aus der Abfindungsregelung dieser Satzung ergibt (...). Üben die Gesellschafter ihr Ankaufsrecht nicht aus, so haben sie der dann erfolgenden Anteilsveräußerung zuzustimmen, sofern dem nicht wichtige, in der Person des Käufers liegende Gründe entgegenstehen.“

Die Beteiligten verfolgen mit der Vereinbarung von Ankaufsrechten regelmäßig dieselben Ziele wie mit Zustimmungsvorbehalten: Es soll verhindert werden, dass unliebsame Dritte in die Gesellschaft eindringen. Für Ankaufsrechte spricht zudem die Möglichkeit der verbleibenden Gesellschafter, nicht nur die Aufnahme eines anderen zu verhindern, sondern zugleich dem verkaufswilligen Gesellschafter die Stellung innerhalb der Gesellschaft zu nehmen. Bei einem reinen Zustimmungsvorbehalt besteht demgegenüber das Risiko, dass sich der Gesellschafter, der ausscheiden will, bei Scheitern dieses Plans in der Zukunft zum Hindernis für die weitere Entwicklung oder den Betrieb entwickelt.

1 Vgl. jedoch ausführlich *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte im Gesellschaftsrecht. Eine Untersuchung der Wirksamkeit und Anpassungsbedürftigkeit unter besonderer Berücksichtigung von gesellschaftsvertraglichen Abfindungsklauseln, 2021. In diesem Beitrag werden auch einige der dort erarbeiteten Thesen dargestellt und hinsichtlich der Kautelarpraxis vertiefend erläutert.

2 Vgl. etwa die Vorschläge zu den Satzungsklauseln bei Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/*Haasen*, 1. Aufl. 2010, C. I. 2.; Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht/*Hauschild*, 3. Aufl. 2022, § 16 Rdnr. 358; Beck'sches Notar-Handbuch/*Mayer/Weiler*, 7. Aufl. 2019, § 22 Rdnr. 759 (dort § 6); Würzburger Notarhandbuch/*Wilke*, 6. Aufl. 2022, Teil 5 Kap. 3 Rdnr. 1 (dort § 5).

3 Vgl. *Langenfeld/Miras*, GmbH-Vertragspraxis, 8. Aufl. 2019, Kap. 2, § 13 Rdnr. 453 (Muster M 40).

1. Terminologie

Das Ankaufsrecht ist nach hier verwandtem Begriffsverständnis⁴ das Erwerbsvorrecht der Mitgesellschafter, welches mit einer Andienungspflicht einhergeht. Die Andienungsklausel statuiert – wie oben im Formulierungsbeispiel deutlich – die Pflicht jedes Gesellschafters, seine Geschäftsanteile im Falle der Abtretungswilligkeit seinen Mitgesellschaftern anzudienen, also zum Ankauf anzubieten.

2. Zulässigkeit der Stipulierung von Ankaufsrechten

Zwar geht das GmbHG vom Grundsatz der freien Veräußerlichkeit von Geschäftsanteilen aus (§ 15 Abs. 1 Var. 1 GmbH). Jedoch folgt die Zulässigkeit der Aufnahme einer Andienungspflicht und eines entsprechenden Ankaufsrechts in die Satzung aus § 15 Abs. 5 GmbHG. Es handelt sich um eine Form der Vinkulierung von Geschäftsanteilen im weiteren Sinne.⁵ Der Begriff der Vinkulierung bezieht sich nach seinem Ursprung darauf, dass eine Bindung bei der Veräußerung eintritt, die diese ausschließt oder erschwert. Dies ist bei einem reinen Vorkaufs- oder Erwerbsrecht zwar grundsätzlich nicht gegeben, da dieses für sich genommen nur schuldrechtliche Bedeutung hat und daher bei Nichtbeachtung an sich nur Schadensersatzansprüche auslöst. Allerdings wird man anzunehmen haben, dass zwischen den Beteiligten zumindest konkludent eine Abtretungsbeschränkung zur Sicherung der Erwerbsrechte vereinbart ist und somit die Nichteinhaltung des Erwerbsverfahrens in der Regel die Unwirksamkeit der Abtretung zur Folge hat.⁶ Gleichwohl sollte sich der vorsorgende Rechtsgestalter auf dieses, letztlich aus einer Auslegung folgende Ergebnis nicht verlassen, sodass eine ausdrückliche Regelung angezeigt ist. Jedoch wirkt bereits die Schadensersatzpflicht in einer Weise disziplinierend, dass dies den Berechtigten faktisch von der Veräußerung abhalten kann und demnach somit zumindest eine mittelbare Bindungswirkung entfaltet, weshalb jedenfalls von einer „Vinkulierung im weiteren Sinne“ gesprochen werden kann.

Bei Personengesellschaften können Ankaufsrechte ebenfalls im Gesellschaftsvertrag statuiert werden,⁷ was allerdings nur dann Sinn ergibt, wenn die Anteile im Gesellschaftsvertrag übertragbar ausgestaltet sind. Unzulässig sind Ankaufsrechte hingegen in der Satzung einer Aktien-

gesellschaft. Eine solche generelle Regelung ist nicht mehr von der Möglichkeit der Vinkulierung von *Namensaktien* nach § 68 Abs. 2 AktG gedeckt und stellt zudem eine unzulässige Nebenverpflichtung der Aktionäre dar.⁸

3. Wirkungsweise und Dogmatik

Für das Verständnis der Funktionsweise sowie die kautelarjuristische Gestaltung von Ankaufsrechten ist es essenziell, sich ihr Zusammenspiel mit Zustimmungsvorbehalten vor Augen zu führen (dazu a)) und deren dogmatische Konstruktion nachzuvollziehen (dazu b)).

a) Verknüpfung mit einem Zustimmungsvorbehalt

aa) Grundsätzliches zum Zustimmungsvorbehalt

Gemäß § 15 Abs. 5 GmbHG kann „die Abtretung der Geschäftsanteile (...) von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht werden“. Diese „Genehmigung“ meint eine Zustimmung gemäß §§ 182 ff. BGB, welche vor, bei oder nach der Abtretung der Geschäftsanteile erteilt werden kann.⁹ Durch einen solchen Zustimmungsvorbehalt wird – abweichend von der Grundregel des § 137 Satz 1 BGB – die Wirksamkeit des *dinglichen Rechtsgeschäfts* der Abtretung an die Zustimmung der übrigen Gesellschafter geknüpft.¹⁰ Eine Abtretung der Geschäftsanteile, welche ohne diese Zustimmung erfolgte, ist gemäß § 185 Abs. 2, § 184 Abs. 1 BGB zunächst schwebend unwirksam.¹¹

bb) Verknüpfung von Ankaufsrecht und Zustimmungsvorbehalt

Ein Ankaufsrecht in der Satzung einer GmbH ist sinnvollerweise ausdrücklich mit einem Zustimmungsvorbehalt der anderen Gesellschafter (als weitere Form der Vinkulierung) verknüpft. Dieser verhindert, dass die Abtretung der Geschäftsanteile an eine dritte Person ohne die Zustimmung der anderen Gesellschafter wirksam werden kann, wobei ein gutgläubiger Erwerb eines Dritten gemäß § 16 Abs. 3 Satz 1 GmbHG nicht möglich ist.¹² Die Kombination mit einem Zustimmungsvorbehalt stellt damit regelmäßig sicher, dass das Andienungsverfahren eingehalten wird.¹³ Sollte eine solche Regelung fehlen, dürfte sich allerdings zumindest im Wege der Auslegung regelmäßig ergeben, dass dennoch ein Zustimmungsvorbehalt gewollt war und dieser konkludent angeordnet ist (vgl. bereits oben unter I. 2.).

4 Zu der (in der Praxis leider sehr uneinheitlichen) Terminologie umfassend *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 51-59 mit tabellarischer Übersicht.

5 Auch *Bacher/v. Blumenthal*, GmbHR 2007, 1016, 1017; *Wicke*, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 15 Rdnr. 23 bezeichnen dies als „Vinkulierung“.

6 So (nur) i. E. auch die h. M., vgl. OLG Schleswig, Urteil vom 28.05.1998, 5 U 24/97, NZG 1998, 856, 856 f.; *Blasche*, RNotZ 2013, 515, 534; *Noack/Servatius/Haas/Servatius*, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 15 Rdnr. 37; zum Streitstand *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 63 mit Fn. 118.

7 *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201, 209 f.; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*Schulte/Hushahn*, Band 1, 5. Aufl. 2019, § 73 Rdnr. 13 (für die oHG); ausführlich hierzu *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte im Gesellschaftsrecht, S. 429 f.

8 Vgl. BayObLG, Beschluss vom 24.11.1988, BReg. 3 Z 111/88, NJW-RR 1989, 687, 688; *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201, 205; *Mayer*, MittBayNot 2006, 281, 285.

9 Vgl. *Blasche*, RNotZ 2013, 515, 521 f., auch zu weiteren Details bzgl. formellen Aspekten der Genehmigung.

10 *Blasche*, RNotZ 2013, 515, 516 m. N.; hierzu ausführlich *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 106-108.

11 *Altmeyen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 15 Rdnr. 106; *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201, 202.

12 Vgl. *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 106 f.; *ders.*, GmbHR 2021, 290, 291 Rdnr. 4.

13 *Blasche*, RNotZ 2013, 515, 534; *Bühler*, GmbHR 2021, 290, 291 Rdnr. 4 mit Fn. 7; *Habersack/Casper/Löbbe/Löbbe*, GmbHG Großkommentar, 3. Aufl. 2019, § 15 Rdnr. 283; *Scholz/Seibt*, GmbHG, 13. Aufl. 2022, § 15 Rdnr. 118.

(1) Zustimmungspflicht bzw. -fiktion

Die meisten Mustervorschläge sehen eine Zustimmungspflicht oder eine fingierte Zustimmung zur Abtretung vor, wenn das Ankaufsrecht nicht innerhalb der bestimmten Frist ausgeübt oder auf dieses verzichtet wurde.¹⁴ Möglich ist auch die Gestaltung einer (eingeschränkten) Pflicht zur Erteilung der Zustimmung, sofern nicht wichtige, in der Person des Erwerbsinteressenten liegende Gründe entgegenstehen.¹⁵ In diesem Fall wird auf die Fiktionswirkung durch den Ablauf der Ankaufsfrist verzichtet, da die verbleibenden Gesellschafter so die Gelegenheit erhalten, auch ohne den Ankauf des Anteils das Eindringen eines (potenziell gesellschaftsschädlichen) Erwerbers zu verhindern. Insofern kann aber über die Frage, wann solche wichtigen Gründe vorliegen, Streit entstehen, sodass es sich empfiehlt, den Begriff zumindest durch einen Katalog an von den Gesellschaftern anerkannten wichtigen Gründen zu konkretisieren.

(2) Keine Zustimmungspflicht

Ebenso ist es denkbar, *keine* Zustimmungspflicht oder -fiktion zu statuieren, obwohl das Ankaufsrecht nicht ausgeübt wird.¹⁶ Die bloße Nichtausübung des Ankaufsrechts reicht dann grundsätzlich nicht aus, um eine Verpflichtung zur Zustimmung durch die übrigen Gesellschafter anzunehmen, sofern die Satzung nichts anderes statuiert; jedoch kann sich im Einzelfall eine Zustimmungspflicht aufgrund der Treuepflicht ergeben.¹⁷ Auf die Frage einer solchen impliziten Zustimmungspflicht (und den etwaigen Streit darum) sollte es der umsichtige Vertragsgestalter nicht ankommen lassen. Sofern keine Zustimmungspflicht gewollt ist, sollte dies explizit ausgesprochen werden.

(3) Empfehlungen für die Kautelarpraxis

Stets sollten allerdings die praktischen Wirkungen bedacht werden, wenn ein Gesellschafter das Andienungsverfahren einhält, kein Mitgesellschafter das Ankaufsrecht ausübt und ihm dennoch die Zustimmung zur Veräußerung an den Dritten versagt wird. In diesem Fall müssen sich die übrigen Gesellschafter darüber im Klaren sein, dass der bisherige Gesellschafter gegen seinen Willen in der Gesellschaft verbleiben muss und nicht in der Lage ist, seine Beteiligung zu

monetarisieren. Dies begründet eine praktische Gefahr für die weitere Zusammenarbeit, da die Gesellschafterrechte auch dem gegen seinen Willen in der Gesellschaft Verbleibenden weiterhin ungeschmälert zustehen und er somit die Beschlüsse und die Geschäftstätigkeit der Gesellschaft in erheblichem Maße behindern kann. Es besteht die naheliegende Gefahr, dass er seine Position dazu ausnutzen wird, seinen Abschied aus der Gesellschaft faktisch zu erzwingen, wenn ihm nicht sogar die Möglichkeit zusteht, die Kündigung der Gesellschaft vorzunehmen (und somit diese in ihrem Bestand zu gefährden) oder mit der Folge eines hohen Abfindungsanspruchs aus der Gesellschaft auszutreten.

Ein Mittelweg könnte darin bestehen, in diesen Fällen eine grundsätzliche Zustimmungspflicht zu statuieren, jedoch eng begrenzte und möglichst präzise beschriebene Ausnahmen hiervon vorzusehen (zum Beispiel, wenn der Käufer Wettbewerber ist).¹⁸

b) Dogmatische Aspekte

Relevant – auch für die kautelarjuristische Fassung – ist die dogmatische Konstruktion des Ankaufsrechts, insbesondere, welche Konsequenzen sich aus seiner Ausübung konkret ergeben. Die Gestaltung eines Ankaufsrechts kann in verschiedenen Formen erfolgen.¹⁹

aa) Vorvertrag

Teilweise wird in der Satzung ein Vorvertrag statuiert, sodass nach Ausübung des Ankaufsrechts *zwingend* sowohl das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft als auch die Abtretung (freilich meist zusammengefasst in einer Urkunde) beurkundet werden müssen.²⁰ Die in der Satzung enthaltene Verpflichtung, unter bestimmten Bedingungen den Hauptvertrag, hier den Kaufvertrag, abzuschließen, begründet den Vorvertrag. Die Formvorgabe des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG,²¹ die auch für einen Vorvertrag gilt,²² ist durch dessen Aufnahme in die Satzung eingehalten. Die Andienungserklärung ist dann darauf gerichtet, den Hauptvertrag nachfolgend zu schließen. Dessen wesentlicher Inhalt muss hinreichend bestimmt oder zumindest bestimmbar sein. Beide Bedingungen – die Andienung selbst und die Äußerung des Erwerbswillens durch den Andienungs-

14 Etwa *Bacher/v. Blumenthal*, GmbHR 2007, 1016, 1019; BeckOF-Vertrag/*Giehl*, Stand: 01.12.2019, 78.2.1.4 (§ 12 Abs. 3 des Musters des Gesellschaftsvertrags); Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht/*Hauschild*, § 16 Rdnr. 358 (Ziffer 6 des Formulierungsvorschlags); *Heckschen/Heidinger/Heckschen/Stelmaszczyk*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kap. 4 Rdnr. 545; *Kowalski*, GmbHR 1992, 347.

15 So *Langenfeld/Miras*, GmbH-Vertragspraxis, Kap. 2, § 13 Rdnr. 453 (Muster M 40), jedoch mit der Formulierung „Käufer“ statt „Erwerbsinteressent“.

16 So Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/*Haasen*, C. I. 2. unter § 9; *Reichert/Schumacher*, Der GmbH-Vertrag, 4. Aufl. 2014, S. 135.

17 Vgl. Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/*Haasen*, C. I. 2. Rdnr. 29 a. E.; differenzierend *Kowalski*, GmbHR 1992, 347, 348 f.

18 So etwa *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201, 210.

19 Hierzu ausführlich *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 90-97.

20 Etwa *Heckschen/Heidinger/Heckschen/Stelmaszczyk*, Die GmbH, Kap. 4 Rdnr. 545 unter lit. b): „Der Verkauf und die Abtretung der Beteiligung hat in notarieller Form binnen vier Wochen nach Ausübung des Erwerbsrechts zu erfolgen“ (Hervorhebung durch die Verfasser); ähnlich *G. Hueck* in FS Larenz, 1973, S. 749, 764 f.

21 Sofern man annimmt, dass die Abgabe eines Angebots zum Abschluss eines Vorvertrags eine korporative Nebenleistungspflicht darstellt, wäre stattdessen die Formvorschrift des § 2 Abs. 1 GmbHG einschlägig; vgl. dazu *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 85 mit Fn. 221.

22 *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing*, GmbHG, 3. Aufl. 2017, § 15 Rdnr. 64; *Noack/Servatius/Haas/Servatius*, GmbHG, § 15 Rdnr. 32.

berechtigten – können jeweils formlos (sinnvollerweise freilich schriftlich) erfolgen, soweit nicht durch die Regelung in der Satzung eine gewillkürte Form (§ 127 BGB) statuiert wird. Letzteres kann sich aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit empfehlen.

bb) Satzung als Kausalgeschäft

In der Mehrzahl der Vertragsmuster²³ ist die Abtretungsverpflichtung jedoch schon in der Satzung enthalten. Eine solche Vorgehensweise ist dogmatisch möglich.²⁴ Die nachfolgende Umsetzung muss dann durch einen notariell zu beurkundenden (§ 15 Abs. 3 GmbHG) Abtretungsvertrag erfolgen; ein weitergehendes Kausalgeschäft ist demgegenüber nicht mehr erforderlich. Das Ankaufsrecht stellt damit dogmatisch ein aufschiebend bedingtes Gestaltungsrecht (Optionsrecht) dar. Aufschiebende Bedingung für das Entstehen des Optionsrechts ist die Andienung. Mit Ausübung des Ankaufsrechts entsteht sodann die unbedingte Verpflichtung zur Abtretung des Geschäftsanteils und damit das zwischen den Beteiligten geltende Kausalgeschäft.²⁵

cc) Keine antizipierte Abtretung

Eine antizipierte Abtretung der Geschäftsanteile in der Satzung, welche (auch) die anschließende Beurkundung der Abtretung (§ 15 Abs. 3 GmbHG) entfallen ließe, ist richtigerweise weder möglich noch zielführend und würde zudem die Notargebühren für die Beurkundung der Satzung spürbar erhöhen, da jede aufschiebend bedingte Abtretung einen eigenen Beurkundungsgegenstand im Sinne des § 86 Abs. 2 GNotKG darstellt.²⁶

Schwierigkeiten ergeben sich bereits daraus, dass es sich nicht um korporative Bestimmungen handelt, weshalb nur die ursprünglichen Gesellschafter gebunden wären.²⁷ Verfügungen können nicht mit Wirkung für und gegen alle (zukünftigen) Gesellschafter getroffen werden, da es nach herrschender Meinung keine Verfügung zugunsten oder zulasten Dritter gibt.²⁸ Inhaltlich ist eine antizipierte Abtretung jedenfalls dort ausgeschlossen, wo es den verbleibenden Gesellschaften freistehen soll, eine anderweitige Zuordnung zu treffen und so die Anteile nicht gleichmäßig über alle zu verteilen.²⁹ In diesem Fall kann die Abtretung nicht mehr mit der erforderlichen sachenrechtlichen Bestimmtheit in der Form des § 15 Abs. 3 GmbHG geregelt werden,

sodass die Zession nur im Wege einer später korrekt erklärten Abtretung in Betracht kommt, wenn feststeht, wer welchen Anteil erwerben soll.

dd) Folgerungen für die Kautelarpraxis

In den Satzungsbestimmungen sollte ausdrücklich geregelt werden, ob die Andienung nur die Ansprüche aus einem Vorvertrag auslöst und damit ein weiteres Verpflichtungsgeschäft abgeschlossen werden *muss* oder ob – wie in den meisten Mustern vorgesehen – der Anspruch auf Abtretung direkt aus der Satzung folgt und daher an sich nur die Abtretung beurkundet werden *muss*.³⁰

Sofern der Satzung bereits das gesamte Kausalgeschäft entnommen werden kann und lediglich die Geschäftsanteilsabtretung (§ 15 Abs. 3 GmbHG) zu beurkunden wäre, bestünden kostenrechtliche Privilegierungen. Hat derselbe Notar das zugrunde liegende Rechtsgeschäft (hier: Satzung) beurkundet, ist KV Nr. 21101 Nr. 2 GNotKG – mit der Folge nur einer 0,5-Gebühr – anzuwenden. Hat ein anderer Notar die Satzung beurkundet, gilt KV Nr. 21102 Nr. 1 GNotKG – mit der Folge einer 1,0-Gebühr. Diese Privilegierungen erfassen auch Geschäftsanteilsabtretungen, sofern Gegenstandsgleichheit besteht, mithin das zugrunde liegende Geschäft einen unmittelbaren Anspruch auf Abtretung des konkreten Geschäftsanteils begründet.³¹ Dies ist in der genannten Konstellation der Fall.

Gleichwohl empfiehlt sich auch in diesen Fällen, neben der Geschäftsanteilsabtretung zugleich das schuldrechtliche Kausalgeschäft (nochmals) zu beurkunden, wenn das Ankaufsrecht ausgeübt wird. Hierdurch können Rechtsunsicherheiten und Streit vermieden werden. Sowohl bezüglich der Berechnung des konkret geschuldeten Ankaufspreises als auch bezüglich des konkret geschuldeten (Teils eines) Geschäftsanteils können mit einer neuen schuldrechtlichen Grundlage etwaige Zweifel ausgeräumt werden. Die Satzung wird regelmäßig allein eine Berechnungsformel für die Bestimmung des Ankaufspreises enthalten, sodass zwischen den Parteien die exakte summenmäßige Höhe festzulegen ist. Verzichten die Beteiligten auf eine diesbezügliche Regelung, bleibt die Richtigkeit ihrer Annahmen in der Schwebe oder zumindest unklar. Dasselbe gilt erst recht, wenn der bisherige Gesellschaftsanteil durch mehrere Erwerber übernommen wird, da dann auch das Binnenverhältnis zwischen den Erwerbern Anlass für Streit sein kann, wenn die Beziehung der Beteiligten nicht auf eine neue, angepasste schuldrechtliche Grundlage gestellt wird.

Zudem können typische Regelungen zur Mängelhaftung sowie zu Garantien aufgenommen werden, die üblicherweise in der Satzung nicht enthalten sein werden. Die gesetzlichen Regelungen hierzu (§§ 453, 434, 435 BGB) vermögen

23 So z. B. *Bacher/v. Blumenthal*, GmbHR 2007, 1016, 1018 f.; Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/*Haasen*, 2010, C. I. 2. Anm. 29; *Langenfeld/Miras*, GmbH-Vertragspraxis, Kap. 2, § 13 Rdnr. 453 (Muster M 40).

24 Vgl. hierzu die umfassenden Nachweise bei *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 84 mit Fn. 215.

25 Ausführlich *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 88 ff.

26 Vgl. *Barth*, GmbHR 2004, 383, 385 ff.; *Bacher/v. Blumenthal*, GmbHR 2007, 1016, 1020; *Maier-Reimer*, GmbHR 2017, 1325, 1326 ff.

27 *Maier-Reimer*, GmbHR 2017, 1325, 1327; *Ruhwinkel*, DNotZ 2004, 65, 67.

28 *Ruhwinkel*, DNotZ 2006, 65, 67.

29 *Maier-Reimer*, GmbHR 2017, 1325, 1328.

30 Deutlich bei *Bacher/v. Blumenthal*, GmbHR 2007, 1016, 1019 (Abs. 8 des Vorschlags).

31 Vgl. dazu *Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Diehn*, GNotKG, 4. Aufl. 2021, KV 21101 Rdnr. 7, Rdnr. 11 sowie KV 21102 Rdnr. 9; *Korintenberg/Tiedtke*, GNotKG, 22. Aufl. 2022, KV 21101 Rdnr. 12 f., Rdnr. 15.

insofern nicht immer eine praxismgerechte Gestaltung für den Ankauf von Geschäftsanteilen darzustellen. Überdies ist es möglich, dass – wie üblich – eine Zwangsvollstreckungsunterwerfung des Erwerbers bezüglich der Kaufpreiszahlung sowie eine Regelung zum wirtschaftlichen Stichtag im Innenverhältnis aufgenommen werden, welche den individuellen Bedürfnissen Rechnung trägt. Nicht zuletzt können nur auf diese Weise die Sicherung aller Beteiligten erreicht und ungesicherte Vorleistungen ausgeschlossen werden. Obwohl die (neue) Beurkundung auch des Kausalgeschäfts eine 2,0-Gebühr zur Folge hat (KV Nr. 21100 KV GNotKG), sollte daher regelmäßig auch das schuldrechtliche Kausalgeschäft (neu) beurkundet werden. Angesichts der Vorteile für die Beteiligten und der bestehenden Risiken bei einer Unterlassung kann hierin auch keine fehlerhafte Sachbehandlung erblickt werden, wenn der Notar zu einem solchen Vorgehen rät.

Obgleich damit in beiden Konstruktionen in der Praxis zu meist ein Kausalgeschäft im Anschluss an die Ausübung der Option beurkundet wird, ist die Satzungsgestaltung, wonach die schuldrechtliche Verpflichtung zur Abtretung der Anteile sich direkt aus der Satzung ergibt (vgl. zu einem ausführlichen Muster den zweiten Teil des Beitrags), vorzugswürdig, denn:

- Es kann im Streitfall sofort auf Abtretung geklagt werden, wohingegen bei einem Vorvertrag der Verpflichtete zunächst auf Abschluss des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts in Anspruch genommen werden müsste.³²
- Der Zeitpunkt der Entstehung des Übertragungsanspruchs ist ebenso wie derjenige zur (sonst mitunter kontestablen) Berechnung des Verkehrswerts des Anteils unzweifelhaft.³³
- Es besteht zusätzlich die – wenngleich meist nicht empfehlenswerte – Möglichkeit, nach einem Ankauf lediglich die Abtretung zu beurkunden und damit ggf. eine kostenrechtliche Privilegierung zu nutzen.

II. Probleme von klassischen Vinkulierungen (im engeren Sinne)

Besonders relevant für den Kautelarjuristen ist die Frage, wann Ankaufsrechte sinnvoll und damit zu empfehlen sind. Dies hängt stark vom Einzelfall ab und kann nicht pauschal beantwortet werden. An dieser Stelle ist es nicht möglich, auf die zahlreichen unterschiedlichen Varianten der Vinkulierung von Geschäftsanteilen und deren jeweilige Vor- und Nachteile in jeder Nuance einzugehen.³⁴ Gleichwohl soll zu-

nächst ein Überblick gegeben werden, welche spezifischen Nachteile konkrete Vinkulierungsformen, insbesondere der Ausschluss der Abtretung (dazu 1.) und der Zustimmungsvorbehalt (dazu 2.) aufweisen. Im Anschluss soll dann im zweiten Teil dieses Beitrags betrachtet werden, welche der bestehenden Probleme durch ein Ankaufsrecht beseitigt werden können.

1. Ausschluss der Abtretung

Die Übertragbarkeit der Geschäftsanteile kann nach ganz herrschender Auffassung insgesamt ausgeschlossen werden, obgleich der Wortlaut des § 15 Abs. 5 GmbHG scheinbar entgegensteht.³⁵

Unabhängig davon, ob dies bei gehöriger Beratung aller Gesellschafter tatsächlich gewollt ist, hat der vollständige Ausschluss der Abtretung jedenfalls einen spürbaren Nachteil. Nach verbreiteter Ansicht steht jedem Gesellschafter ein ungeschriebenes außerordentliches Austrittsrecht³⁶ aus der GmbH zu, wenn die Übertragung seiner Geschäftsanteile aufgrund des Ausschlusses der Abtretbarkeit unmöglich ist.³⁷ Bei der GmbH erwirbt der Gesellschafter im Falle des Austritts – anders als bei Personengesellschaften³⁸ – zunächst nur einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf Übernahme der Geschäftsanteile gegen Abfindung. Die Gesellschaft kann die Anteile unter Beachtung des § 30 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gegen Zahlung der Abfindung einziehen oder (unter Beachtung der Vorgaben des § 33 GmbHG) Übertragung der Anteile an sich selbst oder an Mitgesellschafter oder Dritte verlangen.³⁹ Die Abfindung darf aber im Falle des außerordentlichen Austritts wegen der Wertung des § 723 Abs. 3 BGB nur maßvoll beschränkt werden,⁴⁰ sodass ein entsprechend hoher Abfindungs-/Erwerbsbetrag geleistet werden muss. Ein Ausschluss der Abtretung ist aufgrund dieser Gefahr nur in Ausnahmefällen zu empfehlen.

35 RG, Urteil vom 08.10.1912, II 133/12, RGZ 80, 175, 179; BayObLG, Beschluss vom 24.11.1988, BReg. 3 Z 111/88, NJW-RR 1989, 687, 688; *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201, 202; *Blasche*, RNotZ 2013, 515, 523; *Wicke*, § 15 Rdnr. 23.

36 Dazu etwa *Wicke*, Anh. § 34 Rdnr. 10 ff.; ausführlich *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 114 ff.

37 Vgl. Noack/Servatius/Haas/Kersting, Anhang nach § 34 Rdnr. 18; Beck'sches Notar-Handbuch/Mayer/Weiler, § 22 Rdnr. 89; *Wellhöfer*, GmbHR 1994, 212, 217.

38 Bei Personengesellschaften geht mit dem Ausscheiden die Anwachsung des Anteils bei den übrigen Gesellschaftern einher (§ 738 Abs. 1 Satz 1 BGB), ohne dass es einer Einziehung o. Ä. bedurfte. Anspruchsgegner ist damit auch bei einer Kündigung des Gesellschafters stets die Gesellschaft selbst. Vgl. hierzu jeweils MünchKomm-BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 738 Rdnr. 8, 16.

39 Zum gesamten Absatz m. N. *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 116 f. Bleibt die Gesellschaft untätig, kommt eine Auflösungsklage analog § 61 Abs. 1 GmbHG in Betracht.

40 Dazu ausführlich *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 162-167, S. 195-201, S. 447-459; *ders.*, DNotZ 2021, 725, 728, 732 f.

32 Obgleich die Klage auf Abschluss des Hauptvertrags mit der Klage auf dessen dinglichen Vollzug verbunden werden kann (vgl. MünchKomm-BGB/Busche, Band 1, 9. Aufl. 2021, Vor § 145 Rdnr. 69 f.), können sich damit weitergehende Streitpunkte bzgl. des Inhalts des Hauptvertrags ergeben.

33 Dazu *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 350 f.

34 Vgl. hierzu etwa Heckschen/Heidinger/Heckschen/Stelmaszczyk, Die GmbH, Kap. 4 Rdnr. 484-562; *Langenfeld/Miras*, GmbH-Vertragspraxis, Kap. 2, § 13 (Rdnr. 441 ff.); *Reichert/Schumacher*, Der GmbH-Vertrag, S. 129-140.

2. Zustimmungsvorbehalte

a) Zustimmungsvorbehalt für alle Abtretungen

Um eine Kontrolle des Gesellschafterkreises zu ermöglichen, ist ein (allgemeiner) Zustimmungsvorbehalt (der Gesellschaft und/oder der Gesellschafter) für Abtretungen von Geschäftsanteilen ein häufig gewähltes Mittel.

aa) Maßstab der Zustimmungserteilung

Fehlen Vorgaben in der Satzung, darf jeder Gesellschafter (oder die Gesellschaft) grundsätzlich nach pflichtgemäßem Ermessen über die Erteilung der Zustimmung zur Anteilsabtretung entscheiden.⁴¹ Hierzu muss im Rahmen der Ermessensausübung jedoch eine *Interessenabwägung* zwischen den Interessen der Gesellschaft und denen des veräußerungswilligen Gesellschafters vorgenommen werden, bei der die allgemeinen rechtlichen Grenzen (§§ 138, 226, 242 BGB), das Willkürverbot, der Gleichbehandlungsgrundsatz und die gesellschaftsrechtliche Treuepflicht zu berücksichtigen sind.⁴² Dem abtretungswilligen Gesellschafter steht ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung zu, der im Einzelfall sogar zu einer Ermessensreduktion auf Null – und damit zu einer Zustimmungspflicht – führen kann.⁴³

Zwar spricht das Vorhandensein einer Vinkulierungsklausel dafür, dass eine Verweigerung der Zustimmung grundsätzlich zu akzeptieren ist.⁴⁴ Jedoch ist der konkrete Zuschnitt der Gesellschaft für die Interessensabwägung maßgeblich.⁴⁵ Zudem ist anerkannt, dass die Zustimmung nicht versagt werden darf, wenn der Eingriff in die Interessen des veräußerungswilligen Gesellschafters unverhältnismäßig ist, ohne dass dies durch den Zweck der Vinkulierung geboten ist.⁴⁶

Wird die Zustimmung zu Unrecht versagt, muss der Gesellschafter auf deren Erteilung klagen.⁴⁷ Es existiert mithin kein Automatismus, sodass die Abtretung ohne Zustimmung auch dann (schwebend) unwirksam ist, wenn ein Anspruch auf deren Erteilung besteht. Folglich haben die Gesellschafter eine hohe praktische Einflussmöglichkeit, weil sie in der Lage sind, die Durchführung der Abtretung jedenfalls erheblich zu verzögern. Dem abtretungswilligen Gesellschafter steht als Kompensation lediglich ein

Schadensersatzanspruch wegen einer Verletzung der Treuepflichten zu, soweit die Voraussetzungen im Übrigen gegeben sind.⁴⁸

bb) Schlussfolgerung für die Kautelarpraxis

Infolgedessen kann regelmäßig nicht sicher vorausgesagt werden, wie über die Zustimmung zu entscheiden ist, da die dargestellten unklaren Maßstäbe in diesem Bereich Streitigkeiten geradezu herausfordern. Insofern kann es im Einzelfall sinnvoll sein, die Kriterien für die Zustimmungsvorsagung oder -erteilung in der Satzung näher zu definieren, sofern die Gesellschafter sich auf solche verständigen können. Hierbei muss klargestellt werden, ob die aufgezählten Aspekte abschließender oder nur beispielhafter Natur sind.⁴⁹

Wiederum steht zudem die Gefahr des Austrittsrechts eines Gesellschafters – verbunden mit einem hohen Abfindungsanspruch – im Raum. Denn es wird im Schrifttum vertreten, dass bereits die praktische Unverkäuflichkeit oder sogar die tatsächliche Aussichtslosigkeit der Veräußerung für das Entstehen eines Austrittsrechts insoweit von Bedeutung sein sollen, als sie bei Vorliegen eines wichtigen Grundes das Austrittsrecht tragen können, da dem Gesellschafter dann keine andere Möglichkeit verbliebe, sich aus der Gesellschaft zu lösen.⁵⁰ Dies erscheint bei Zustimmungsvorbehalten für alle Abtretungsfälle denkbar. Richtigerweise stellt aber die reine praktische Unverkäuflichkeit für sich genommen keinen wichtigen Grund dar, weil es allein in der Risikosphäre jedes Gesellschafters liegt, ob es ihm gelingt, einen Käufer für seinen Anteil zu finden,⁵¹ und sich die anderen Gesellschafter an dieser Gefahr nicht beteiligen müssen.

b) Zustimmungsvorbehalt mit Ausnahmetatbeständen

Bei der Ausgestaltung einer Vinkulierungsklausel sind zahlreiche Differenzierungen und Abweichungen im Detail möglich. So kann der Zustimmungsvorbehalt nur bestimmte Geschäftsanteile oder bestimmte Geschäftsanteilsgattungen erfassen, auf bestimmte Situationen beschränkt werden (etwa auf unentgeltliche Rechtsgeschäfte) oder es können Beschränkungen in personeller Hinsicht bestehen, zum Beispiel die Klausel auf bestimmte Erwerber be-

41 *Blasche*, RNotZ 2013, 515, 528; Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 15 Rdnr. 46.

42 *Blasche*, RNotZ 2013, 515, 528 f.; MünchKomm-GmbHG/Reichert/Weller, 4. Aufl. 2022, § 15 Rdnr. 412 ff.

43 Vgl. dazu m. N. *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201, 203 f.; *Blasche*, RNotZ 2013, 515, 528–530; MünchKomm-GmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rdnr. 417 f.

44 *Blasche*, RNotZ 2013, 515, 529; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Ebbing, GmbHG, § 15 Rdnr. 155; MünchKomm-GmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rdnr. 412.

45 *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201, 203 f.; MünchKomm-GmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rdnr. 415.

46 *Blasche*, RNotZ 2013, 515, 529; MünchKomm-GmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rdnr. 415.

47 Siehe z. B. KG, Urteil vom 02.01.2001, 14 U 2955/99, NZG 2001, 805; OLG Hamm, Urteil vom 06.04.2000, 27 U 78/99, NJW-RR 2001, 109; OLG Koblenz, Urteil vom 12.01.1989, U 1053/87, NJW-RR 1989, 1057.

48 Siehe zu dieser Möglichkeit nur grundlegend: BGH, Urteil vom 05.06.1975, II ZR 23/74, BGHZ 65, 15, 18 f.

49 Vgl. *Blasche*, RNotZ 2013, 515, 530; MünchKomm-GmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rdnr. 411.

50 *Röhrich* in FS Kellermann, 1991, S. 361, 385; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Sosnitza, GmbHG, Anhang § 34 Rdnr. 55; MünchKomm-GmbHG/Strohn, § 34 Rdnr. 203; wohl noch stärker einschränkend: *Wiedemann*, Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften, 1965, S. 91.

51 *Eschenlohr* in FS W. Sigle, 2000, S. 131, 138 f.; *Schwerdtner*, GmbHR 1976, 101, 102; *Wiedemann*, Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten, S. 91; eine gegenteilige h. M. behauptend aber: *Reuter*, Privatrechtliche Schranken der Perpetuierung von Unternehmen, 1973, S. 391; unklar auch Noack/Servatius/Haas/Kersting, GmbHG, Anhang nach § 34 Rdnr. 18.

schränkt oder die Abtretung an bestimmte Erwerber von vornherein aus deren Geltungsbereich ausgenommen werden.⁵²

Relativ häufig finden sich in GmbH-Satzungen Beschränkungen in personeller Hinsicht. Es wird ein grundsätzlicher Zustimmungsvorbehalt bei der Abtretung von Geschäftsanteilen vorgesehen, wobei jedoch eine Ausnahme⁵³ für die Abtretung an bestimmte Personengruppen, insbesondere Ehegatten, Abkömmlinge und/oder Mitgesellschafter aufgenommen wird, sodass eine Abtretung an diese jederzeit möglich ist. Bei Familiengesellschaften finden sich mitunter auch Ausnahmen für Abtretungen an Mitglieder des eigenen Familienstamms.⁵⁴

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass damit die Veräußerung an nicht von diesem Ausnahmetatbestand erfasste Personen – welche möglicherweise eine höhere Zahlung zu erbringen bereit sind – nur mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter möglich ist. Dies kann für den betroffenen Gesellschafter – wer auch immer dies (zuerst) sein mag – misslich sein. Insofern mag auch eine Zustimmungspflicht für den Fall in Betracht gezogen werden, wenn es unter den Personen(gruppen), an welche ohne Zustimmung abgetreten werden kann, keinen Erwerbsinteressenten gibt, der betroffene Gesellschafter aber dringend auf den Verkauf angewiesen ist. Zudem kann bei wiederholter Ablehnung der Zustimmung ein Austrittsrecht gewährt werden.⁵⁵ Erschwerend kommt hinzu, dass eine – indes abzulehnende – nicht zu vernachlässigende Auffassung in der Literatur einen außerordentlichen Austrittsgrund (mit der Folge einer relativ hohen Abfindung) schon dann annimmt, wenn der

Gesellschafter in akuten finanziellen Nöten steckt.⁵⁶ Die oben (II. 1.) geschilderten Probleme der hohen Abfindung bzw. des hohen Erwerbspreises würden wiederum auftreten.

Auch in diesem Zusammenhang stellt sich aber das Problem, dass bereits vorab festgelegt werden muss, welche Personenkreise von der Vinkulierung ausgeschlossen sind, was dazu führen kann, dass die entsprechenden Klauseln zu eng – aber auch zu weit – gefasst werden.⁵⁷ Insofern kann die Situation entstehen, dass eine konkrete Person aus dem vom Zustimmungserfordernis ausgenommenen Personenkreis (etwa Abkömmling oder Ehegatte) seitens der Mitgesellschafter nicht für geeignet erachtet wird. Es stellt den Notar vor eine große Herausforderung, diese Fälle gleichwohl „abzufangen“, ohne Streit anfälligkeit zu kreieren. Wird etwa formuliert, dass eine Zustimmungspflicht besteht, „sofern dem nicht wichtige Gründe in der Person des Erwerbers entgegenstehen“, wird man über das Vorliegen solcher „wichtigen Gründe“ nicht selten trefflich streiten können. Verlangt man hingegen beispielsweise das Vorliegen gewisser Qualifikationen⁵⁸, so wird man gezwungen, diese näher zu definieren, was wiederum zu eng oder zu weit geraten oder Streit um das Vorliegen der Voraussetzungen bewirken kann.

Überdies bleiben auch die Beteiligungsverhältnisse – sofern nicht streng nach Familienstämmen differenziert wird – durch eine etwaige Verfügung nicht unbedingt gleich: Tritt ein Gesellschafter zum Beispiel einen Teil seiner Beteiligung gemäß einer Ausnahmebestimmung an einen Mitgesellschafter ab, verschieben sich die prozentualen Beteiligungsverhältnisse. Ein Zustimmungsvorbehalt mit Ausnahmetatbeständen ist folglich nicht stets als Lösung für die sich stellenden Fragen geeignet.

c) Zwischenfazit

Die obigen Ausführungen zeigen, dass die Ausgestaltung von Zustimmungsvorbehalten im Einzelfall sehr schwierig sein kann und zahlreiche Folgeprobleme und Fernwirkungen zu bedenken sind. Inwiefern Ankaufsrechte die dargestellten Probleme reduzieren können, wird im zweiten Teil des Beitrags beleuchtet.

52 Vgl. m. N. *Blasche*, RNotZ 2013, 515, 522 f.; *Heckschen/Weitbrecht*, NZG 2019, 721, 725. Freilich bestehen aufgrund der Vielzahl an verschiedenen Gesellschaften auch hier unzählige weitere Satzungsgestaltungen. So kann es etwa bei durch Venture-Capital (VC) finanzierten Unternehmen auch sinnvoll sein, eine Ausnahme der Zustimmungspflicht zugunsten mit dem VC-Geber verbundener Fonds oder auch zugunsten einer mit einem Gesellschafter im Sinne § 15 AktG verbundenen Gesellschaft vorzusehen (dazu *Weitnauer/Weitnauer*, Handbuch Venture Capital, 7. Aufl. 2022, Teil E, Rdnr. 189).

53 Rechtstechnisch kann anstelle einer Zustimmungsfreiheit für diese Fälle auch ein allgemeiner Zustimmungsvorbehalt vereinbart und eine Zustimmungspflicht für gewisse Tatbestände vorgesehen werden (*Heckschen/Heidinger/Heckschen/Stelmaszczyk*, Die GmbH, Kap. 4 Rdnr. 545; *Reichert/Schumacher*, Der GmbH-Vertrag, S. 133 f.). Für Letzteres spricht, dass die Gesellschafter über jeden Abtretungsvorgang informiert werden (*Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht/Seibt*, 4. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 283).

54 Zumeist kombiniert mit Erwerbsvorrechten für den Fall der Abtretung an Mitglieder eines anderen Stammes oder Familienfremde, vgl. *Blasche*, RNotZ 2013, 515, 523.

55 Beck'sches Notar-Handbuch/*Mayer/Weiler*, § 22 Rdnr. 89; strenger etwa *MünchKomm-GmbHG/Strohn*, § 34 Rdnr. 201 („wenn die Gesellschaftermehrheit ohne sachlichen Grund in treuwidriger Weise eine Veräußerung des Anteils schlechthin blockiert“).

56 Vgl. etwa *Binz/Mayer*, NZG 2012, 201, 205; *Rowedder/Görner*, GmbHG, 7. Aufl. 2022, § 34 Rdnr. 102; dagegen zu Recht z. B. *Noack/Servatius/Haas/Kersting*, GmbHG, Anhang nach § 34 Rdnr. 21; *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Sosnitzer*, GmbHG, Anhang § 34 Rdnr. 52. Umfassende Nachweise zum Streitstand bei *Bühler*, Preislimitierte Ankaufsrechte, S. 120 f.

57 Vgl. *Reichert/Schumacher*, Der GmbH-Vertrag, S. 133.

58 Zur Zulässigkeit vgl. *Heckschen/Heidinger/Heckschen/Stelmaszczyk*, Die GmbH, Kap. 4 Rdnr. 405.

Vertretungsausschlüsse und Genehmigungserfordernisse nach der Familienrechtsreform – eine Fallschule – Teil 2

Von Notar Dr. **Arne Everts**, Berchtesgaden



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Mit dem „Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts“¹ ist zum 01.01.2023 eine der wohl größten familienrechtlichen Reformen seit Inkrafttreten des BGB in Kraft getreten. Die nachfolgenden Ausführungen geben im Anschluss an den ersten Teil (MittBayNot 2022, 523) einen weiteren Überblick für die notarielle Praxis, und zwar im Gesellschaftsrecht und im Erbrecht, darauf, in welchen Fällen zunächst berufene gesetzliche Vertreter von ihrem Amt ausgeschlossen sind, wer an deren Stelle tritt und welche gerichtlichen Genehmigungserfordernisse entweder zusätzlich oder isoliert für das Handeln gesetzlicher Vertreter im Familienrecht bestehen.

Wie im ersten Teil wird die aktuelle Rechtsprechung der letzten Jahre zum Thema des Beitrags zusammenfassend mit aufgearbeitet. Ein Vergleich mit dem bisherigen Recht erfolgt auch in dieser Fortsetzung explizit nur, wenn dies für das Verständnis des neuen Rechts oder das Leseverständnis unbedingt nötig ist.²

I. Gesellschaftsrecht

1. Erlangen der Gesellschafterstellung

Fall 5:³

Die Physikstudierenden Max (M) und Franziska (F) entwickeln, produzieren und vertreiben mit einigem wirtschaftlichen Erfolg in ihrer Freizeit neuartige Spielekonsolen mit holographischer 3-D-Optik in der Garage von M's Eltern. Ein kaufmännischer Geschäftsbetrieb ist nach Art und Umfang noch nicht erreicht. Gleichwohl wollen sich M und F jetzt schon die Mitarbeit und vor allem die genialischen Fähigkeiten von F's jüngerem Bruder Berthold (B) sichern und diesen „in das Geschäft aufnehmen“; außer seinen geistigen

- 1 Vom 04.05.2021, BGBl. I, S. 882; zusammen mit dem sog. „Reparaturgesetz“ vom 30.06.2022, BGBl. I, S. 959, das aber – in seinem Art. 5 – für die Zwecke des Beitrags nichts von Belang enthält.
- 2 Die nachfolgenden Rechtsprechungszitate und sonstigen Fundstellen sind daher mit dieser Maßgabe zu verstehen; eine Synopse der Vorschriften a. F./n. F. findet sich zum Beispiel als Beilage zu (weiland) Schönfelder, Deutsche Gesetze, 184. Ergänzungslieferung (Mai 2021).
- 3 Da eine einheitliche „Fallschule“ präsentiert werden soll, werden jedenfalls die Fälle fortlaufend im Anschluss an den ersten Teil nummeriert.

Impulsen und dem damit verbundenen Zeitaufwand braucht B keine weitere Einlage zu leisten. B ist aktuell 16 Jahre alt.

Abwandlung 1: M, F und B wollen unmittelbar gemeinsam die Gründung betreiben, und zwar als GmbH (Varianten: als AG/als GmbH & Co. KG), an der M und F jeweils zu 40 % und B zu 20 % beteiligt sein sollen. Die Leistungen auf das Stammkapital (bzw. Grundkapital/Kommanditkapital) werden vollständig von M und F erbracht.

Abwandlung 2: Das Unternehmen von M und F floriert bereits und ist schon in eine GmbH umstrukturiert worden. Die Geschäftsanteile halten M und F je zur Hälfte, auf die Anteile ist in voller Höhe einbezahlt, als M und F dem B jeweils 10 % ihrer Anteile unentgeltlich abtreten wollen.

Abwandlung 3: Wie Abwandlung 2, aber das Unternehmen ist bereits eine AG und an B sollen jeweils Aktienpakete von 10 % unentgeltlich übertragen werden.

Abwandlung 4: Wie Abwandlung 2, aber das Unternehmen ist bereits eine GmbH & Co. KG und an B sollen jeweils Kommanditbeteiligungen von 10 % unentgeltlich übertragen werden.

Lösung Fall 5 (Grundfall):

Die beschränkte Geschäftsfähigkeit des B nach § 106 BGB führt zu einem Einwilligungserfordernis seines gesetzlichen Vertreters, es sei denn, B erlangte lediglich einen rechtlichen Vorteil, § 107 BGB. Nicht nur der Beteiligungserwerb bei Personengesellschaften – gleich welcher Konstruktion, ob als „Beitritt“ oder „Nachtrag zum Gesellschaftsvertrag“ oder „Neuabschluss“ –, bei denen ein Minderjähriger Vollhafter werden soll, ist schon aufgrund dieses Umstands aber stets rechtlich nachteilig, mag auch keine Einlage, Beitrag o. Ä. geschuldet sein. B benötigt also, um wirksam Gesellschafter zu werden, zunächst die Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters, grundsätzlich also seiner Eltern. Diese sind allerdings nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB von der Vertretung ausgeschlossen, da es sich um ein Rechtsgeschäft von B, vertreten durch seine Eltern, mit einem zu diesen in gerader Linie Verwandten, ihrem weiteren Kind F, handelt. Für die Aufnahme des B in die Gesellschaft bedarf es für diesen also der Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1809 Abs. 1 BGB.

Der Ergänzungspfleger könnte sodann über § 1813 Abs. 1, § 1799 Abs. 1 BGB einer Pflicht zur Einholung der Genehmigung des Familiengerichts für sein Handeln für B unterliegen. Die bislang im Gesellschaftsrecht zentrale Genehmi-

gungsvorschrift des § 1822 Nr. 3 BGB a. F. befindet sich nun in einem eigenständigen Paragraphen, § 1852 BGB. Damit verbinden sich zugleich größere inhaltliche Änderungen gegenüber der bisherigen Rechtslage, die durch die Novelle groÙtenteils entworfen wird. Die Norm wird hier zur besseren Lesbarkeit der nachfolgenden Passagen ausnahmsweise vollständig wiedergegeben und im anschließenden Abschnitt auf Verweisungsnormen verzichtet:

„§ 1852

Genehmigung für handels- und gesellschaftsrechtliche Rechtsgeschäfte

Der Betreuer bedarf der Genehmigung des Betreuungsgerichts

1. zu einer Verfügung und zur Eingehung der Verpflichtung zu einer solchen Verfügung, durch die der Betreute

- a) ein Erwerbsgeschäft oder
- b) einen Anteil an einer Personen- oder Kapitalgesellschaft, die ein Erwerbsgeschäft betreibt, erwirbt oder veräußert,

2. zu einem Gesellschaftsvertrag, der zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts eingegangen wird, und

3. zur Erteilung einer Prokura.“

Das Gesetz macht also nunmehr keinen Unterschied mehr zwischen dem entgeltlichen und unentgeltlichen Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung⁴ und stellt klar, dass auch der derivative Beteiligungserwerb zur Genehmigungspflicht führt; damit muss bei Personengesellschaften nicht mehr der (Um-)Weg über einen Gesellschaftsvertragsschluss gemäß § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB a. F. gegangen werden, der bislang die Genehmigungspflicht, zumal bei unentgeltlichem Erwerb, auslöst – der Fokus liegt dabei auch künftig auf dem Vorliegen eines „Erwerbsgeschäfts“, das die entsprechende Gesellschaft ausüben muss. Die Rechtsform des Erwerbsgeschäfts ist unerheblich; der Genehmigungspflicht unterliegen daher auch und gerade Verträge über den Erwerb (und die Veräußerung) von Beteiligungen an einer GbR, oHG oder KG (nicht nur eines Komplementärs, sondern auch eines Kommanditisten) sowie an Kapitalgesellschaften.

Im vorliegenden Fall mag das Erwerbsgeschäft zwar noch kein Handelsgeschäft i. S. v. § 1 Abs. 2 HGB sein. Dies ist aber auch nicht erforderlich. Erwerbsgeschäft dürfte im Einklang mit dem handelsrechtlichen Verständnis vielmehr jedes Gewerbe sein, mithin jede erkennbar planmäßige, auf Dauer angelegte, selbstständige, auf Gewinnerzielung ausgerichtete oder jedenfalls wirtschaftliche Tätigkeit am Markt unter Ausschluss freiberuflicher, wissenschaftlicher und künstlerischer Tätigkeit.⁵ Dies kann auch bei einer GbR der Fall sein, zumal „Schaffung oder Erhaltung einer Lebensgrundlage“ gerade kein Tatbestandsmerkmal des zivilrechtlichen Gewerbebegriffs ist. Eine familiengerichtliche Ge-

nehmigung ist also im Grundfall 5 wegen § 1852 Nr. 1b), 2 BGB zusätzlich erforderlich.

Die weitere für das Gesellschaftsrecht bislang relevante Norm des § 1822 Nr. 10 Alt. 1 BGB a. F. (Übernahme einer fremden Verbindlichkeit) findet sich jetzt als eigener Tatbestand in § 1854 Nr. 4 BGB. Erforderlich ist nun, dass die Übernahme explizit durch Rechtsgeschäft erfolgt; angenommen wird ausdrücklich die Haftung für eine Verbindlichkeit, die sich lediglich als Nebenfolge eines anderen Rechtsgeschäfts ergibt. Dies dient der Klarstellung, da der Tatbestand sonst weit über seinen Zweck hinaus alle möglichen gesetzlichen Folgen erfasst.⁶ Sie ist also hier nicht anwendbar.

Lösung Abwandlung 1:

Auch die Mitwirkung an der Gründung einer Kapitalgesellschaft ist für einen Minderjährigen immer rechtlich nachteilig, da der Minderjährige – selbst wenn er nicht persönlich haftender Gesellschafter wird wie im Grundfall – durch den Vertragsschluss mit den anderen Gesellschaftern zahlreiche Verpflichtungen eingeht. Dasselbe gilt auch für den Minderjährigen als Kommanditisten einer KG bei deren Gründung. Er verpflichtet sich insbesondere zur Leistung von Einlagen, wobei rechtlich unerheblich ist, ob diese ihm möglicherweise von Seiten der Eltern und/oder Dritten, auch Mitgesellschaftern, zur Verfügung gestellt werden. Die auf Gesellschaftsgründung gleich welcher Art gerichtete Willenserklärung bedarf deshalb nach § 107 BGB der Einwilligung des gesetzlichen Vertreters des Minderjährigen. Soll dieser oder mindestens eine der in § 1824 Abs. 1 BGB genannten Personen Mitgesellschafter sein, wird wiederum über § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB das vorgenannte Pflegschaftserfordernis ausgelöst. Sodann ist wiederum die familiengerichtliche Genehmigung nach § 1813 Abs. 1, § 1799 Abs. 1, § 1852 Nr. 2 BGB erforderlich.

Lösung Abwandlung 2:

Auch bei der Schenkung von GmbH-Geschäftsanteilen, gleich ob auf diese voll eingezahlt ist oder nicht, steht die potenzielle Ausfall- bzw. Solidarhaftung des Erwerbers gemäß §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG, die sich jederzeit aktualisieren kann, der rechtlichen Vorteilhaftigkeit des Erwerbs entgegen.⁷ Für B besteht wiederum ein Pflegschaftserfordernis nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1809 BGB. Dies ist zutreffend, weil die bloßen Haftungsgefahren auch bei Personengesellschaften anerkanntermaßen zu einem Vertretungsausschluss führen und die Unterschiede allenfalls graduell, aber nicht strukturell sind. Auch ist der Umstand der Volleinzahlung nur durch Zuhilfenahme äußerer Umstände verifizierbar und außerdem auch manipulierbar.

Da das Gesetz sodann in § 1852 BGB den entgeltlichen und unentgeltlichen Erwerb einer Gesellschaftsbeteiligung gleichstellt und klarstellt, dass auch der derivative Beteiligungserwerb zur Genehmigungspflicht führt, dürfte entge-

⁶ BT-Drucks. 19/24445, S. 289.

⁷ So zum Beispiel *Bürger*, RNotZ 2006, 156, 162; *Maier-Reimer/Marx*, NJW 2005, 3025, 3026; *Binz/Sorg*, BB 1989, 1521, 1524.

⁴ BT-Drucks. 19/24445, S. 288.

⁵ *Hopt/Merkel*, HGB, 41. Aufl 2022, § 1 Rdnr. 12 m. N.

gen der bisherigen Rechtslage⁸ in Zukunft der unentgeltliche Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen genehmigungspflichtig sein, sofern durch die GmbH ein Erwerbsgeschäft betrieben wird. Entgegen der bisherigen Handhabung scheint es auch nicht mehr auf Art und Umfang der Beteiligung (Unternehmerrisiko vs. reine Kapitalbeteiligung)⁹ anzukommen. Die Gesetzesbegründung schweigt hierzu.

Lösung Abwandlung 3:

Einigkeit dürfte hier insoweit bestehen, als die Übertragung voll eingezahlter Inhaberaktien lediglich rechtlich vorteilhaft ist und damit ohne Bestellung eines Ergänzungspflegers zulässig ist.¹⁰ Bei Namensaktien ist dies streitig.¹¹

Gleichwohl könnte für die in der Abwandlung 3 vertretungsberechtigten Eltern ein familiengerichtliches Genehmigungserfordernis über § 1643 Abs. 1 BGB bestehen. Der Erwerb von Aktien gilt nach der Reform nicht als handels- oder gesellschaftsrechtliches Geschäft, sondern wird als Erwerb von Wertpapieren angesehen.¹² Dieser ist allerdings nach § 1848 BGB genehmigungspflichtig, aber nur, wenn er entgeltlich erfolgt. Somit können in Abwandlung 3 die Akteure ohne staatliche Mitwirkung handeln. Genehmigungspflichtig wäre allerdings auch die Veräußerung von Aktien eines minderjährigen Kindes, § 1849 Abs. 1 Nr. 2 BGB.

Lösung Abwandlung 4:

Problematisch waren und bleiben nach der Reform die Fälle der unentgeltlichen Übertragung einer Kommanditbeteiligung auf Minderjährige.¹³

Sofern die Übertragung nicht aufschiebend bedingt durch die Eintragung im Handelsregister erfolgt und/oder die Kommanditeinlage nicht geleistet ist, ist die Übertragung jedenfalls rechtlich nachteilhaft. Ist dies aber erfüllt und die Haftung gegenüber den Gläubigern somit ausgeschlossen (§ 171 Abs. 1 Hs. 2 HGB), ist umstritten, ob darin bzw. in der Zuwendung zugleich ein lediglich rechtlicher Vorteil zu sehen ist. Nach im Vordringen befindlicher Auffassung ist das der Fall:¹⁴ Das mögliche Wiederaufleben der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB sei keine unmittelbare Folge des Beteiligungserwerbs, sondern setze das Hinzutreten weiterer

Umstände voraus. Die allgemeinen Pflichten, die einen jeden Gesellschafter, also auch nur beschränkt Haftende, träfen, seien nicht geeignet, einen rechtlichen Nachteil im Sinne des Vertretungs- und Pflegschaftsrechts zu begründen. Die Lage wäre insofern nicht anders als bei der anerkanntermaßen lediglich rechtlich vorteilhaften Schenkung eines lastenfremen, unvermieteten ganzen Grundstücks im Hinblick auf die mit diesem ebenfalls stets verbundenen öffentlichen Lasten und Haftpflicht.¹⁵ Allerdings soll es im Einzelfall dann wieder darauf ankommen, welchen Inhalt der Schenkungsvertrag und der Gesellschaftsvertrag im Einzelnen haben und ob sich nicht darin ein rechtlicher Nachteil findet (Stichwort Güterstands-¹⁶ oder Pflichtteilsklauseln¹⁷).

Richtigerweise ist die rechtliche Nachteilhaftigkeit auch bei der Schenkung voll eingezahlter Kommanditanteile an Minderjährige und somit ein Pflegschaftserfordernis aber zu bejahen:¹⁸ Die Schenkung einer Immobilie ist mit der einer Beteiligung insofern nicht zu vergleichen, als Letztere ein Dauerschuldverhältnis mit anderen Personen begründet, egal ob durch „Aufnahme“ bei Gründung oder später oder durch „Abtretung“. Wenn nach der herrschenden Meinung das mögliche Wiederaufleben der Haftung nach § 172 Abs. 4 HGB kein Argument sein soll, muss diese sich fragen lassen, warum bei der GmbH die potenzielle Ausfall- bzw. Solidarhaftung des Erwerbers gemäß §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG bei voll eingezahlten Geschäftsanteilen gleichwohl nicht zu einem lediglich rechtlichen Vorteil führt. Anders als bei dem Eintritt mehrerer Kinder in eine Kommanditgesellschaft durch Aufnahmevertrag soll bei der Übertragung von Kommanditanteilen eines Elternteils im Wege der Sonderrechtsnachfolge ein Ergänzungspfleger mehrere minderjährige Kinder vertreten können.¹⁹ Dies bzw. die Differenzierung dürfte vor dem Hintergrund von § 1809 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht mehr haltbar sein.²⁰

Auch im gesellschaftsrechtlichen Kontext gilt: Ein gerichtliches Negativzeugnis über das Nichtbestehen eines Vertretungsausschlusses hätte materiellrechtlich keine Aussagekraft und würde auch das Registergericht nicht binden. Hätte B für den Erwerb eine Gegenleistung zu erbringen, wären die rechtliche Nachteiligkeit und der Vertretungsausschluss wiederum²¹ eindeutig. Daher wird für die Herstellung einer rechtssicheren Situation vorgeschlagen, das

8 BGH, Urteil vom 20.02.1989, II ZR 148/88, MittBayNot 1989, 217.

9 Vgl. BGH, Urteil vom 28.01.2003, X ZR 199/99, DNotZ 2004, 152, 153.

10 Herrler/Everts, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 18 Rdnr. 12, Flume, FamRZ 2016, 277, 280 jew. m. w. N.

11 Str. für Namensaktien wegen § 64 Abs. 4 AktG, vgl. Maier-Reimer/Marx, NJW 2005, 3025.

12 BT-Drucks. 19/24445, S. 288.

13 Vgl. auch den Überblick bei Nellen, ZERB 2021, 382 ff.; Bock, DNotZ 2020, 643 ff.

14 OLG Brandenburg, Beschluss vom 16.07.2019, 7 W 53/17, DNotZ 2020, 688, 689 (anders noch Beschluss vom 05.06.2018, 7 W 52/17, NotBZ 2020, 101, 102; OLG München, Beschluss vom 28.12.2017, 2 WF 1509/17, MittBayNot 2019, 132; OLG Köln, Beschluss vom 26.03.2018, 4 Wx 2/18, MittBayNot 2019, 272; OLG Jena, Beschluss vom 22.03.2013, 2 WF 26/13, MittBayNot 2013, 387, 388; OLG Bremen, Beschluss vom 16.06.2008, 2 W 38/08, ZEV 2008, 608.

15 Siehe oben I. 2., Fall 2 (Grundfall).

16 Laut OLG Köln, Beschluss vom 26.03.2018, 4 Wx 2/18, MittBayNot 2019, 272 allerdings unproblematisch, da bei einem Verstoß nur der Verlust der Beteiligung drohe; weitergehend van de Loo/Strnad, ZEV 2018, 617, 623 mit der Empfehlung, Minderjährige von einer solchen Verpflichtung ausdrücklich auszunehmen.

17 Vgl. Everts, Rpfleger 2005, 180 m. w. N.

18 OLG Oldenburg, Beschluss vom 17.07.2019, 12 W 53/19, MittBayNot 2020, 269 (m. Anm. Menzel); OLG Brandenburg, Beschluss vom 05.06.2018, 7 W 52/17, NotBZ 2020, 101, 102, OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.05.2008, 20 W 123/08, DNotZ 2009, 142.

19 OLG München, Beschluss vom 17.06.2010, 31 Wx 070/10, MittBayNot 2010, 400.

20 Siehe oben Teil 1, I. 2., Fall 2 Abwandlung 2.

21 Nämlich wie im Grundstücksrecht, siehe oben Teil 1, I. 2., Fall 2 Abwandlung 4.

Pflegschaftserfordernis gleichsam zu „erzwingen“, indem man die Hafteinlage mit 1 € offen lässt²² oder – vorzugswürdig, da potenzielle Gefahr für den Minderjährigen geringer, – für den Erwerb eine Gegenleistung von 1 € vereinbart.²³ Im Bereich des § 1852 BGB löst man dadurch auch nicht automatisch eine gerichtliche Genehmigungspflicht aus. Diese besteht ohnehin, denn anders als im Grundstücksrecht²⁴ spielt die Frage der (Un-)Entgeltlichkeit bei § 1852 BGB keine Rolle.

Der nach § 1809 BGB für B zu bestellende Ergänzungspfleger bedarf der familiengerichtlichen Genehmigung, § 1799 Abs. 1, § 1813 Abs. 1, § 1852 Nr. 1 b) BGB; lässt man entgegen der hier vertretenen Auffassung die Eltern zur Vertretung des B zu, bräuchten aber auch diese die Genehmigung nach § 1643 Abs. 1 BGB. Die Rechtsform ist unerheblich, erfasst sind auch Kommanditbeteiligungen, auch wenn mit diesen kein aktives Einbringen in die Gesellschaft verbunden ist. Entscheidend ist auch insofern das Betreiben eines Erwerbsgeschäfts durch die Gesellschaft. Damit muss zugleich bei Personengesellschaften nicht mehr der (Um-)Weg über einen Gesellschaftsvertragsschluss gemäß § 1822 Nr. 3 Var. 3 BGB a. F. gegangen werden, der bislang die Genehmigungspflicht, zumal bei unentgeltlichem Erwerb, auslöst.

2. Maßnahmen in der werbenden Gesellschaft

Fall 6:

Das Unternehmen aus Fall 4, an dem M, F und mittlerweile der minderjährige Bruder der F beteiligt sind, prosperiert in der Form der GmbH weiter und sucht Geldgeber. Das Stammkapital der GmbH soll um 10 % erhöht werden und zur Übernahme der Investor X zugelassen werden, der zugleich ein Agio in bestimmter Höhe in die Rücklagen zu leisten hat. Dabei soll zugleich die Satzung geändert werden (Änderung der Firma und Schaffung bestimmter Einstimmigkeitserfordernisse in der Gesellschafterversammlung). Ferner soll Y als weiterer einzelvertretungsberechtigter und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer (neben M und F) installiert werden.

Lösung Fall 6:

Für die Beurteilung der rechtlichen Vor- oder Nachteilhaftigkeit von Gesellschafterbeschlüssen und somit eines Vertretungsausschlusses nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 1 BGB kann die Rechtslage zu § 181 BGB herangezogen werden: Übt ein Gesellschafter in der Gesellschaftsversammlung bei Beschlüssen zur Willensbildung der Gesellschaft das Stimmrecht sowohl für sich als auch für einen anderen Gesellschafter als dessen Vertreter aus, steht § 181 BGB dem nach der Rechtsprechung nicht entgegen.²⁵ Dies

gilt im Hinblick auf die Existenz der speziellen Regelungen in §§ 135, 136 AktG auch für Beschlüsse der Hauptversammlung der AG,²⁶ nicht aber für Grundlagenbeschlüsse in der GmbH, weil Beschlüsse über eine Satzungsänderung stets die Gefahr einer Interessenkollision beinhalten. Hier ist jeder Gesellschafter für sich aufgerufen, über die Änderung entsprechend seinen Interessen mit zu entscheiden.²⁷ Auch bei Zustimmungsbeschlüssen zu Veränderungen im Gesellschafterbestand ist aufgrund des bestehenden Interessenkonflikts dann der Anwendungsbereich des § 1824 Abs. 1 BGB eröffnet, wobei es auf die Art und Weise des Beitritts nicht ankommt.²⁸ Gesellschafterbeschlüssen über Geschäftsführungsmaßnahmen steht § 181 BGB wiederum nicht entgegen,²⁹ zum Beispiel bei Geschäftsführerbestellungen.³⁰

Gerichtliche Genehmigungserfordernisse bestehen jeweils nicht, der Katalog des § 1852 BGB ist abschließend.³¹ Dies führt dazu, dass in der werbenden Gesellschaft ungeeignete Geschäftsführer ins Amt kommen können, die der Beteiligung des Minderjährigen Schaden zufügen können, während dieser Umstand im Zuge des Genehmigungsverfahrens bei Gründung der Gesellschaft oder sonstiger Aufnahme des Minderjährigen ein Prüfungspunkt ist und zur Versagung der Genehmigung führen kann.³²

Fall 7:

Nach einigen erfolgreichen Jahren – B ist mittlerweile volljährig, M und F haben einander geheiratet – erleidet M einen stressbedingten Schlaganfall und ist dauernd geschäftsunfähig. Amtlich bestellte Betreuerin von M ist F. Das Unternehmen (in Form einer GmbH) soll nun liquidiert werden.

Abwandlung: M verstirbt und hinterlässt neben F den gemeinsamen Sohn S, der erst vier Jahre alt ist. F ist testamentarische Erbin des M. Seine „Beteiligung am Unternehmen“ hat M (was nach den zugrunde liegenden gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen zulässig ist) dem S vermacht.

Lösung Fall 7:

Der Übergang in das Liquidationsstadium ist rechtlich nachteilhaft für den Betreuten, da damit die Weichen in Richtung Beendigung seiner Gesellschafterstellung gestellt werden (für die Rückkehr in das werbende Stadium

²² Heckschen/Stirnad, notar 2019, 406, 422.

²³ Herrler/Everts, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 18 Rdnr. 14.

²⁴ Siehe oben Teil 1, I. 2., Fall 2 Abwandlung 4 bzw. § 1850 Nr. 6 BGB.

²⁵ BGH, Urteil vom 06.10.1960, II ZR 215/58 NJW 1960, 2285, 2286; Urteil vom 22.09.1969, II ZR 144/68, 1970, 33; vgl. auch Suttmann, MittBayNot 2011, 1 ff. sowie ausf. zur Beschlussfassung mit minderjährigen Gesellschaftern Flume, NZG 2014, 17.

²⁶ Z. B. Eble, RNotZ 2021, 117, 137; MünchKomm-BGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 181 Rdnr. 36.

²⁷ BGH, Urteil vom 06.06.1988, II ZR 318/87, NJW 1989, 168, 169; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2016, 173, 174; MünchKomm-BGB/Schubert, § 181 Rdnr. 36.

²⁸ Vgl. OLG München, Urteil vom 30.03.2022, 7 U 6050/21, BeckRS 2022, 7476 Rdnr. 58.

²⁹ OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.04.2018, 12 W 669/18, MittBayNot 2018, 333; MünchKomm-BGB/Schubert, § 181 Rdnr. 36.

³⁰ OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.04.2018, 12 W 669/18, MittBayNot 2018, 333.

³¹ Werner, ZEV 2021, 618, 622 (insbesondere für Kapitalerhöhungsbeschlüsse); Eble, RNotZ 2021, 117, 137; Flume, FamRZ 2016, 277, 283.

³² KG, Beschluss vom 05.03.2020, 13 UF 18/20, NZG 2020, 548.

bedürfte es eines erneuten Beschlusses) und für die darauffolgende endgültige Abmeldung der Gesellschaft durch den/die Liquidator/-en samt Löschung im Handelsregister seine bzw. seines Vertreters Mitwirkung nicht mehr nötig ist. Für M muss daher an der entsprechenden Beschlussfassung statt F ein nach § 1817 Abs. 5 BGB zu bestellender Ergänzungsbetreuer mitwirken. Eine gerichtliche Genehmigungsbedürftigkeit für das Handeln des Ergänzungsbetreibers besteht jedoch nicht. Verträge, die auf die Auflösung eines Erwerbsgeschäfts gerichtet sind, fallen schon dem Wortlaut nach nicht unter § 1852 BGB.³³

Lösung Abwandlung:

Auch wenn an sich „nur“ die Erfüllung einer Verbindlichkeit für S im Raum steht, ist die überlebende und somit allein-sorgeberechtigte Mutter von der Vertretung nach § 1824 Abs. 1, § 181 BGB ausgeschlossen. Denn zum einen ist die rechtliche Vor-/Nachteilhaftigkeit des Erfüllungsgeschäfts für sich zu untersuchen;³⁴ zum anderen ist der Erwerb von GmbH-Geschäftsanteilen rechtlich nachteilhaft.³⁵ Somit kommt man in der Abwandlung gleichwohl zu einem Vertretungsausschluss der F.³⁶ Einer gerichtlichen Genehmigung bedarf es entgegen der bisherigen Rechtslage³⁷ in der vorliegenden Abwandlung für die Übertragung der GmbH-Beteiligung aber in jedem Fall; § 1852 Nr. 1b) i. V. m. § 1643 Abs. 1 BGB erfasst jetzt sowohl Verpflichtungs- als auch Erfüllungsgeschäfte. Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung hätte auch³⁸ hier geholfen.

3. „Grundstücksgesellschaften“

Fall 8:

Die Eltern der F haben Grundbesitz (selbstgenutztes Wohnhausgrundstück in Bestlage in München) in eine Grundstücks-GbR (alternativ: eine Grundstücks-GmbH & KG) eingebracht, an der nun neben F selbst auch deren noch minderjährige Schwester S (15 Jahre alt) beteiligt werden sollen. F und S müssen darüber hinaus keine Einlagen leisten, in der Alternative sind sie an der Komplementär-GmbH nicht beteiligt. Ergeben sich im weiteren Verlauf Probleme, wenn die Gesellschaftsimmobilie (wieder) veräußert werden soll und ein Gesellschafter noch minderjährig ist?

Lösung Fall 8:

Der Umstand, dass es sich um eine vermögensverwaltende Gesellschaft handelt, ändert nichts daran, dass nach hier vertretener Auffassung nicht nur in der Rechtsform der GbR, sondern auch der KG ein Vertretungsausschluss und somit ein Pflegschaftserfordernis besteht (siehe oben Fall 5 Abwandlung 4).

Nach herrschender Meinung bedarf die Übertragung eines Kommanditanteils an einer rein vermögensverwaltenden

KG auf einen Minderjährigen jedoch keiner familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 1, § 1852 Nr. 1 BGB, argumentum e contrario.³⁹ Nicht genehmigungsbedürftig ist auch der Erwerb eines Kommanditanteils, insbesondere dann, wenn sich die Tätigkeit der KG auf die Verwaltung eines von den Gesellschaftern selbst genutzten Wohnhauses beschränkt.⁴⁰ Dies gilt dann konsequenterweise auch für rein vermögensverwaltende GbR. Hauptargument für die Genehmigungsfreiheit ist, dass bei einer Personengesellschaft, die nur eigenes Vermögen verwaltet, kein Erwerbsgeschäft i. S. v. § 1852 Nr. 1b) BGB vorliegt. Nach § 1854 Nr. 4 BGB kommt zudem eine Genehmigungsbedürftigkeit bei einer Haftung als gesetzliche Folge eines anderen Rechtsgeschäfts nicht mehr in Frage.

Etwas anderes kann jedoch gelten, wenn Gegenstand der Gesellschaft die Verwaltung, Vermietung und Verwertung gewerblich nutzbarer Immobilien von erheblichem Wert ist. Hier liegt nämlich eine regelmäßig ausgeübte, auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit vor und damit ein Erwerbsgeschäft.⁴¹ Auf den Betrieb eines Erwerbsgeschäfts gerichtet und somit genehmigungsbedürftig sind deshalb auch Familiengrundstücksgesellschaften.⁴² Das Gesetz äußert sich zur Frage der Abgrenzung von Erwerbsgeschäft und Vermögensverwaltung nicht, obwohl dies eine wertstiftende Neuerung gewesen wäre, um die Diskussion in Rechtsprechung und Literatur zu beenden oder zumindest zu vereinfachen.⁴³ Aus Sicht der Praxis wird man vorsichtshalber immer davon ausgehen müssen, dass eine Genehmigungsbedürftigkeit gegeben ist, wenn die Gesellschaft bereits eine einzige Immobilie vermietet.⁴⁴

Im weiteren Verlauf könnte man annehmen, die Veräußerung von Gesellschaftsimmobilien stelle insofern kein Problem dar, als dies durch die rechtsfähige Gesellschaft selbst geschehe. Konsequenterweise sollte dem die rechtliche Schutzbedürftigkeit eines Gesellschafters nicht entgegenstehen. Dies ist aber mitnichten unproblematisch. So ging es in einem vom OLG Nürnberg⁴⁵ entschiedenen Fall um die Frage, ob die Veräußerung von Grundbesitz durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, an der Minderjährige beteiligt sind, der familiengerichtlichen Genehmigung nach § 1643 Abs. 1, § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F. bedurfte. Das Ge-

39 Vgl. unter anderen OLG Bremen, Beschluss vom 16.06.2008, 2 W 38/08, ZEV 2008, 608; OLG München, Beschluss vom 06.11.2008, 31 Wx 76/08, MittBayNot 2009, 52; OLG Jena, Beschluss vom 22.03.2013, 2 WF 26/13, MittBayNot 2013, 387 (jedoch unsauber, da die Frage der lediglich rechtlichen Vorteilhaftigkeit, welche nur für die Vertretungsbefugnis der Eltern eine Rolle spielt, und die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts vermischt wurden).

40 OLG München, Beschluss vom 06.11.2008, 31 Wx 76/08, MittBayNot 2009, 52.

41 Vgl. OLG Nürnberg, Beschluss vom 16.12.2014, 11 WF 1415/14, MittBayNot 2015, 235.

42 BayObLG, Beschluss vom 06.07.1995, 1 Z BR 157/94, 1995, DNotZ 1995, 941, 942 f.; Beschluss vom 05.03.1997, 1 Z BR 210/96, MittBayNot 1998, 40.

43 Nellen, ZErB 2021, 382, 388.

44 Bock, DNotZ 2020, 643, 648.

45 Beschluss vom 04.10.2012, 15 W 1623/12, MittBayNot 2014, 165.

33 Eble, RNotZ 2021; 117, 138; Flume, FamRZ 2016, 277, 283.

34 Siehe oben Teil 1, I. 2., Fall 2 Abwandlung 2.

35 Siehe oben Fall 5 Abwandlung 2.

36 A. A. dürften Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 190, sein.

37 Insofern zutr. Menzel/Wolf, MittBayNot 2010, 186, 190.

38 Siehe oben Teil 1, I. 2., Fall 4.

richt stellte in diesem Zusammenhang maßgeblich ebenfalls darauf ab, ob es sich um eine gewerblich tätige oder eine vermögensverwaltende GbR handelt. Denn bei der gewerblich tätigen GbR sei bereits der Beitritt des Minderjährigen nach § 1643 Abs. 1, § 1822 Nr. 3 BGB gerichtlich zu genehmigen. Diese Genehmigung beziehe sich ihrem Zweck nach auch auf solche künftigen, ihrerseits genehmigungsbedürftigen Geschäfte, die zum Zeitpunkt des Beitritts absehbar waren. Die Genehmigung des Beitritts schließe also die einzelnen Geschäfte im Rahmen des Gesellschaftszwecks mit ein. Bei einer rein vermögensverwaltenden GbR gehöre die Veräußerung von Grundbesitz jedoch nicht zum Gesellschaftszweck. Daher sei hierfür eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich. Den Einwand, dass die GbR das veräußernde Rechtssubjekt sei und nicht der Minderjährige, ließ das OLG Nürnberg nicht gelten. Die Änderung der Rechtsprechung in Bezug auf die Rechtsfähigkeit der GbR habe nicht den Minderjährigenschutz einschränken wollen. Der Zweck des Genehmigungserfordernisses, nämlich den als besonders sicher und wertbeständig anzusehenden Grundbesitz zu schützen, bleibe vielmehr erhalten.

Diese Überlegungen lassen sich auf vermögensverwaltende Kommanditgesellschaften, bei denen derartige Rechtsgeschäfte nach vorstehender Lesart ultra vires vorgenommen werden, übertragen. Für die übrigen Gesellschaften als Handelsgesellschaften bzw. Kaufleute nach dem HGB oder bei sonstigem Betreiben eines Erwerbsgeschäfts ergibt sich das Problem also nicht, da die Beitrittsgenehmigung hier stets entsprechendes Handeln der Gesellschaft abdeckt.

II. Erbrecht

Fall 9:

Für die unbekanntten Erben des Erblassers E ist ein Nachlasspfleger N bestellt, mit dem Aufgabenbereich, den Nachlass zu sichern und zu verwalten. N beabsichtigt, eine sanierungsbedürftige leerstehende Eigentumswohnung aus dem Nachlass an Dritte zu veräußern und den Erlös anzulegen, da die liquiden Nachlassmittel zur Renovierung nicht ausreichen und die Wohnung so nicht vermietbar ist.

Abwandlung 1:

Die Erbin von E ist bekannt und auch als solche im Grundbuch der Eigentumswohnung eingetragen, nämlich seine Tochter T allein. Diese ist 50 Jahre alt, jedoch nur (nicht befreite) Vorerbin. Nacherben nach E sind die „Abkömmlinge von T zu unter sich gleichen Anteilen.“ Der Nacherbfall tritt mit dem Tod der Vorerbin ein. Ein entsprechender Nacherbenvermerk ist im Grundbuch eingetragen. T möchte den Nacherbenvermerk jetzt löschen lassen, da „sich die Anordnung mittlerweile überholt hat“; ihr Sohn ist hiermit einverstanden.

Abwandlung 2:

Die Eigentumswohnung soll – mit Einverständnis des Sohnes – an Dritte zu marktüblichen Bedingungen verkauft werden und im Zuge dessen der Nacherbenvermerk gelöscht werden.

Abwandlung 3:

T ist von den Vorerbenbeschränkungen in weitest möglichem Umfang befreit. Es soll wiederum a) der Nacherbenvermerk (nur) gelöscht werden, b) die Wohnung an Dritte verkauft werden, c) die Wohnung an ihren Sohn schenkweise übertragen werden.

Abwandlung 4:

Die Nacherbfolge ist (ohne Befreiung) in der Weise angeordnet, dass Nacherbe ausschließlich deren namentlich benannter Sohn S ist, „ersatzweise dessen Abkömmlinge nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge“. Es soll abermals a) der Nacherbenvermerk (nur) gelöscht werden, b) die Wohnung an Dritte verkauft werden, c) die Wohnung an ihren Sohn schenkweise übertragen werden.

1. „Unbekannte Erben“

Lösung Fall 9 (Grundfall):

Unter anderem dann, wenn ein Erbe unbekannt ist, kann das Nachlassgericht zur Sicherung des Nachlasses einen Pfleger bestellen, § 1960 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 BGB. Die Nachlasspflegschaft ist – trotz ihrer missverständlichen Bezeichnung – keine Pflugschaft über ein Sondervermögen, sondern echte Personenpflugschaft; der Pfleger vertritt insoweit den (noch) unbekanntten Erben einer bestimmten (verstorbenen) Person.⁴⁶ Es handelt sich um eine „sonstige Pflugschaft“ i. S. d. §§ 1882 ff. BGB, in Abgrenzung zur nunmehrigen „Pflugschaft für Minderjährige“ gemäß §§ 1809 ff. BGB.⁴⁷ Auch wenn die Nachlasspflegschaft selbst in den §§ 1882 ff. BGB nicht explizit geregelt ist (sondern eben in §§ 1960 ff. BGB), gelten §§ 1882 ff. BGB auch für sie. Das ergibt sich mittelbar aus § 1885 BGB (Erwähnung und Anordnungszuständigkeit des Nachlassgerichts) und, insofern wie bisher, aus § 1962 BGB (Zuständigkeit des Nachlassgerichts anstelle des Familien-/Betreuungsgerichts im Übrigen).

Über § 1888 Abs. 1 BGB gelangt man für diese Pflugschaften direkt in die Anwendbarkeit der betreuungsrechtlichen Vorschriften, während man bei der Pflugschaft für Minderjährige nach § 1813 Abs. 1 BGB erst in das Vormundschaftsrecht gelangt, und von dort auf das Betreuungsrecht verwiesen wird, § 1799 Abs. 1 BGB. Auch insofern ist die Gesetzessystematik verändert, da nach bisherigem Recht zentrale Verweisungsnorm für alle Pflugschaften § 1915 BGB a. F. war. Nicht alles ist also durch die Familienrechtsreform einfacher geworden.

In Fall 9 (Grundfall) vertritt somit nach § 1881 Abs. 1, §§ 1823, 1960 BGB der Nachlasspfleger die (unbekanntten) Erben des Verstorbenen. Er ist dabei insbesondere zur Veräußerung von Nachlassgrundbesitz berechtigt.⁴⁸ Er bedarf jedoch zu einer solchen Veräußerung der Genehmigung des

⁴⁶ Statt aller BeckOGK-BGB/Heinemann, Stand: 01.06.2022, § 1960 Rdnr. 62 m. w. N.

⁴⁷ BT-Drucks. 19/24445, S. 150.

⁴⁸ Burandt/Rojahn/Najdecki, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 1960 Rdnr. 25.

Nachlassgerichts nach § 1888 Abs. 1, § 1850 Nr. 1, § 1962 BGB. Im Beispielfall spricht bei abstrakter Betrachtung Einiges dafür, dass diese auch erteilt werden wird. Eine Vorabbelastung mit Grundpfandrechten für Finanzierungszwecke des Käufers müsste auch hier gesondert genehmigt werden (vgl. oben Fall 1 Abwandlung 2 beim Verkauf durch einen Betreuer). Nebenbei sei bemerkt, dass über die weitere Verweisung in § 1975 BGB das Vorstehende auch für einen Nachlassverwalter gelten würde.⁴⁹

2. Insbesondere: „Unbekannte Nacherben“

Lösung Abwandlung 1:

Vor Eintritt des Nacherbfalls erfolgt die Löschung des Nacherbenvermerks (auf Antrag) nur, wenn sie vom Nacherben nach § 19 GBO bewilligt ist oder Grundbuchunrichtigkeit (Wegfall der Nacherbenbindung in sonstiger Weise) nach § 22 Abs. 1 GBO nachgewiesen ist, jeweils in der Form des § 29 GBO. Dabei ist zur vollständigen Löschung des Vermerks die Bewilligung sämtlicher Nacherben erforderlich. Hier ist aufgrund der weiten Fassung des Nacherbenvermerks bis zum Tod der T trotz deren Alters nicht klar, ob sie außer ihrem Sohn, dessen Bewilligung nötig und zu erlangen ist, noch weitere Abkömmlinge haben wird (Stichworte: demographische Entwicklung, Fortschritte der Fortpflanzungsmedizin, mögliche Adoptionen). Für diese unbekannt (unbestimmten) Nacherben wäre daher die Bestellung eines Pflegers für unbekannt Beteiligte nötig;⁵⁰ nach § 1882 Satz 2 BGB kann insbesondere für einen Nacherben, der noch nicht gezeugt ist oder dessen Persönlichkeit erst durch ein künftiges Ereignis bestimmt wird, bis zum Eintritt des Nacherbfalls ein Pfleger bestellt werden. Dieser müsste nach § 1888, § 1850 Nr. 1 BGB für die Wirksamkeit seiner Löschungsbewilligung die Genehmigung des Betreuungsgerichts einholen. Jedenfalls die Genehmigung würde ohne angemessenen Ausgleich auf ein Sperrkonto, Hinterlegung oder Ähnliches voraussichtlich nicht erteilt.

Lösung Abwandlung 2:

Die entgeltliche Veräußerung allein bewirkt noch nicht, dass mit Eigentumsumschreibung auf den Käufer die Wohnung aus der Nacherbenbindung ausscheidet und der Nacherbenvermerk gelöscht werden könnte; hierfür ist die Zustimmung des Nacherben in der Form des § 29 GBO erforderlich, vgl. § 2113 Abs. 1 BGB. Erforderlich ist auch hier die Zustimmung aller Nacherben, sodass mutatis mutandis das Gleiche gilt wie in Abwandlung 1:⁵¹ Für die (unbekannten) Nacherben bedürfte es eines Pflegers nach § 1882 Satz 2 BGB, wobei die Wirksamkeit von dessen Zustimmung für die unbekannt Nacherben wiederum nach § 1888 Abs. 1, § 1850 Nr. 1 BGB von der betreuungsgerichtlichen Genehmigung abhängen würde; denn die Zustimmung des Nach-

erben zur Grundstücksveräußerung ist selbst Verfügung im Sinne der Vorschrift.⁵² Bei der Vertragsgestaltung müssten also Bestellung und Zustimmung des Pflegers nebst der zugehörigen gerichtlichen Genehmigung zur Fälligkeitsvoraussetzung gemacht werden (nicht: „die Löschung des Nacherbenvermerks“!). Pfleger und/oder Gericht können an ihre Erklärungen überdies Auflagen und Bedingungen knüpfen (teilweise Kaufpreishinterlegung oder Ähnliches), die dann an die Urkundsbeteiligten weitergegeben werden müssten. Dies wäre wiederum im Vorfeld bei der Gestaltung in Bedacht zu nehmen.

Lösung Abwandlung 3:

- Für die isolierte Löschung wären Pflegerbestellung und gerichtliche Genehmigung ebenso nötig wie in Abwandlung 1. Die Befreiung macht hier keinen Unterschied!
- Wenn (unter anderem) von § 2113 Abs. 1 BGB dem Vorerben Befreiung erteilt ist, bedarf es für den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit bei Eigentumsumschreibung auf den Käufer nebst Löschung des Nacherbenvermerks nicht der Zustimmung der Nacherben (auch nicht der bekannten), wohl aber des Nachweises, dass tatsächlich kein unentgeltlicher Erwerb, und sei es auch nur teilweise, vorliegt. Dabei ist allerdings bei dem Verkauf des Grundstücks an einen Dritten davon auszugehen, dass der vereinbarte Kaufpreis dem Wert des Grundstücks entspricht.⁵³ Vertretungs- und Genehmigungsprobleme ergeben sich nicht.⁵⁴
- Erfolgt eine Verfügung unentgeltlich, besteht die Zustimmungspflicht der Nacherben hierzu, § 2113 Abs. 2 BGB; hiervon kann keine Befreiung erteilt werden, da § 2136 BGB auf § 2113 Abs. 2 BGB nicht verweist. Selbst wenn also der Sohn der Vorerbin T als Erwerber und namentlich bekannter Nacherbe (vorsorglich) seine Nacherbenzustimmung explizit erklärt, wäre zusätzlich die der weiteren (unbekannten) Nacherben über den Pfleger nach § 1882 Satz 2 BGB mit betreuungsgerichtlicher Genehmigung nach § 1888 Abs. 1, § 1850 Nr. 1 BGB nötig. Ob diese Erklärungen vorliegend auflagenfrei erfolgen, dürfte wiederum zweifelhaft sein.

Lösung Abwandlung 4:

Anders als im Grundfall ist der (einzige) Nacherbe, S, namentlich bekannt, aber es sind Ersatznacherben bestimmt, die wiederum nicht benannt/(noch) nicht bekannt sind. Dar- aus folgt:

⁵² BayObLG, Beschluss vom 15.12.1959, BReg. 2 Z 197/59, NJW 1960, 965, 966; BeckOK-GBO/Hügel, Stand: 01.06.2022, Sonderbereich „Vertretungsmacht“ Rdnr. 222.

⁵³ Vgl. statt aller *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3516, 3518.

⁵⁴ Wohl aber das Thema der Anhörung der bekannten wie unbekannt (!) Nacherben, teilweise sogar der Ersatznacherben; hierauf kann im Rahmen dieses Beitrags aber nicht näher eingegangen werden, siehe etwa OLG München, Beschluss vom 10.08.2012, 34 Wx 187/12, ZEV 2012, 674; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.03.2012, I-3 Wx 299/11, FamRZ 2012, 1762; OLG Bamberg, Beschluss vom 22.01.2015, 3 W 3/15, MittBayNot 2015, 402; *Morhard*, MittBayNot 2015, 361 ff.

⁴⁹ So jetzt zum Beispiel OLG Hamburg, Urteil vom 21.12.2021, 2 U 11/21, ZEV 2022, 343, 346.

⁵⁰ OLG Hamm, Beschluss vom 09.05.1969, 15 W 543/68, NJW 1969, 1490; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3512 m. w. N.

⁵¹ Vgl. BGH, Beschluss vom 19.12.2013, V ZB 209/12, NJW 2014, 1593.

a) Für die isolierte Löschung des Nacherbenvermerks ist neben der Löschungsbewilligung des S zusätzlich die der (unbekannten) Ersatznacherben erforderlich, weil der Nacherbenvermerk auch ihrem Schutz dient. Für diese ergäbe sich also wiederum ein Pflegschafts- und betreuungsgerichtliches Genehmigungserfordernis.⁵⁵

b) Wegen § 2113 Abs. 1 BGB besteht das Erfordernis der Nacherbenzustimmung, um die Eigentumswohnung aus der Nacherbenbindung zu lösen. Der einzige Nacherbe ist jedoch bekannt und einverstanden. Die Zustimmung der Ersatznacherben ist dagegen bei Herauslösung einzelner Gegenstände aus der Nacherbenbindung nicht erforderlich,⁵⁶ also ergibt sich auch kein Pflegschafts- oder Genehmigungsproblem.⁵⁷

c) Die Zustimmung der Ersatznacherben ist unabhängig davon entbehrlich, ob die Übertragung des nacherbengebundenen Grundbesitzes entgeltlich oder (teil-)unentgeltlich (§ 2113 Abs. 2 BGB) erfolgt. Stimmt der, wie hier einzige, Nacherbe, zu, ist die Grundbuchunrichtigkeit insofern nachgewiesen und der Nacherbenvermerk wegen Gegenstandslosigkeit zu löschen. Das gilt auch und gerade, wenn die Übertragung auf den (einzigen) Nacherben – oder bei mehreren Nacherben auf alle entsprechend den für sie ausgeworfenen Quoten – erfolgt, denn dadurch würde ja nur der erblasserische Wille gleichsam vorgezogen erfüllt. Ein Pflegschafts- oder Genehmigungsthema stellt sich in dieser Variante somit ebenfalls nicht.

3. Probleme rund um die Ausschlagung und Nachfolge in den Erbanteil

Fall 10:

Für die alleinstehende X ist Rechtsanwältin R als Berufsbetreuerin für „alle Angelegenheiten“ bestellt. Die Schwester von X ist ledig und kinderlos verstorben, von letztwilligen Verfügungen ist nichts bekannt. Der Nachlass ist überschuldet. R will für X das Erbe von deren Schwester ausschlagen.

Lösung Fall 10:

Den Umfang der rechtlichen Betreuung regelt seit dem 01.01.2023 § 1815 BGB. Die Aufgabenbereiche sind dabei vom Betreuungsgericht im Einzelnen anzuordnen (§ 1815 Abs. 1 Satz 2 BGB) und ergeben dann den sog. „Aufgabenkreis“. Ließ § 1901 Abs. 1 BGB a. F. noch eine weite Fassung „alle Angelegenheiten“ zu, wird dies künftig nicht mehr möglich sein. Bestehende Betreuungen sind gemäß Art. 229 § 52 Abs. 3 EGBGB bis zum 01.01.2024 entsprechend zu ändern. Nötig und ausreichend wird aber weiterhin die Anordnung (unter anderem) des Aufgabenbereichs „Vermögensangelegenheiten“ sein, damit der Betreuer für den Betreuten als gesetzlicher Vertreter gemäß § 1823 BGB

die Ausschlagung erklären kann;⁵⁸ eine weitere Differenzierung hin zum Beispiel zu „erbrechtlichen Erklärungen“, „Veräußerungsverträgen“, „Verfügung über Grundbesitz“ ist weder sinnvoll noch praktikabel. R kann also grundsätzlich die Ausschlagung für X erklären.

Im Hinblick auf die gerichtlichen Genehmigungspflichten erweist sich die Familienrechtsreform gerade im Erbrecht für den Rechtsanwender als praktisch: Die bislang teilweise weit verstreut liegenden Erfordernisse sind jetzt gebündelt in § 1851 BGB normiert. Nach dessen Nr. 1 bedarf R im vorliegenden Fall unter anderem für die Ausschlagung der Erbschaft der Genehmigung des Betreuungsgerichts. Nach dem Wortlaut des § 1851 Nr. 1 BGB ist nur die Ausschlagung einer Erbschaft und eines Vermächtnisses genehmigungsbedürftig, nicht aber die Anfechtung der Annahme bzw. der Ausschlagung. Es dürfte sich um ein redaktionelles Versehen handeln.⁵⁹

§ 1858 Abs. 3 BGB bestimmt jetzt ausdrücklich die Hemmung der kurzen Ausschlagungsfrist nach § 1944 BGB bis zum rechtskräftigen Abschluss des Genehmigungsverfahrens. Eines Rückgriffs auf § 206 BGB („Hemmung bei höherer Gewalt“) bedarf es also nicht mehr. Wie bislang ist es daher im Ergebnis ausreichend, aber auch erforderlich, dass die gerichtliche Genehmigung vor Ablauf der Frist beantragt worden ist.⁶⁰

Neu ist, dass nach § 1858 Abs. 3 Satz 5 BGB das Betreuungsgericht bei einer Ausschlagung durch den Betreuer dem Nachlassgericht nach Rechtskraft des Genehmigungsbeschlusses die Erteilung oder Versagung der Genehmigung automatisch mitteilt, sodass die Ausschlagung ohne weiteres Zutun des Betreuers wirksam wird. Das gilt auch und gerade dann, wenn sich das Nachlassgericht und das Betreuungsgericht an verschiedenen Orten befinden; eine Beschränkung auf eine Mitteilungspflicht innerhalb der verschiedenen Abteilungen desselben AG ist im Gesetz nicht angelegt. Nach bisherigem Recht hatte der Betreuer das Nachlassgericht über den rechtskräftigen Genehmigungsbeschluss zu informieren, wobei er von einem Genehmigungsbeschluss keinen Gebrauch machen musste; der Betreuer hatte also noch das Recht zu entscheiden, ob er die Ausschlagung wirksam werden lassen möchte.⁶¹ Dieses Wahlrecht ist nunmehr entfallen.

Für die notarielle Praxis ergibt sich daraus, dass es einer expliziten Vollmacht zur Entgegennahme der rechtskräftigen Genehmigung für den Betreuer und zur Mitteilung derselben an das zuständige Nachlassgericht nicht bedarf, ebenso nicht mehr der Übersendung der rechtskräftigen Beschlussausfertigung an das Nachlassgericht (andernfalls ergäbe § 1858 Abs. 3 Satz 5 BGB keinen praktischen Sinn). Es reicht künftig – wenn vom Betreuer gewünscht – die Vollmacht an den Notar zur Einholung der Genehmigung aus. Deren Eingang sollte aber gleichwohl weiter überwacht

55 Vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3513.

56 St. Rspr. seit BGH, Urteil vom 25.09.1963, V ZR 130/61, NJW 1963, 2320; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 3519; zu der Anhörungsproblematik siehe oben Fn. 54.

57 Anders dagegen bei sog. „weiteren Nacherben“ (= „Nachnacherben“), hier wäre dann wieder die Konstellation aus der Abwandlung 1 einschlägig.

58 Statt aller BeckOGK-BGB/*Heinemann*, § 1945 Rdnr. 78.

59 So auch *Horn*, ZEV 2020, 748, 750.

60 *Müller-Engels*, ErbR 2022, 666, 669.

61 *Horn*, ZEV 2016, 20, 22.

werden und dem Betreuer hiervon Mitteilung gemacht werden. Da in der Anfangszeit unter Umständen noch nicht alle Gerichte die Neuerung verinnerlicht haben, könnte es sich empfehlen, darauf zu achten, ob im Genehmigungsbeschluss die Mitteilung erwähnt ist und ggf. dem Nachlassgericht trotzdem zumindest eine Abschrift der Genehmigung zukommen zu lassen.

Fall 11:

Die Schwester von X aus Fall 10 hat noch einen Bruder B hinterlassen, der verheiratet ist und zwei minderjährige Kinder (vier und sechs Jahre alt) hat. Sowohl B als auch dessen Kinder sollen ebenfalls nicht Erbe werden. Die Ehefrau des B ist einverstanden.

Abwandlung 1: Der Nachlass ist nicht überschuldet, sondern nach Abzug aller Nachlassverbindlichkeiten einschließlich Sterbefallskosten würde sich noch ein auf B entfallender Geldbetrag von ca. 30.000 € ergeben. B möchte gleichwohl, ausschlagen, und auch seine Kinder sollen – wiederum mit Einverständnis seiner Ehefrau und Mutter der Kinder – von ihrer Tante nichts erben, weil sich B Zeit seines Lebens mit seiner erblasserischen Schwester in herzlicher Abneigung verbunden fühlte und sich daher auch jetzt nicht zum Beispiel um die Haushaltsauflösung und andere organisatorische Dinge kümmern möchte. Seine weitere Schwester X benötige das Geld dringender und solle sich daher auch mit deren Betreuerin R um alles kümmern.

Abwandlung 2: Wie Abwandlung 1, mit dem Unterschied, dass B nur für sich und seine ältere Tochter ausschlagen möchte, sodass der Anteil am Nachlass allein der jüngeren Tochter zugutekommen soll – „denn die Ältere hat von ihrer Tante schon genug bekommen und wenigstens soll insoweit für die Jüngere der Freibetrag nach meiner Schwester ausgenutzt werden, bevor es erst über mich läuft“. Hilfsweise möchte B nur für sich das Erbe ausschlagen und dann mit seiner Ehefrau und Mutter der Kinder eine Vereinbarung für die Töchter treffen, wonach die Ältere ihren Erbanteil entschädigungslos auf die Jüngere überträgt oder die Erbengemeinschaft der beiden Töchter entsprechend auseinandergesetzt wird.

Abwandlung 3: B ist geschieden und der Nachlass wie im Grundfall überschuldet, das Sorgerecht für die beiden minderjährigen Kinder steht aber allein der Ex-Frau von B zu.

Lösung Fall 11 (Grundfall):

Das Recht der elterlichen Sorge umfasst in vermögensrechtlicher Hinsicht auch die Befugnis, für sein Kind u. a. angefallene Erbschaften auszuschlagen, was sich schon daraus ergibt, dass sonst die Existenz des § 1643 Abs. 2 BGB nicht erklärbar wäre. Dabei gilt bei gemeinsamem Sorgerecht der Grundsatz der gemeinschaftlichen Vertretungsmacht nach § 1629 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 BGB auch hier unverändert. An sich bedürfte es für die Wirksamkeit der Ausschlagungserklärung nach § 1643 Abs. 1 BGB i. V. m. § 1851 Nr. 1 BGB der Genehmigung des zuständigen Betreuungsgerichts – jedoch nur, „soweit sich nicht aus den Absätzen 2 bis 5 etwas anderes ergibt“ (vgl. § 1643 Abs. 1 a. E. BGB). Aus § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB folgt, dass eine Genehmigung

dann nicht erforderlich ist, wenn das Kind anstelle des ausschlagenden allein- oder mitsorgeberechtigten Elternteils zur Erbschaft berufen wäre (und nicht neben). So liegen die Dinge im Grundfall 11, bei dem sich also im Ergebnis keine Veränderung gegenüber der bisherigen Rechtslage ergibt.

Lösung Abwandlung 1:

Dem Wortlaut des Gesetzes nach ist auch hier die Ausschlagung zulasten der Töchter genehmigungsfrei möglich. Dies wirkt mit Blick auf den Minderjährigenschutz und im Vergleich zum stärkeren Schutz eines Betreuten unbefriedigend. § 1643 Abs. 3 BGB macht aber wie bisher keinen Unterschied zwischen überschuldeten und werthaltigen Nachlässen und erfordert weiterhin keine Angabe von Gründen; für eine teleologische Reduktion besteht daher nach ganz herrschender Meinung kein Anlass.⁶² Notfalls ist das Kind über gerichtliche Maßnahmen im Einzelfall nach §§ 1666 f. BGB geschützt bzw. zu schützen.

Lösung Abwandlung 2:

Ob auch eine sog. „selektive“ oder „lenkende“ Ausschlagung genehmigungsfrei möglich ist, war bislang weitaus umstrittener. Die wohl überwiegende Meinung wich vom Gesetzeswortlaut ab und befürwortete mittels teleologischer Reduktion eine Genehmigungsbedürftigkeit der Erbausschlagung in diesen Fällen; die gesetzgeberische Vermutung eines Interessengleichklangs zwischen Eltern und Kind sollte hier widerlegt sein.⁶³ Die (zutreffende) andere Ansicht argumentierte unter anderem damit, dass das Kind auch in diesen Fällen durch die §§ 1666 f. BGB hinreichend geschützt sei und ein der selektiven Ausschlagung vergleichbares Ergebnis über den Weg der Erbanteilsübertragung nach §§ 2033 ff. BGB oder der Schenkung von Nachlassgegenständen erreicht werden könne (möge dies auch unter Umständen kostenträchtiger oder steuerlich weniger vorteilhaft sein).⁶⁴ Der Bundesrat hatte im Gesetzgebungsverfahren eine Klarstellung angeregt und sei es nur im Rahmen der Begründung.⁶⁵ Dies wurde von der Bundesregierung mit einer bemerkenswert ignoranten Begründung

62 OLG Köln, Beschluss vom 26.04.2012, II-12 UF 10/12, DNotZ 2012, 855; MünchKomm-BGB/Huber, § 1643 Rdnr. 19; Burandt/Rojahn/Hähn, Erbrecht, § 1643 Rdnr. 6; Sagmeister, ZEV 2012, 1832, 1833; Baumann, DNotZ 2012, 803, 805; a. A. Eue, ZEV 2018, 624 ff.

63 OLG Hamm, Beschluss vom 13.12.2013, I-15 W 374/13, MittBayNot 2014, 350; KG, Beschluss vom 13.03.2012, I W 747/11, ZEV 2012, 332; Burandt/Rojahn/Hähn, Erbrecht, § 1643 Rdnr. 4; Ivo, ZEV 2002, 309, 313; vgl. auch die Nachweise bei BeckOGK-BGB/Eitzinger, Stand: 01.07.2022, § 1643 Rdnr. 38.

64 So nun unter Aufgabe seiner früheren Rspr. OLG Hamm, Beschluss vom 28.06.2018, II-11-WF 112/18, MittBayNot 2019, 362 (m. Anm. Sagmeister); vgl. auch die Nachweise bei BeckOGK-BGB/Eitzinger, § 1643 Rdnr. 38.1.

65 BT-Drucks. 19/24445, S. 424.

abgelehnt,⁶⁶ gemessen daran, dass es sich bei „Ausschlagungen zugunsten von (...)“ doch in der Praxis um eine der häufigsten von juristischen Laien falsch eingeschätzten Möglichkeiten handelt, vergleichbar noch mit der „nachgeholten Pflichtteilanrechnung“ und dem Verkennen der Bindungswirkung privatschriftlicher gemeinschaftlicher Testamente. Beides wurde vom Gesetzgeber übrigens ebenfalls regelmäßig nicht für anpassungsbedürftig gehalten.

Allerdings hat der Reformgesetzgeber in § 1643 Abs. 3 Satz 2 BGB nunmehr ausdrücklich angeordnet, dass „ein Auseinandersetzungsvertrag und eine Vereinbarung, mit der das Kind aus der Erbengemeinschaft ausscheidet, (...) keiner Genehmigung (bedarf).“ Es ist nichts dafür ersichtlich, dass damit nur Nachlässe gemeint sein sollen, an denen ein Minderjähriger neben seinen Eltern oder einem Elternteil beteiligt ist,⁶⁷ was auch der Vergleich mit § 1851 Nr. 3 BGB zeigt (Genehmigungsbedürftigkeit von Erbanteilsübertragungen oder sog. „Abschichtungen“ und Erbauseinandersetzungen mit Betreuten) und zu dem § 1643 Abs. 3 Satz 2 BGB eine Ausnahme ist).⁶⁸ Dies erstaunt einerseits: Eltern können ein ihrem Kind unmittelbar angefallenen Erbanteil „des reichen Erbonkels aus Amerika“ zwar nicht ohne familiengerichtliche Genehmigung (die ohne adäquate Gegenleistung nicht zu erlangen sein wird) ausschlagen, wohl aber ihrem Kind seinen Anteil am Nachlass zufallen lassen, um diesen gleich danach genehmigungsfrei den anderen Miterben oder einer wohltätigen Organisation zu überschreiben; dies sogar ganz ohne Gegenleistung, da die Vorschrift betreffend Schenkungen Betreuer nach § 1854 Nr. 8 BGB nicht für das Elternhandeln gilt, § 1643 Abs. 5 BGB. Andererseits ist mit der Existenz dieser neuen Vorschrift der bislang herrschenden Meinung zu „lenkenden“ Ausschlagungen insofern der Boden der Argumentation entzogen, solche sind also, dem Wortlaut des § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB gemäß, ebenfalls genehmigungsfrei zulässig.

Nun könnte man bei der angesprochenen (hilfsweisen) Vereinbarung der Eltern für die Töchter, wonach die Ältere ihren Erbanteil auf die Jüngere überträgt oder die Erbengemein-

schaft der beiden Töchter entsprechend auseinandergesetzt wird, ebenfalls denken, dies könnte durch die Eltern ganz frei von staatlichen Zwängen erfolgen. Das täuscht aber. Es bedürfte hier gleichwohl staatlicher Mitwirkung, und zwar „mehr als gedacht“: Denn die Eltern (beide!)⁶⁹ wären bei einer solchen Vereinbarung für ihre Kinder ja unmittelbar nach § 181 Alt. 2 BGB von der Vertretung ausgeschlossen, da sie diese jeweils auf beiden Seiten des Rechtsgeschäfts vertreten würden. Eines Rückgriffs auf § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 BGB bedürfte es insoweit nicht (bzw. bleibt nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 2 BGB der § 181 BGB „unberührt“). Ob aber der in diesem Fall nach § 1809 Abs. 1 BGB zu bestellende Ergänzungspfleger das Rechtsgeschäft so abschließen wird, ist zu bezweifeln, da er nach Satz 2 der Vorschrift ausschließlich im Interesse und zum Wohle des Kindes handeln darf; dazu gehört der entschädigungslose Verlust einer Erbschaft nicht. Hinzu kommt, dass dann zwar wegen § 1643 Abs. 3 Satz 2 BGB nicht die Eltern (gesetzt den Fall, sie wären von der Vertretung nicht ausgeschlossen) der familiengerichtlichen Genehmigung für diese Vereinbarung bedürften, wohl aber der Ergänzungspfleger, § 1813 Abs. 1, § 1799 Abs. 1, § 1851 Nr. 3 (und § 1854 Nr. 8) BGB!

Meines Erachtens ist der Vertretungsausschluss in diesen Fällen wiederum aber kein Argument für die ausnahmsweise Genehmigungsbedürftigkeit „lenkender“ Ausschlagungen, weil die Handlungskorrektive auf verschiedenen Ebenen angesiedelt sind und man sonst die gesetzgeberischen Wertungen beiseiteschöbe – zumal die Prüfungsmaßstäbe in § 1809 BGB und § 1644 BGB unterschiedlich sind.

Die (neue) Genehmigungsfreiheit für erbrechtliche Vereinbarungen nach § 1643 Abs. 3 Satz 2 BGB im Bereich der elterlichen Sorge wirkt nicht nur wegen der Wortlautdifferenzen zu § 1851 Nr. 3 BGB⁷⁰ wenig abgestimmt auf das (neue) familienrechtliche Regelungsregime im Übrigen. Sie kann jedenfalls nicht soweit reichen, andere Genehmigungserfordernisse, denen Eltern nach § 1643 Abs. 1 i. V. mit §§ 1850 bis 1854 BGB an sich unterliegen, zu überspielen. Es käme sonst zu Zufallsergebnissen. Befindet sich Grundbesitz im Nachlass, greift gleichwohl § 1850 Nr. 1 BGB als speziellere Norm ein, und zwar auch dann, wenn statt einer Auseinandersetzungsvereinbarung in engerem Sinne der Weg einer Übertragung des Erbanteils des Minderjährigen gewählt wird oder dieser im Wege einer Abschichtungsvereinbarung aus der Erbengemeinschaft austritt.⁷¹

66 BT-Drucks. 19/24445, S. 481: „Die Bundesregierung hat sich intensiv mit der vereinzelt (sic!) diskutierten Frage selektiver oder lenkender Erbausschlagungen befasst. Sie dürften in der Praxis sehr selten auftreten und sich mit dem vorhandenen Regelwerk sachgerecht lösen lassen (sic!). Für eine gesetzliche Entscheidung des Meinungsstreits besteht daher keine Veranlassung.“

67 Zumal dann die Norm falsch platziert wäre, da bei der Auseinandersetzung solcher Miterbengemeinschaften die Eltern von der Vertretung nach §§ 181, 1629 Abs. 2, § 1824 BGB gerade ausgeschlossen wären.

68 Wobei der Wortlaut allerdings nicht ganz deckungsgleich ist: „Vereinbarungen zum Ausscheiden“ sind in beiden Normen erwähnt, in § 1643 Abs. 3 Satz 2 BGB daneben nur „Auseinandersetzungsvereinbarungen“, in § 1851 Nr. 3 BGB daneben nur „Erbanteilsübertragungen“. Hierbei dürfte es sich angesichts des Telos der Vorschriften um eine ungenaue redaktionelle Abstimmung handeln, lt. Gesetzesbegründung soll jedenfalls § 1851 Nr. 3 BGB auch Abschichtungen erfassen, BT-Drucks. 19/24445, S. 287.

69 Siehe oben Teil 1, I. 2. Fall 2 (Grundfall).

70 Siehe oben Fn. 68.

71 MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1821 Rdnr. 23 – zum alten Recht ergab sich das Problem nicht, weil Erbanteilsübertragungen jedenfalls bereits von § 1822 Nr. 1 BGB a. F. erfasst waren und es die segmentäre Befreiung im Kind-schaftsrecht nicht gab; a. A. für Abschichtung (keine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1821 Nr. 1 BGB a. F. trotz Nachlassgrundbesitz) allerdings bereits KG, Beschluss vom 20.07.2018, 13 UF 105/18, MittBayNot 2018, 562, 563 (Rdnr. 11), dem insofern folgend Kroll-Ludwigs, a. a. O., die jedoch das Genehmigungserfordernis bei Abschichtungen als von § 1822 Nr. 1 BGB a. F. erfasst sieht, a. a. O., § 1822 Rdnr. 10.

§ 1850 Nr. 6 BGB greift ein, wenn der minderjährige Miterbe Nachlassgrundbesitz gegen entsprechende Zahlungen aus der Erbmasse oder aus Eigenmitteln erhalten soll. Dasselbe muss dann auch für Gesellschaftsbeteiligungen gelten, die sich im Nachlass befinden und für die § 1852 Nr. 1 BGB einschlägig wäre.⁷² Gegenüber § 1822 Nr. 3 BGB a. F. wäre der Wortlaut der Norm hierfür offen: Eine „Verfügung (...), durch die (der Minderjährige) ein Erwerbsgeschäft oder einen Anteil an (...) erwirbt oder veräußert“, wäre auch eine Erbanteilsübertragung und konsequenterweise auch eine Abschichtungsvereinbarung.⁷³

Lösung Abwandlung 3:

Fällt minderjährigen Kindern eine Erbschaft an, nachdem der nicht sorgeberechtigte Elternteil diese für sich ausgeschlagen hat, bedarf die anschließende „isolierte“ Ausschlagungserklärung des sorgeberechtigten Elternteils für die ersatzberufenen Kinder der familiengerichtlichen Genehmigung (ebenso die Ausschlagung von „echten“ Drittnachlässen durch die Eltern). Dies entspricht dem Wortlaut des § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB i. V. m. § 1643 Abs. 1, § 1851 Nr. 1 BGB und bringt keine materielle Veränderung gegenüber der bisherigen Rechtslage. Auf die Problematik der Ausschlagung werthaltiger Nachlässe und/oder der „selektiven“ Ausschlagung kommt es nicht an.⁷⁴ Analog der neuen Rechtslage im Betreuungsrecht (siehe Fall 10) wird über § 1644 Abs. 3 Satz 1 BGB nun auch für das Kindschaftsrecht die Hemmung der Ausschlagungsfrist bis zur Rechtskraft der familiengerichtlichen Entscheidung und die Mitteilungspflicht an das Nachlassgericht in § 1858 BGB angeordnet, mit den entsprechenden Erleichterungen in der Handhabung für Eltern und ggf. Notare.

4. Anrechnung, Ausgleichung, Pflichtteilverzicht

Fall 12:

Eltern möchten ein ihnen je zur Hälfte gehörendes unbebautes Grundstück an ihre minderjährige Tochter T übertragen. Es gibt noch den weiteren ehedem gemeinsamen Sohn S. Einzige Bedingung/Auflage der Schenkung ist, dass T sich den Wert der Zuwendung zum Zeitpunkt der Schenkung auf ihren dereinstigen Pflichtteil anrechnen lassen muss (und/oder die Zuwendung dereinst mit S erbrechtlich zur Ausgleichung zu bringen hat).

Abwandlung: Die Bedingung/Auflage besteht darin, dass T auf ihr gesetzliches Pflichtteilsrecht nach einem jeden Elternteil verzichtet.

Lösung Fall 12 (Grundfall):

Dem Vertretungsrecht der Eltern könnte § 181 Alt. 1 BGB entgegenstehen; ähnlich Grundfall 2. § 181 BGB ist aber ebenso wie § 1824 BGB aufgrund teleologischer Reduktion trotz

Selbstkontrahierens bzw. Mehrvertretung nicht anwendbar, wenn das in Rede stehende Rechtsgeschäft lediglich rechtlich vorteilhaft ist (wie zum Beispiel im Grundfall 2).⁷⁵ Fraglich ist, ob sich hieran in Fall 12 etwas durch die Anordnung der erbrechtlichen Ausgleichungspflicht und/oder der Pflichtteilsanrechnung ändert.

Eine Erbausgleichungsanordnung nach § 2050 Abs. 3 BGB soll am lediglich rechtlichen Vorteil der Schenkung nichts ändern; diese sei keine Auflage i. S. d. § 525 BGB – eine schuldrechtliche Verpflichtung werde durch sie nicht begründet, sondern mache nur deutlich, dass die Schenkung dereinst bei der Erbfolge mitberücksichtigt werden soll.⁷⁶

Demgegenüber ist nach herrschender Meinung eine Pflichtteilsanrechnungsbestimmung i. S. d. § 2315 BGB nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, da der Anrechnungspflichtige nach § 2315 Abs. 2 Satz 2 BGB das Risiko von Wertminderungen am Zuwendungsgegenstand zwischen Zuwendung und Erbfall trage⁷⁷ – anders wäre dies aber, wenn vertraglich festgelegt sei, dass die Höhe des Anrechnungsbetrags auf den Wert des Zuwendungsobjekts im Zeitpunkt der Zuwendung begrenzt ist.⁷⁸

Eine gerichtliche Genehmigungspflicht von Pflichtteilsanrechnungsbestimmungen und erbrechtlichen Ausgleichsanordnungen existiert für sich genommen nicht; der Katalog der im Gesetz normierten genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfte ist abschließend, alles andere ein rechtspolitisches Desiderat.⁷⁹ Denkbar wäre höchstens, § 1851 Nr. 2 BGB (i. V. m. je nach Sichtweise § 1643 Abs. 1 BGB oder § 1799 Abs. 1, § 1813 Abs. 1 BGB) anzuwenden und in der Anrechnungsbestimmung (bzw. deren Duldung) eine „Verfügung über den künftigen Pflichtteil“ zu erblicken.⁸⁰ Dies hätte aber der Gesetzgeber deutlicher zum Ausdruck bringen müssen – durch die Hinnahme der Anrechnung wird der

75 Z. B. BGH, Urteil vom 08.06.1989, IX ZR 234/87, NJW 1989, 2542, 2543; Urteil vom 24.04.1985, IX ZR 141/84, NJW 1985, 2407; BeckOGK-BGB/Fröhler, Stand: 01.04.2021, § 181 Rdnr. 331.

76 BGH, Urteil vom 10.11.1954, II ZR 165/53, NJW 1955, 1353; BeckOGK-BGB/Fröhler, § 181 Rdnr. 340; m. E. sind an dieser Sichtweise durchaus Zweifel angebracht, wenn man sich die Argumentation der nachfolgend h. M. zur Pflichtteilsanrechnung vor Augen führt; krit auch Keim, MittBayNot 2008, 8, 12 unter Hinweis auf die pflichtteilsrechtliche Fernwirkung der Ausgleichung nach § 2316 BGB.

77 BeckOGK-BGB/Fröhler, § 181 Rdnr. 341; Keim, MittBayNot 2008, 8, 12; unklar (da zur Frage der gerichtlichen Genehmigungsfähigkeit entscheidend, zumal aufgrund weiterer Aspekte) OLG München, Beschluss vom 17.07.2007, 31 Wx 018/07, DNotZ 2008, 199 ff.; a. A. OLG Dresden, Beschluss vom 02.04.1996, 3 W 336/96, MittBayNot 1996, 288, 291; Everts, Rpfleger 2005, 180 ff.

78 Vgl. Fembacher/Franzmann, MittBayNot 2002, 78, 85 (allerdings zur Frage der Herstellung einer aus anderen Gründen herzustellenden gerichtlichen Genehmigungsfähigkeit).

79 So auch BeckOK-BGB/Müller-Engels, Stand: 01.05.2022, § 2315 Rdnr. 9; Fembacher/Franzmann, MittBayNot 2002, 78, 85.

80 So wohl MünchKomm-BGB/Lange, 9. Aufl. 2022, § 2315 Rdnr. 19.

72 So für ein Erwerbsgeschäft im Nachlass bei Erbteilsübertragung etwa MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1822 Rdnr. 20.

73 BT-Drucks. 19/24445, S. 186.

74 Diese spielt dann aber natürlich bei der Genehmigungsfähigkeit nach § 1644 BGB eine Rolle.

Zuwendungsempfänger im Hinblick auf seinen Pflichtteil indes zu nichts „verpflichtet“, wie dies aber nach § 1851 Nr. 2 BGB gefordert ist. Soweit im Übrigen Anrechnungsbestimmungen in diesem Zusammenhang thematisiert werden, geschieht dies im Rahmen der von den Gerichten anzustellenden Gesamtschau zur Beurteilung der gerichtlichen Genehmigungsfähigkeit aus anderen Gründen (namentlich im Zusammenhang mit nach § 1821 Nr. 1 BGB a. F. (jetzt nach § 1850 Nr. 1 BGB) genehmigungspflichtigen Rückforderungsklauseln).⁸¹ Die vorstehenden Überlegungen gelten mutatis mutandis dann auch für die (Genehmigungsfreiheit) von erbrechtlichen Ausgleichsarrangements.

Lösung Abwandlung:

Bei der Erklärung eines Pflichtteilsverzichts für minderjährige Kinder gegenüber ihren Eltern besteht für die diese stets ein Vertretungsausschluss wegen Verstoßes gegen § 181 Alt. 1 BGB. Die Folge wäre wiederum die Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1809 Abs. 1 BGB, der seine eigene Zustimmung schon aus Haftungsgründen verweigern muss. Im Zeitpunkt der Verzichtserklärung lässt sich überhaupt nicht ermitteln, wie sich der Verzicht wirtschaftlich dereinst auswirken wird, selbst wenn der Zuwendungsgegenstand augenblicklich das wesentliche Vermögen des Schenkers darstellt. Aus den gleichen Gründen wird auch keine gerichtliche Genehmigung, die für den Pfleger nach §§ 1799, 1813 Abs. 1, § 1851 Nr. 9 BGB für erbrechtliche Verichtsvereinbarungen nötig ist, erteilt werden können. Das Gericht kann die ökonomische Tragweite seiner möglichen Genehmigung nicht überblicken.⁸²

Fall 13:

Eltern möchten das ihnen je zur Hälfte gehörende selbst genutzte Wohnhausgrundstück ihrem Sohn S übertragen, der auf diesem Grundstück für sich und seine eigene Familie anbauen möchte. Es gibt noch die weitere ehedemgemeinsame Tochter T. Vereinbart werden neben einem Wohnungsrecht für die Eltern und einem von S an T zu zahlenden Gleichstellungsgeld auch, dass sowohl S als auch T gegenüber beiden Eltern auf ihr gesetzliches Pflichtteilsrecht verzichten. Der Familienvater ist an Alzheimer im fortgeschrittenen Stadium erkrankt und geschäftsunfähig, jedoch haben sich die Eltern zuvor noch rechtzeitig gegenseitig mit notariellen Vorsorgevollmachten ausgestattet, die u. a. jeweils zur Wahrnehmung sämtlicher Vermögensangelegenheiten unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB berechtigen. Die Ehefrau (Mutter) handelt daher bei der Beurkundung für sich und für ihren Ehemann (Vater). Es ist weiteres Vermögen bei den Eltern vorhanden, „das ohne Rücksicht auf die Kinder soll vererbt werden können“.

Lösung Fall 13:

Auf den ersten Blick scheint es hier kein Problem zu geben. Nach § 1814 Abs. 3 BGB besteht angesichts der existieren-

den weiten Vorsorgevollmachten kein Bedürfnis für die Bestellung eines Betreuers für V. Allerdings ist wegen § 2347 Satz 1 Hs. 1 BGB (bisher § 2347 Abs. 2 Hs. 1 BGB a. F.) eine Vertretung des Erblassers bei Abschluss erbrechtlicher Verichtsverträge grundsätzlich ausgeschlossen; eine Ausnahme besteht nur für die gesetzliche Vertretung nach § 2347 Satz 2 BGB (bisher § 2347 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F.) – eine rechtsgeschäftliche („gewillkürte“) Stellvertretung ist somit auf Erblasserseite niemals möglich, auch nicht mittels Vorsorgevollmacht, Umdeutungsversuche in solchen Fällen meist zum Scheitern verurteilt.⁸³ Die Familienrechtsreform hat zu dieser unbefriedigenden Rechtslage keine Verbesserung gebracht.

Der Vertrag müsste also durch einen gesetzlichen Vertreter (Betreuer) geschlossen werden. Dabei ist zu beachten, dass jedenfalls der erbrechtliche Verzicht für V nur wirksam ist bzw. nur dann über die betreuungsgerichtliche Genehmigung wirksam werden kann, wenn dieser wortlautgemäß tatsächlich geschäftsunfähig ist; in der Praxis besteht vollständige Sicherheit in diesen Fällen daher nur, wenn sowohl der Betreuer als auch der Betreute den Verichtsvertrag schließen.

Im vorliegenden Fall können darüber hinaus weder die Kinder des V noch dessen Ehefrau zu Betreuern bestellt werden. Es bestünde ein Vertretungsausschluss nach § 181 Alt. 1 BGB bzw. § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Zwar wäre nach zutreffender Auffassung der Verichtsvertrag für sich genommen und als abstrakter erbrechtlicher Verfügungsvertrag lediglich rechtlich vorteilhaft oder jedenfalls neutral.⁸⁴ Der Verzicht ist hier aber eingebettet in eine Vielzahl weiterer Vereinbarungen einer Immobilienübergabe, die V auch verpflichten; insofern ist für die Beurteilung eine Gesamtschau anzustellen. Diese führt zur rechtlichen Nachteiligkeit der Gesamtvereinbarung mit der Folge, dass für die wirksame Mitwirkung des V an dieser ein Betreuer zu bestellen wäre, der nicht zu dem in § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB genannten Personenkreis gehört.

Vergleichbares gilt für die nach § 1851 Nr. 9 BGB dann erforderliche gerichtliche Genehmigung des Betreuerhandels. Diese ist ebenfalls keine „Formsache“, denn auch das Gericht beurteilt für die Genehmigungsfähigkeit den Vertrag in seiner Gesamtheit, wie der Betreuer an ihm mitgewirkt hat (sodass noch die Tatbestände des § 1850 Nr. 1 BGB – Veräußerung von Grundbesitz – und § 1858 Nr. 8 BGB – Schenkung – hinzukämen); eine Zerlegung in die „kraft Vollmacht wirksamen“ und „noch unwirksamen“ Teile findet insofern nicht statt.

Es würde insofern auch nichts helfen, den Verzicht des V einfach abstrakt mit Betreuer und Gericht „nachzuziehen“; wenn schon nicht der Betreuer, so wird doch das Gericht den Sachverhalt entsprechend ermitteln, an der Gesamtsituation bzw. den inhaltlichen Zusammenhängen ändert sich nichts.

⁸¹ OLG München, Beschluss vom 17.07.2007, 31 Wx 018/07, DNotZ 2008, 199 ff.; *Fembacher/Franzmann*, MittBayNot 2002, 78, 85.

⁸² *Fembacher/Franzmann*, MittBayNot 2002, 78, 85.

⁸³ Ausführlich zum Ganzen etwa BeckOGK-BGB/Everts, § 2347 Rdnr. 22 ff.

⁸⁴ BeckOGK-BGB/Everts, § 2347 Rdnr. 29.1 ff.

Umgekehrt soll diese verfahrensspezifische Sichtweise jedoch nicht heißen, dass wegen der Nichtigkeit der Pflichtteilsverzichte gegenüber V zugleich die ganze Übergabe scheitert, zum Beispiel nach § 139 BGB. Insbesondere, wenn – was sich auch sonst empfiehlt – in derselben neben den eigentlichen Verzichtserklärungen Abreden der gesetzlichen Erben untereinander nach § 311b Abs. 5 BGB (die dann wie ein pactum de non petendo bezogen auf V wirken) und/oder Abfindungs- und Abgeltungsvereinbarungen finden, ist von der Aufrechterhaltung der von der Vorsorgevollmacht umfassten Vertragsteile auszugehen. Sollten die Beteiligten daher Aufwand, Kosten (und das Risiko!) der Einschaltung des Betreuungsgerichts scheuen, könnte es sich eher empfehlen, in einem Nachtrag zur Übergabeurkunde klarzustellen, dass diese auch ohne Wirksamkeit des Pflichtteilsverzichts des V wirksam sein soll und stattdessen die vorgenannten Vereinbarungen aufzunehmen oder nochmals zu betonen, um möglichst das gleiche wirtschaftliche Ergebnis zu erreichen.

5. Beseitigung erbrechtlicher Bindungen

Fall 14:

Wie Fall 13, aber zusätzlich existiert bereits ein formgerechtes privatschriftliches gemeinschaftliches Testament der Eltern, das diese kurz nach der Heirat abgefasst hatten und in dem neben einer gegenseitigen Alleinerbeinsetzung und der Einsetzung „unserer künftigen Abkömmlinge als Ersatz- und Schlusserben zu unter sich gleichen Anteilen“ nichts weiter bestimmt ist. Dieses ist im Zuge der Übergabe von den Beteiligten (zunächst) nicht weiter thematisiert worden. Die Ehefrau und Mutter M fragt nun nach, ob akuter Handlungsbedarf diesbezüglich besteht bzw. was wäre, wenn dieses Testament durch den Tod des V (oder ihren eigenen Tod) „in Kraft tritt“.

Lösung Fall 14:

Die Übergabebestimmungen stehen im Widerspruch zu den testamentarischen Bestimmungen. Ferner ist jedenfalls nach § 2270 Abs. 1 und 2 BGB davon auszugehen, dass die gegenseitige Erbeinsetzung und die Regelung nach dem Tod des überlebenden Ehegatten untereinander wechselbezüglich sind. Sie sind daher nach § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht einseitig abänderbar und werden mit dem Tod des Erstversterbenden bindend, § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 BGB. Lebzeitige abweichende Schenkungen, die sich letztlich als Korrektur der erbrechtlichen Bestimmungen und somit ohne anerkanntes wertvolles lebzeitiges Eigeninteresse erfolgen, sind analog § 2287 Abs. 1 BGB kondizierbar.⁸⁵

M könnte zu Lebzeiten des V ihre wechselbezüglichen Verfügungen nach Maßgabe des § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrag geltenden Vorschriften des § 2296 BGB widerrufen, mit der Folge, dass nach § 2270 Abs. 1 BGB auch die wechselbezüglichen Verfügungen des V unwirksam würden. Daher könnte man argumentieren, im vorliegenden Fall, in dem beide Ehegatten noch

leben, läge (noch) gar kein Bindungsproblem vor. Denn eine zu Lebzeiten beider Ehegatten vorgenommene Schenkung löst keinen Anspruch aus § 2287 BGB analog aus, auch wenn sie die Rechtsstellung des anderen Ehegatten beeinträchtigt.⁸⁶ Anders verhält es sich aber, wenn er von der Verfügung keine Kenntnis erlangt und/oder namentlich wegen eingetretener eigener Testierunfähigkeit nicht mehr reagieren kann. In diesen Fällen sollte § 2287 BGB entsprechend angewendet werden.⁸⁷

Dass nun dieser andere Ehegatte testier- bzw. geschäftsunfähig geworden ist, schließt bei einem erbvertraglich vorbehaltenen Rücktrittsrecht den Rücktritt ihm gegenüber nicht aus.⁸⁸ Diese Grundsätze sind auf die Entgegennahme des Widerrufs beim gemeinschaftlichen Testament übertragbar.⁸⁹ Es könnte daher für V ein Betreuer zum Zweck des Empfangs des Widerrufs bestellt werden; enthält der Aufgabenkreis des Betreuers bereits die „Vermögenssorge“, so erfasst dies auch die Entgegennahme des Widerrufs einer wechselbezüglichen Verfügung (bzw. des Rücktritts von einem Erbvertrag).⁹⁰ Allerdings ist laut BGH die Entgegennahme des Widerrufs (bzw. einer Rücktrittserklärung) auch durch einen Vorsorgebevollmächtigten möglich, so dass ein Bedürfnis für eine Betreuerbestellung dann nicht bestünde.⁹¹

Das gilt aber nicht, wenn der Vorsorgebevollmächtigte seinerseits selbst der widerrufende bzw. zurücktretende Teil ist, auch wenn dieser von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sein sollte,⁹² so wie hier M. Jedenfalls aus diesem Grund würde M aber auch nicht zur entsprechenden Betreuerin bestellt werden. Ob einem der Kinder die Betreuung diesbezüglich übertragen werden könnte, ist zumindest unsicher: Vertreten wird zwar, dass der Vertretungsausschluss des § 1824 Abs. 1 BGB nicht solche einseitigen Rechtsgeschäfte umfasse, die gegenüber dem Betreuten vorgenommen werden, sondern nur von diesem erklärte.⁹³ Das ist zweifelhaft, weil jedenfalls in Fällen wie dem vorliegenden auch die Entgegennahme der Erklärung Rechtsfolgen erzeugt und kein reiner Realakt ist.⁹⁴ Dagegen

⁸⁶ Ivo, ZEV 2003, 101, 102.

⁸⁷ MünchKomm-BGB/Musielak, § 2271 Rdnr. 47; Ivo, ZEV 2002, 101, 102 m. N.

⁸⁸ BGH, Beschluss vom 27.01.2021, XII ZB 450/20, MittBayNot 2021, 460.

⁸⁹ So zum Beispiel auch Müller-Engels/Braun, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 6. Aufl. 2022, Kap. 1 Rdnr. 242; Keim, MittBayNot 2021, 464.

⁹⁰ Keim, MittBayNot 2021, 464, 465.

⁹¹ BGH, Beschluss vom 27.01.2021, XII ZB 450/20, MittBayNot 2021, 460 Rdnr. 21 ff.

⁹² So auch die Bedenken des BGH, Beschluss vom 27.01.2021, XII ZB 450/20, MittBayNot 2021, 460 Rdnr. 31; Müller-Engels/Braun, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, Kap. 1, Rdnr. 241.

⁹³ OLG Nürnberg, Beschluss vom 06.03.20213, 15 W 764/13, MittBayNot 2014, 72 (m. Anm. Gerono).

⁹⁴ Helms, DNotZ 2003, 104, 108; Keim, MittBayNot 2021, 464, 465.

⁸⁵ Statt aller MünchKomm-BGB/Musielak, § 2271 Rdnr. 47.

könnten die Kinder den Widerruf auf jeden Fall dann entgegennehmen, wenn sie gleichfalls bevollmächtigt wären, da das Vertretungsverbot des § 1824 Abs. 1 BGB für Bevollmächtigte nicht gilt; bei konkret möglichen Interessenskonflikten kann aber im Einzelfall auch dann eine Betreuerbestellung nötig sein.⁹⁵

Letztlich könnten ein Widerruf oder im Falle des Vorversterbens des V eine Ausschlagung durch F nach § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 BGB aber nicht nötig sein – und ist beides vielleicht auch nicht gewollt, wenn und weil M an der Alleinerbschaft nach V gelegen oder sie auf diese angewiesen ist. Denn die für § 2287 BGB in analoger Anwendung nötige Beeinträchtigung der Wechselbezüglichkeit ist unter anderem dann nicht gegeben, wenn (wie beim Erbvertrag) der bindend Bedachte der beeinträchtigenden Schenkung zustimmt.⁹⁶ Davon dürfte für die Kinder angesichts deren Mitwirkung an der Übergabe auszugehen sein, selbst wenn diese von dem Testament ihrer Eltern gar keine Kenntnis hatten; die mit dem BGH⁹⁷ für die Wirksamkeit erforderliche Form der notariellen Beurkundung ist jedenfalls gewahrt. Ferner könnte man annehmen, auch V habe durch seine Mitwirkung an der Übergabe im Übrigen, vertreten durch M mittels der ihr von V erteilten Vorsorgevollmacht, seiner erbrechtlichen Beeinträchtigung zugestimmt. Die Zustimmung wäre jedenfalls nicht höchstpersönlich, sondern könnte auch durch einen gesetzlichen oder gewillkürten Vertreter erklärt werden;⁹⁸ die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters eines Minderjährigen oder Betreuten müsste indes aufgrund seiner Vergleichbarkeit mit den erbrechtlichen Verzichtsverträgen nach § 1851 Nr. 9 BGB familiengerichtlich bzw. betreuungsgerichtlich genehmigt werden.⁹⁹

Bezogen auf das Verhältnis von M und V funktioniert dies hier aber nicht, da diese die gemeinschaftlichen Testatoren sind; hier wäre nur eine gemeinschaftliche Aufhebung bzw. Anpassung der letztwilligen Verfügung selbst möglich,¹⁰⁰ für die aber der Höchstpersönlichkeitsgrundsatz gilt. Hiergegen ließe sich einwenden, dass V ja insofern nicht für M in seiner Eigenschaft als Testator handle, sondern als „anderer Teil“ der M gegenüber, und deren Zustimmung für V zur Abweichung von ihrer eigenen Verfügung gegenüber dem Testament durch die Mitwirkung an der Übergabe ließe ja dessen eigene letztwillige Verfügung unberührt. Richtigerweise ist aber hinsichtlich der Vertretungsmöglichkeit nicht auf die einzelne zu ändernde Verfügung abzustellen (Einzelbetrachtung), sondern auf die Art der Beteiligung insgesamt (Gesamtbetrach-

tung).¹⁰¹ Dies ist zutreffend, da andernfalls §§ 2254, 2258, 2064 und 2065 BGB umgangen würden. Bei einem gemeinschaftlichen Testament muss dies entsprechend gelten oder sogar erst recht, weil es isolierte einseitige, gleichwohl erbrechtlich bindende Testamente nach deutschem Recht nicht gibt (vgl. auch § 2302 BGB) und zu Lebzeiten beider Testatoren die (auch teilweise¹⁰²) Widerrufsmöglichkeit des § 2271 Abs. 1 BGB besteht, die insofern abschließend ist.

Auch ein durch Mitwirkung des V an der Übergabe durch diesen zugleich erklärter (teilweiser) Zuwendungsverzicht gegenüber M scheidet voraussichtlich aus. Allerdings ist, soweit ersichtlich, weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum bislang thematisiert worden, ob § 2352 Satz 1 BGB bei einem gemeinschaftlichen Testament zu Lebzeiten beider Ehegatten den Verzicht des bedachten Ehegatten gegenüber dem ihn bedenkenden anderen Ehegatten zulässt, wenngleich der Verzichtende wiederum selbst Testator ist. Zwar wäre der Wortlaut eindeutig (auch ein gemeinschaftliches Testament ist ein Testament) und insofern auch Stellvertretung des V durch die von den Beschränkungen des § 181 BGB befreite M zulässig, da V der Erklärende des Verzichts ist und nicht sein Empfänger; auch ist die nach § 2352 Satz 3, § 2348 BGB erforderliche Form der notariellen Beurkundung wiederum gewahrt. Zudem besteht ein Bedürfnis, wenn mangels Testierfähigkeit des anderen Ehegatten ein gemeinschaftliches Aufhebungs- oder Änderungstestament nicht möglich ist. Allerdings regelt § 2352 Satz 2 BGB für den Erbvertrag ausdrücklich, dass nur einem Dritten gemachte Zuwendungen von der Verzichtsmöglichkeit umfasst sind, nicht die Zuwendungen unter den Vertragspartnern, hierfür soll § 2290 BGB gelten.

Die Konstellation ähnelt also stark der vorstehend diskutierten zur Zustimmung von gegen die gegenseitige erbrechtliche Bindung verstoßenden Maßnahmen des einen Ehegatten für den anderen. Die dortige Wertung lässt sich auf die Verzichtskonstellation und (gegenseitige) gemeinschaftliche wechselbezügliche Verfügungen übertragen. Andernfalls würde der gesetzgeberische Entschluss desavouiert, für die ganz oder teilweise Beseitigung gemeinschaftlicher letztwilliger wechselbezüglicher Verfügungen zu Lebzeiten beider Ehegatten neben deren gemeinsamen erneuten erbrechtlichen Zusammenwirken ausschließlich den Weg des Widerrufs nach § 2271 Abs. 1 BGB zu eröffnen. Dieser sieht aber wechselseitige Konsequenzen vor. Es kann also nicht stattdessen der Weg gegangen werden, bei einem gemeinschaftlichen Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen zu Lebzeiten beider Ehegatten durch „einseitigen“ Zuwendungsverzichtsvertrag die Erbenstellung des einen Ehegatten aus dem Testament aufrecht zu erhalten, die des anderen nicht.

95 Keim, MittBayNot 2021, 464, 465.

96 Statt aller BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2287 Rdnr. 117, auch ausf. zur Frage der Wirkung der Zustimmung für Ersatzberufene, Rdnr. 121 ff.

97 Urteil vom 12.07.1989, IVa ZR 174/88, NJW 1989, 2618, 2619.

98 BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2287 Rdnr. 118.

99 BGH, Urteil vom 27.01.1982, IVa ZR 240/80, NJW 1982, 1100.

100 So auch BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2287 Rdnr. 117, für die „Zustimmung“ des beeinträchtigten Vertragspartners eines Erbvertrags (nach § 2290 BGB).

101 So für die (somit auf diese Weise nicht mögliche) einseitige Änderung einen gegenseitigen Ehegatten-Erbvertrags DNotI-Gutachten DNotI-Report 2013, 186, 187; BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2290 Rdnr. 26.

102 MünchKomm-BGB/Musielak, § 2271 Rdnr. 10 m. w. N.

Praxisupdate Grunderwerbsteuer

Von Notar Dr. **Eckhard Wälzholz**, Füssen



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Im Praxisupdate Grunderwerbsteuer 2023 sind in diesem Jahr sowohl Gesetzesänderungen (JStG 2022), einige ausgewählte Gerichtsentscheidungen und zwei wichtige Erlasse der Finanzverwaltung zu behandeln, nämlich vor allem die beiden neuen Anwendungsschreiben zu der letzten Reform des GrEStG aus dem Juli 2021 (Share Deals). Diese beantworten wichtige Zweifelsfragen der materiellen Anwendung, werfen aber auch neue Zweifelsfragen auf und fordern zu Widerspruch heraus. Aus der Rechtsprechung sind vor allem Entscheidungen des BFH zu Treuhandverhältnissen und zu Anwendungsfällen zu § 6 Abs. 3 EStG hervorzuheben.

I. Gesetzesänderungen – Referentenentwurf des Jahressteuergesetzes 2022

Unter dem 14.09.2022 hat das Bundeskabinett den Entwurf für ein Jahressteuergesetz 2022 beschlossen¹, der auch Änderungen im Bereich des Grunderwerbsteuerrechts enthält. Einerseits wird in § 19 Abs. 7 GrEStG eine Neuregelung zur Festsetzungsfrist vorgesehen, die die notarielle Gestaltungspraxis weniger betrifft. Relevant ist hingegen die Änderung in § 6 Abs. 3 GrEStG. Hier wird nach § 6 Abs. 3 Satz 4 GrEStG folgender Satz eingefügt:

„Bei der Anwendung des Satzes 2 gilt die Ausübung der Option nach § 1a des KStG als Verminderung des Anteils des Gesamthänders am Vermögen der erwerbenden Gesamthand, wenn die Option innerhalb der jeweils für Satz 2 geltenden Frist ausgeübt und wirksam wird.“

¹ BR-Drucks. 457/22. Der Bundesrat hat noch Änderungswünsche geäußert (BR-Drucks 457/22 (Beschluss)): § 6 wird wie folgt geändert:

- Absatz 3 Satz 4 wird gestrichen.
- In Absatz 4 Nummer 3 wird der Punkt am Ende durch das Wort „oder“ ersetzt und folgende Nummer 4 wird angefügt: „4. die Gesamthand – in den Fällen des § 6 Absatz 3 die übertragende oder die erwerbende Gesamthand – nach § 1a des Körperschaftsteuergesetzes optiert hat; es sei denn die Ausübung und Wirksamkeit der Option liegt länger als zehn Jahre zurück und die jeweilige Beteiligung des Gesamthänders am Vermögen der jeweiligen Gesamthand besteht länger als zehn Jahre.“ In § 7 wird dem Absatz 3 folgender Satz angefügt: „Die Vorschriften des Absatzes 2 gelten zudem insoweit nicht, als die Gesamthand nach § 1a des Körperschaftsteuergesetzes optiert hat; es sei denn die Ausübung und Wirksamkeit der Option liegt länger als zehn Jahre zurück und die jeweilige Beteiligung des Gesamthänders am Vermögen der jeweiligen Gesamthand besteht länger als zehn Jahre.“ Auch zu § 16 GrEStG werden Änderungen vom Bundesrat angeregt.

In § 6 Abs. 3 Satz 4 GrEStG wird vor den Wörtern „von einer Gesamthand“ die Wörter „das Grundstück“ eingefügt. Letzteres hat lediglich eine redaktionelle Bedeutung.² Die Ergänzung nach § 6 Abs. 3 Satz 4 GrEStG schließt eine systemwidrige Gesetzeslücke. Der Gesetzgeber hat damit für alle Fälle des § 6 Abs. 3 GrEStG, also der Übertragung von einer Gesamthand auf eine (teilweise) personenidentische Gesamthand für die Nachhaltfrist von zehn Jahren klargestellt, dass auch die Option nach dem KöMoG³ Grunderwerbsteuerrechtlich schädlich ist und auch im Rahmen des § 6 Abs. 3 GrEStG zu einer Nachversteuerung des Übertragungsvorganges führt.⁴ Weiterhin unregelt und damit begünstigt im Rahmen des § 6 Abs. 3 GrEStG bleibt der Fall, dass sowohl die übertragende als auch die erwerbende Personengesellschaft den Antrag nach § 1a KStG (KöMoG) bei Grundstücksübertragung bereits gestellt hatten⁵ oder nur die übertragende Gesellschaft den Antrag gestellt hatte.⁶ Die Reform ist bei Abschluss der Manuskriptarbeiten noch nicht abgeschlossen.

Im Rahmen der Grunderwerbsteuerreform war unklar, ob auch in § 5 Abs. 3 Satz 1 GrEStG die Anordnung von fünf Jahren durch eine zehnjährige Haltefrist ersetzt werden soll. Diese Unklarheit im letzten Gesetzgebungsverfahren wird nunmehr durch das JStG 2022 bereinigt. In den Übergangsvorschriften der § 23 Abs. 18 und Abs. 24 GrEStG wird der Verweis auf § 5 Abs. 3 ersetzt durch einen Verweis auf § 5 Abs. 3 Satz 1 GrEStG.

² So ausdrücklich die Begründung des Gesetzesentwurfs, S. 120. Dies Versehen feststellend bereits Viskorf/*Viskorf*, GrEStG, 20. Aufl. 2022, § 6 Rdnr. 50b.

³ Siehe *Behrens/Seemaier*, DStR 2021, 1673 ff.; *Brühl/Weiss*, DStR 2021, 1617 ff.; *Bochmann/Bron*, NZG 2021, 613 ff.; *Wälzholz*, DNotZ 2021, 645 ff.; *Wälzholz*, ZEV 2022, 10 ff.

⁴ Zu der bisher bestehenden Gesetzeslücke siehe Viskorf/*Viskorf*, GrEStG, § 6 Rdnr. 50d; *Behrens/Seemaier*, DStR 2021, 1673, 1676; *Wilms/Jochum/Schnitter*, GrEStG, Stand: Dez. 2021, § 6 Rdnr. 376; *Behrens/Wachter/Schley*, GrEStG, 2. Aufl. 2022, § 6 Rdnr. 95.2 a. E.; *Wagner*, DStZ 2021, 604, 607.

⁵ So auch Viskorf/*Viskorf*, GrEStG, § 6 Rdnr. 50b; *Behrens/Seemaier*, DStR 2021, 1673, 1676; *Behrens/Wachter/Schley*, GrEStG, § 6 Rdnr. 95.2; *Wagner*, DStZ 2021, 604, 607; *Wilms/Jochum/Schnitter*, GrEStG, § 6 Rdnr. 375.

⁶ *Wilms/Jochum/Schnitter*, GrEStG, § 6 Rdnr. 375; *Behrens/Seemaier*, DStR 2021, 1673, 1676.

II. Aktuelle Rechtsprechung, schwerpunktmäßig BFH

1. Verminderung des Anteils am Vermögen einer KG (BFH, Urteil vom 12.01.2022, II R 4/20)

Eine Anteilsminderung im Sinne des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG liegt vor, wenn die Beteiligung am Vermögen der Gesamthand gemindert wird.⁷ Das kann durch Veräußerung des Gesellschaftsanteils selbst bewirkt werden oder auch durch anderweitige Vereinbarungen erfolgen, wenn es dadurch bei im Übrigen unveränderter bürgerlichrechtlicher Beteiligung am Gesamthandsvermögen wirtschaftlich zu einer Beschränkung oder Aufgabe der Beteiligung am wirtschaftlichen Wert des Gesellschaftsanteils und somit an der Teilhabe am Wert des eingebrachten Grundstücks kommt.⁸

a) Sachverhalt

Am Vermögen einer KG (Klägerin) war Z zu 100 % beteiligt. Die Klägerin erwarb mit Vertrag vom September 2008 diverse Grundstücke von zehn anderen Kommanditgesellschaften, deren Kommanditanteile vollständig von den leiblichen Kindern des Z gehalten wurden. Die veräußernden Kommanditgesellschaften hatten den Grundbesitz im Zeitpunkt des Verkaufs über einen Zeitraum von mehr als fünf Jahren⁹ gehalten.

Das FA stellte zunächst mit Bescheid vom 31.10.2008 fest, dass der Erwerbsvorgang bei der Klägerin nach § 3 Nr. 6 GrEStG i. V. m. § 6 Abs. 3 GrEStG steuerfrei sei.¹⁰ Gleichzeitig wurde damals durch diesen Erwerbsvorgang eine fünfjährige Haltefrist ausgelöst, § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG a. F. Heute würde diese Haltefrist zehn Jahre betragen.

Mit Vertrag vom Dezember 2008 veräußerte Z 94 % seiner Kommanditanteile an der Klägerin mit sofortiger Wirkung an den fremden E. Außerdem unterbreitete Z am selben Tag dem dritten D ein unwiderrufliches notariell beurkundetes Angebot auf Abschluss eines Kauf- und Abtretungsvertrags

über den ihm verbleibenden Kommanditanteil von 6 %, das bis zum 30.06.2014 angenommen werden konnte. Ferner trat Z seine Gewinn- und Verlustbeteiligung für die ihm verbliebenen 6 % bis zum 31.12.2013 an E ab.

Das FA kam zum Ergebnis, dass die Steuervergünstigung für den Vertrag vom Dezember 2008 voll umfänglich nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG rückwirkend zu versagen sei. Das FG folgte der Auffassung der Finanzverwaltung und setzte lediglich die Bemessungsgrundlage für den Erwerbsvorgang herab. Das FG war der Ansicht, dass sich der Anteil des Z an der Klägerin innerhalb der Nachbehaltensfrist des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG um 100 % verringert habe. Die Nachbehaltensfrist sei nicht um die Zeiten zu verkürzen, in denen die Kinder des Z an den veräußernden Gesellschaften beteiligt gewesen seien.

b) Gestaltungshinweis

Diese zusätzliche Grunderwerbsteuerbelastung hätte sich vermeiden lassen, wenn die Grundstücke nicht vor dem Fremdverkauf an die klagende KG des Vaters übertragen worden wären, sondern wenn die Kinder ihre Gesellschaftsanteile unter Vermeidung des § 1 Abs. 2a GrEStG¹¹ direkt an D und E verkauft hätten.

Nach Auffassung des BFH erfolgt eine Nachversteuerung hingegen lediglich in Höhe von 94 %, nicht jedoch in Höhe von 100 %, da eine Reduzierung der Beteiligung nur in Höhe von 94 % eingetreten sei. Beim Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand wird nach § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG die Steuer nicht erhoben, soweit die Anteile der Gesamthänder am Vermögen der erwerbenden Gesamthand ihren Anteilen am Vermögen der übertragenden Gesamthand entsprechen.¹²

Gemäß § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG entfällt diese Steuerbefreiung insoweit, als sich der Anteil des Gesamthänders am Vermögen der erwerbenden Gesamthand innerhalb von fünf Jahren (nunmehr zehn Jahren) nach dem Übergang des Grundstücks von der einen auf die andere Gesamthand vermindert.¹³ Dabei handelt es sich bei entsprechender Anteilsreduzierung um ein rückwirkendes Ereignis im Sinne des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 i. V. m. Abs. 2 Satz 1 Alt. 1 AO.¹⁴

Als Anteil am Vermögen der Gesamthand im Sinne der §§ 5 und 6 GrEStG ist die wertmäßige Beteiligung des einzelnen Gesamthänders am Gesamthandsvermögen anzusehen.

7 Siehe dazu Viskorf/Viskorf, GrEStG, § 6 Rdnr. 52 ff.; Pahlke, Grunderwerbsteuergesetz, 6. Aufl. 2018, § 6 Rdnr. 55 ff.; Behrens/Wachter/Schley, GrEStG, § 6 Rdnr. 82 ff.; Weilbach/Weilbach/Kramer, GrEStG, Stand: 22.11.2021, § 6 Rdnr. 17 ff.; Wilms/Jochum/Schnitter, GrEStG, § 6 Rdnr. 26.1.

8 Leitsatz von BFH, Urteil vom 12.01.2022, II R 4/20, BStBl. II 2022, S. 521 = DB 2022, 1556 = DStR 2022, 1266.

9 Nach heute maßgeblichem Recht wäre eine Vorhaltefrist von zehn Jahren maßgeblich.

10 Im Rahmen des § 6 Abs. 3 GrEStG sind gleichzeitig die personenbezogenen Befreiungstatbestände anwendbar, sodass die Übertragung auf eine Personengesellschaft, an der nur der Ehegatte und/oder Verwandte in gerader Linie beteiligt sind, ebenfalls insoweit steuerbefreit ist. Siehe Behrens/Wachter/Schley, GrEStG, § 6 Rdnr. 89; Behrens/Wachter/Böing, GrEStG, § 3 Rdnr. 216; Viskorf/Meßbacher-Hönsch, GrEStG, § 3 Rdnr. 428. Nach Ansicht der ehemaligen BFH-Richterin Meßbacher-Hönsch in Viskorf, GrEStG, § 3 Rdnr. 43 ff. soll die Anwendung der personenbezogenen Befreiungstatbestände auf Personengesellschaften mit dem Inkrafttreten des MoPeG zum 01.01.2024 wegfallen. M. E. nicht überzeugend.

11 Dies ließe sich derzeit durch eine zeitliche Streckung des Erwerbsvorgangs auf über zehn Jahre erreichen. Siehe zu den anerkannten Möglichkeiten BFH, Urteil vom 30.08.2017, II R 39/15, BStBl. II 2018, S. 786.

12 BFH, Urteil vom 06.05.2019, II B 21/18, BFH/NV 2019, 1253 Rdnr. 8.

13 Siehe dazu Viskorf/Viskorf, GrEStG, § 6 Rdnr. 52 ff.; Pahlke, Grunderwerbsteuergesetz, § 6 Rdnr. 55 ff.; Behrens/Wachter/Schley, GrEStG, § 6 Rdnr. 82 ff.; Weilbach/Weilbach/Kramer, GrEStG, § 6 Rdnr. 17 ff.; Wilms/Jochum/Schnitter, GrEStG, § 6 Rdnr. 26.1.

14 Wilms/Jochum/Schnitter, GrEStG, § 6 Rdnr. 26; Viskorf/Viskorf, GrEStG, § 6 Rdnr. 62.

Der II. Senat des BFH passt damit seine Diktion und Terminologie an die neue Dogmatik des Personengesellschaftsrechts an und erkennt damit auch die Teilrechtsfähigkeit der GbR an; meines Erachtens jedoch ohne steuerliche Auswirkung und Änderung.

Eine Anteilsminderung im Sinne des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG kann auch dann eintreten, wenn es bei im Übrigen unveränderter bürgerlichrechtlicher Beteiligung am Gesamthandsvermögen wirtschaftlich zu einer Beschränkung oder Aufgabe der Beteiligung am wirtschaftlichen Wert des Gesellschaftsanteils und somit an der Teilhabe am Wert des eingebrachten Grundstücks kommt. Maßgeblich ist insoweit das Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall.¹⁵

Die fünfjährige, numehr zehnjährige Haltefrist des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG beginnt mit der Verwirklichung des begünstigten Erwerbsvorgangs, unabhängig von der Haltedauer der übertragenden Gesamthand oder deren Gesellschaftern.¹⁶ Über eine personenbezogene Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 oder Nr. 6 GrEStG wird lediglich das Tatbestandsmerkmal „Gesamthänder“ ersetzt. Die übrigen Voraussetzungen der Begünstigung, insbesondere die Haltefrist von fünf bzw. nunmehr zehn Jahren, sind auch von den in gerader Linie verwandten oder beschenkten Personen einzuhalten. Eine Zurechnung der Haltefrist der Kinder schied daher im vorliegenden Fall aus. In Höhe von 94 % war die Steuervergünstigung des § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG daher zweifelsfrei durch die Anteilsveräußerung entfallen. Problematisch war im vorliegenden Fall eigentlich nur, ob das bindende Angebot auch genügte, um von einem Wegfall der sechsprozentigen Beteiligung ebenfalls auszugehen. Weder das unwiderrufliche Kaufangebot noch die Abtretung der Gewinn- und Verlustbeteiligung noch die Zusammenschau beider Vorgänge haben zu einer Änderung der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen nach Ansicht des BFH geführt. Durch das Kaufangebot sei nach BFH das Risiko einer Wertminderung noch nicht auf D übergegangen. Die Abtretung der Gewinn- und Verlustbeteiligung hatte nach dem Gesellschaftsvertrag der Klägerin noch keine Auswirkungen auf die Verteilung des Abwicklungsgewinns und des Reinvermögens.¹⁷ Zivilrechtlich war Z weiterhin zu 6 % am Gesamthandsvermögen der Klägerin beteiligt.

Eine teleologische Reduktion der Missbrauchsverhinderungsvorschriften zu §§ 5, 6 GrEStG kam im vorliegenden Fall nach Überzeugung des BFH nicht in Betracht.¹⁸ Dies

wäre der Fall, wenn eine Steuerumgehung objektiv ausgeschlossen ist.

2. Zurechnung von Grundstücken einer Unter-gesellschaft (BFH, Urteil vom 01.12.2021, II R 44/18, DStR 2022, 1375 m. Anm. Kugelmüller-Pugh)

Die hier geschilderte BFH-Entscheidung reicht weit über den entschiedenen Fall hinaus und wirft die grundsätzliche Frage auf, wem in gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen ein Grundstück zuzurechnen ist. Bezüglich dieser Entscheidung ist zu verweisen auf die Anmerkung von *Behrens* in der *MittBayNot*.¹⁹

3. Keine Zurechnung eines Anteils am Gesamt-handsvermögen aufgrund einer Treuhand-abrede (BFH vom 12.01.2022, II R 16/20, DStR 2022, 1379)

a) Einordnung und Kontext

In den letzten Jahren hatte der BFH sich immer wieder mit den grunderwerbsteuerrechtlichen Konsequenzen von Treuhandabreden auseinanderzusetzen. Dementsprechend waren bereits im Praxisupdate Grunderwerbsteuerrecht²⁰ aus dem Jahre 2022 zwei neue BFH-Entscheidungen²¹ behandelt worden. Durch seine erneute Entscheidung vom 12.01.2022 fügt der BFH einen weiteren Baustein in das Mosaik dieser Rechtsprechung ein.

Zur Einordnung der Entscheidung in den Gesamtkontext seien folgende Grundzüge der Behandlung von Treuhandverhältnissen im Grunderwerbsteuerrecht vorab in Erinnerung gerufen:

- Der Erwerb eines Grundstücks durch einen Beauftragten, der beim Erwerb als Treuhänder für den Auftraggeber handelt, führt zum Anfall doppelter Grunderwerbsteuer, nämlich einerseits nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG und gleichzeitig nach § 1 Abs. 2 GrEStG.²²
- Die Übertragung eines Grundstücks vom Treugeber auf den Treuhänder löst Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG aus; die Rückübertragung auf den Treugeber ist steuerbefreit nach § 3 Nr. 8 GrEStG, wenn die Voraussetzungen der Befreiung erfüllt sind.
- Im Rahmen des § 1 Abs. 2a und 2b GrEStG begründet die Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses für einen Dritten einen mittelbaren Anteilsübergang, sodass der Gesellschaftsanteil auf den Dritten als Treugeber

15 BFH, Urteil vom 30.08.2017, II R 39/15, BStBl. II 2018, 786 Rdnr. 24.

16 BFH, Urteil vom 12.01.2022, II R 4/20, BStBl. II 2022, S. 521 = DB 2022, 1556 = DStR 2022, 1266.

17 BFH, Urteil vom 12.01.2022, II R 4/20, BStBl. II 2022, S. 521 = DB 2022, 1556 = DStR 2022, 1266; ähnlich großzügig bereits Urteil vom 30.08.2017, II R 39/15, BStBl. II 2018, S. 786; siehe *Wagner/Mayer*, BB 2018, 2071; *Wachter*, GmbHR 2018, 266.

18 Siehe dazu allgemein BFH, Urteil vom 25.08.2020, II R 23/18, BStBl. II 2021, S. 162 Rdnr. 19; *Behrens/Wachter/Schley*, GrEStG, § 6 Rdnr. 85 ff.; *Wilms/Jochum/Schnitter*, GrEStG, § 6 Rdnr. 26.2.

19 *Behrens*, *MittBayNot* 2022, 85.

20 *Wälzholz*, *MittBayNot* 2022, 14, 15 f.

21 BFH, Urteil vom 23.02.2021, II R 22/19, DStR 2021, 1703; Urteil vom 30.11.2020, II B 41/20, UVR 2021, 111 = BeckRS 2020, 41083.

22 BFH, Urteil 23.02.2021, II R 22/19, BStBl. II 2021, S. 636 = DStR 2021, 1703 m. w. N.

übergeht, also im Rahmen dieser Norm dem Treugeber zuzurechnen ist.²³

- Im Rahmen des § 5 GrEStG wird der Gesellschaftsanteil hingegen dem Treuhänder zugerechnet.²⁴ Bringt der Alleineigentümer eines Grundstücks dieses in eine GmbH & Co. KG ein, die zu 100 % von einem Treuhänder für den Grundstückseigentümer gehalten wird, so greift die Steuerbefreiung des § 5 GrEStG nicht ein, weil § 5 GrEStG eine unmittelbare dingliche Beteiligung als Gesamthänder/Gesellschafter erfordert.²⁵

Die obersten Finanzbehörden der Länder haben 2018 neue Erlasse zu Erwerbsvorgängen im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG im Zusammenhang mit Treuhandgeschäften und Auftragserwerben bzw. Geschäftsbesorgungen herausgegeben, in dem die Grundsätze der Besteuerung aus Sicht der Finanzverwaltung zusammengefasst werden.²⁶ In diesem Zusammenhang ergänzt der BFH nunmehr in seiner Entscheidung vom 12.01.2022 seine Rechtsprechung und entscheidet, dass auch im Rahmen des § 6 GrEStG – ebenso wie bei § 5 GrEStG – der Gesellschaftsanteil dem Treuhänder zuzurechnen ist – also anders als im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a und 2b GrEStG.

b) Leitsätze

Ein Anteil am Vermögen der Gesamthand im Sinne des § 6 GrEStG kann auch über eine mehrstöckige Beteiligung vermittelt werden. Bei Treuhandverhältnissen ist der Anteil am Vermögen der Gesamthand dem *Treuhänder* zuzurechnen.

c) Sachverhalt

Der BFH-Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin, eine GmbH & Co. KG, erwarb von der C-KG aufgrund Kaufvertrags vom 23.12.2015 mehrere Grundstücke. Alleinige Kommanditistin der Klägerin war die CT-KG als Zwischengesellschaft. Persönlich haftende Gesellschafterin dieser Zwischengesellschaft ohne Beteiligung am Vermögen war wiederum die Verkäuferin. Alleinige Kommanditistin der CT-KG war die X-GmbH, die die Anteile allerdings als Treuhänderin für die Verkäuferin (= Treugeber) hielt. Hinter der Klägerin stand damit zwar zu 100 % die

X-GmbH, die jedoch wiederum ausschließlich Treuhänderin für die verkaufende C-KG seit 1978 gewesen war.

Das FA setzte gleichwohl Grunderwerbsteuer fest. Die Klägerin beruft sich hingegen auf Steuerbefreiung gemäß § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 6 Abs. 1 Satz 1 GrEStG. Aufgrund der Transparenz als Personengesellschaft sei der Verkauf vollständig nach § 6 GrEStG befreit, da auch die Zwischengesellschaft der Verkäuferin als Treugeberin im Rahmen des § 6 GrEStG zuzurechnen sei und damit eine 100%ige Gesellschafteridentität bestehe.

d) Entscheidung des BFH

Klage und Revision zum BFH²⁷ waren nicht erfolgreich. Nach Ansicht des BFH hat das FG zu Recht angenommen, dass durch den Erwerb der Grundstücke im Dezember 2015 der Tatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG verwirklicht wurde und eine Steuerbefreiung nach § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 6 Abs. 1 Satz 1 GrEStG nicht erfüllt werde.

Beim Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand wird nach § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 GrEStG die Steuer nicht erhoben, soweit die Anteile der Gesamthänder am Vermögen der erwerbenden Gesamthand ihren Anteilen am Vermögen der tragenden Gesamthand entsprechen. Als Anteil am Vermögen der Gesamthand im Sinne der §§ 5 und 6 GrEStG ist die wertmäßige Beteiligung des einzelnen Gesamthänders am Gesamthandsvermögen anzusehen.²⁸ Soweit der BFH auch nach dem Wandel der Rechtsprechung des BGH zur Teilrechtsfähigkeit der GbR im Zusammenhang mit §§ 5, 6 GrEStG begrifflich noch an die dingliche Mitberechtigung der Gesamthänder am Gesellschaftsvermögen angeknüpft hatte, gibt der BFH diese dogmatische Position auf und hält daran nicht mehr fest. Eine Änderung der Rechtsprechung im Ergebnis und der Besteuerungsbelastung geht damit jedoch meines Erachtens nicht einher. Der BFH passt damit rund 20 Jahre nach Änderung der BGH-Rechtsprechung zur BGB-Gesellschaft seine Rechtsprechung dogmatisch lediglich an die zivilrechtlichen Vorgaben an und erkennt damit auch begrifflich die Teilrechtsfähigkeit der mit Gesamthandsvermögen ausgestatteten Personengesellschaften an.

Der Steuerbefreiung nach §§ 5 und 6 GrEStG liegt nach BFH der Gedanke zugrunde, dass wegen der gesamthänderischen Verbundenheit der Gesellschafter das Grundstück trotz Rechtsträgerwechsels in demselben Grunderwerbsteuerrechtlichen Zuwendungsbereich verbleibt.²⁹

Die vorstehenden Grundsätze der Steuerbefreiung nach § 6 GrEStG gelten auch, wenn die Beteiligung am Vermögen der Gesamthand durch die Beteiligung einer anderen Gesamthand an der Ersteren (Zwischengesellschaft) vermittelt wird. Bei doppelstöckigen Gesamthandsgemein-

²³ Gleichlautende Ländererlasse zu § 1 Abs. 2a GrEStG und § 1 Abs. 2b GrEStG, jew. vom 10.05.2022, BStBl. I 2022, S. 801 und 821 Tz. 5.1.2.; zur Vereinbarungstreuhand BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 18/14, BStBl. II 2018, S. 783; zu den Besonderheiten im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a, 2b GrEStG, insbesondere zum Rückerwerb durch den Treugeber vom Treuhänder siehe *Broemel/Mörwald*, DStR 2022, 1691 f.

²⁴ Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zu §§ 5, 6 GrEStG vom 12.11.2018, S. 4514, BStBl. I 2018, S. 1334 Tz. 71: Danach führt die Übertragung eines Gesellschaftsanteils auf einen Treuhänder zu einer Nachversteuerung nach § 5 Abs. 3 GrEStG.

²⁵ Siehe *Viskorf/Viskorf*, GrEStG, § 5 Rdnr. 20 m. w. N. zur Rechtsprechung.

²⁶ Gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 19.09.2018, BStBl. I 2018, S. 1074.

²⁷ BFH, Urteil vom 12.01.2022, II R 16/20, DStR 2022, 1379.

²⁸ St. Rspr., siehe z. B. BFH vom 05.02.2020, II R 9/17, BStBl. II 2020, S. 658 Rdnr. 24 ff.

²⁹ Rdnr. 14 der Entscheidungsgründe sowie BFH, Urteil vom 29.02.2012, II R 57/09, BStBl. II 2012, S. 917 Rdnr. 22. Ebenso erneut nun Urteil vom 12.01.2022, II R 16/20, DStR 2022, 1379.

schaften ist daher ein Rückgriff auf die am Vermögen der Zwischengesellschaft beteiligten Gesamthänder geboten.³⁰

Gleichzeitig betont der BFH, dass ein Treuhandverhältnis allein nicht ausreicht, um einen Treugeber im Rahmen der §§ 5, 6 GrEStG eine Beteiligung am Vermögen einer Gesamthand – sei es unmittelbar, sei es mittelbar, über eine weitere Gesamthand zuzurechnen. Zu § 5 Abs. 2 GrEStG hatte der BFH³¹ bereits früher entschieden, dass einem Veräußerer, der gleichzeitig Treugeber eines Gesellschafters der erwerbenden Gesamthand ist, die Beteiligung des Treuhänders nicht nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zugerechnet werden kann. Denn grunderwerbsteuerrechtlich sei allein der Treuhänder am Vermögen der Gesamthand beteiligt. § 39 Abs. 2 AO mit seiner wirtschaftlichen Betrachtungsweise gelte in diesen Fällen nicht.³² Diese Grundsätze seien auch bei Anwendung der § 6 Abs. 3 i. V. m. § 6 Abs. 1 GrEStG zugrunde zu legen.

e) Weitergehende Hinweise für die Praxis

Bei der Anwendung des Gesetzes ist zu beachten, dass der BFH im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a GrEStG eine hiervon abweichende Rechtsprechung entwickelt hat.³³ Im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a GrEStG hat der BFH die Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses nämlich als mittelbaren Anteilsübergang der Gesellschaftsanteile an der Gesellschaft betrachtet und so grunderwerbsteuerbare Vorgänge angenommen. Die maßgeblichen Erwägungen bei der Anwendung der Erwerbstatbestände des §§ 1 Abs. 2a und 3 GrEStG seien jedoch nicht auf die Anwendung des § 6 Abs. 3 und 1 GrEStG anwendbar.

Da die Verkäuferin nicht selbst an der Zwischengesellschaft beteiligt war, sondern lediglich über eine andere Kapitalgesellschaft als Treuhänderin, konnte daher mangels Gesellschafteridentität die Grunderwerbsteuerbefreiung des § 6 Abs. 3 GrEStG nicht zur Anwendung kommen.

Treuhandverhältnisse sind damit für die Beratungspraxis besonders komplex und fehleranfällig, weil je nach anwendbarer Norm unterschiedliche Grundsätze gelten.

4. Grunderwerbsteuer bei Erwerb eines Grundstücks mit Weihnachtsbaumbepflanzung (BFH, Urteil vom 23.02.2022, II R 45/19)

Die hier zu schildernde BFH-Entscheidung eröffnet den Blick darauf, dass bei Verkauf von zur Abholzung vorgesehenen Waldgrundstücken der Kaufpreis für den Wald separat ausgewiesen werden kann und nicht der GrESt unterliegt. Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer sind nur diejenigen Leistungen, die für den Erwerb des Grundstücks im Sinne des bürgerlichen Rechts zu erbringen sind. Eine Gegenleistung für Scheinbestandteile gehört nicht zur Bemessungsgrundlage. Gehölze sind Scheinbestandteile, wenn bereits zum Zeitpunkt von Aussaat oder Pflanzung vorgesehen war, sie wieder von dem Grundstück zu entfernen. Das gilt nach der BFH-Entscheidung vom 23.02.2022 auch für sog. Weihnachtsbaumkulturen.

In dem vom BFH zu entscheidenden Sachverhalt erwarb der Kläger im Jahre 2018 zwei Grundstücke von zwei Verkäufern zu einem Gesamtkaufpreis von 341.000 €. Dabei wurden 225.000 € für den Grundbesitz und rund 87.000 € zuzüglich Umsatzsteuer für die Weihnachtsbaumkulturen gezahlt. Das FA setzte hingegen Grunderwerbsteuer für den gesamten Kaufpreis fest.

Sowohl das FG als auch der BFH sehen die Bäume hingegen als Scheinbestandteile des Grundstücks im Sinne des § 95 BGB an, da sie von Beginn an zum Verkauf als Weihnachtsbäume bestimmt gewesen seien. Soweit sich ein Kaufvertrag auch auf Gegenstände bezieht, die nicht Grundstück im grunderwerbsteuerrechtlichen Sinne sind, gehören die hierauf entfallenden Teile des Kaufpreises nicht zur grunderwerbsteuerrechtlichen Bemessungsgrundlage. Maßgeblich ist § 2 GrEStG. Ob Gehölze zum Grundstück zählen, hängt davon ab, zu welchem Zweck die Aussaat bzw. das Einpflanzen der Gehölze erfolgt ist. Auch die wesentlichen Grundstücksbestandteile nach §§ 94, 95 BGB werden dabei von der Grunderwerbsteuer erfasst. Zu den wesentlichen Bestandteilen des Grundstücks gehören auch die Erzeugnisse des Grundstücks, solange sie mit dem Boden zusammenhängen. Samen wird mit dem Ausähen, eine Pflanze wird mit dem Einpflanzen wesentlicher Bestandteil des Grundstücks (§ 94 Abs. 1 Satz 2 BGB). Aufstehende Gehölze sind daher grundsätzlich wesentliche Grundstücksbestandteile, gleichgültig, ob es sich um Selbstsaat oder Fremdaussaat handelt. Anders ist dies, wenn die Sachen nur zu einem vorübergehenden Zweck mit dem Grund und Boden verbunden sind. Weihnachtsbaumkulturen sind insoweit nach Ansicht des BFH und mehrerer OLG Scheinbestandteile des Grundstücks.³⁴

Einem vorübergehenden Zweck steht es weder entgegen, dass die spätere Wiedertrennung erst nach langer Dauer zu erwarten ist, noch wenn sie wegen der Art der eingefügten Sache zwangsläufig zu deren Zerstörung führt. Der vorübergehende Zweck muss auch nicht auf den ersten Blick sicht-

30 BFH, Urteil vom 17.12.2014, II R 2/13, BStBl. II 2015, S. 557 Rdnr. 20. Ebenso Viskorf/Viskorf, GrEStG, § 5 Rdnr. 22 m. w. N. zur Rechtsprechung.

31 BFH, Urteil vom 08.08.2000, II B 134/99, BFH/NV 2001, 66; Urteil vom 23.10.1974, II R 87/73, BStBl. II 1975, S. 152; Urteil vom 14.12.1988, II B 134/88, BFH/NV 1990, 59, 61. Ebenso Viskorf/Viskorf, GrEStG, § 5 Rdnr. 20.

32 BFH, Urteil vom 23.10.1974, II R 87/73, BStBl. II 1975, S. 152; Urteil vom 08.08.2000, II B 134/99, BFH/NV 2001, 66.

33 BFH, Urteil vom 29.02.2012, II R 57/09, BStBl. II 2012, S. 917; Urteil vom 04.03.2020, II R 2/17, BStBl. II 2020, S. 511 Rdnr. 15; Urteil vom 27.05.2020, II R 45/17, BStBl. II 2021, S. 315 Rdnr. 14.

34 OLG Hamm, Urteil vom 28.02.1992, 9 U 206/90, MDR 1992, 1034; OLG München, Urteil vom 28.04.1994, 1 U 6995/93, VersR 1995, 843; OLG Brandenburg, Beschluss vom 24.08.2021, 5 W 74/21, juris Rdnr. 10.

bar sein. Auch bei Verkaufspflanzen in Baumschulen handelt es sich um Scheinbestandteile.³⁵ Gleiches muss m. E. stets für forstwirtschaftlich bewirtschaftete Grundstücke gelten,³⁶ nicht hingegen für Parkanlagen oder die Bäume im privaten Garten. Für den Verkauf forstwirtschaftlicher Grundstücke empfiehlt es sich daher zukünftig, den Baumbestand mit einem angemessenen Kaufpreis separat auszuweisen.

5. Anwendbarkeit des § 6a GrEStG bei Ausgliederung eines Einzelunternehmens auf neu zu gründende Kapitalgesellschaft (FG Münster, Urteil vom 03.05.2022, 8 V 246/22 GrE, DStR 2022, 1312 m. Anm. Gerhards)

In zahlreichen Entscheidungen hatte der BFH die wesentlichen Koordinaten für die Anwendung des § 6a GrEStG (Grunderwerbsteuerbefreiung bei Konzernumwandlungen) definiert³⁷. Entgegen der ansonsten eindeutigen Rechtsprechung des BFH hat die Finanzverwaltung jedoch in ihrem dazugehörigen Anwendungserlass die Auffassung vertreten, dass die Ausgliederung eines zu einem kaufmännischen Unternehmen gehörigen Grundstücks zur Neugründung einer GmbH nicht von § 6a GrEStG erfasst werde.³⁸ In der Folge dessen häufen sich die finanzgerichtlichen Verfahren, in denen die Kläger sich auf die BFH-Rechtsprechung berufen und die Finanzverwaltung weiterhin darauf beharrt, dass eine Ausgliederung eines Einzelunternehmens auf eine neu zu gründende Kapitalgesellschaft nicht unter § 6a GrEStG falle. So hatte bereits das FG Sachsen die Anwendbarkeit des § 6a GrEStG für vergleichbare Fälle befürwortet.³⁹ Nunmehr hatte sich erneut das FG Münster im Rahmen eines Verfahrens des einstweiligen Rechtsschutzes mit diesem Aspekt zu beschäftigen. Im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes bejaht das FG Münster die Aussetzung der Vollziehung. Auch das FG Münster vertritt die Auffassung, dass bei der Ausgliederung eines Einzelunternehmens auf eine neu zu gründende Kapitalgesellschaft die Grunderwerbsteuerbefreiung des § 6a GrEStG anwendbar sei. Diese Auffassung ist überzeugend. Es ist damit zu rechnen, dass der BFH diese Auffassung bestätigen wird.

35 BFH, Urteil vom 23.02.2022, II R 45/19, BeckRS 2022, 19630.

36 Ebenso BFH vom 25.01.2022, II R 36/19, DStRE 2022, 1335 (m. Anm. Kugelmüller-Pugh).

37 BFH, Urteile vom 21. und 22.08.2019, II R 15/19 (II R 50/13), BStBl. II 2020, S. 329; II R 16/19 (II R 36/14), BStBl. II 2020, S. 333; II R 17/19 (II R 58/14), BStBl. II 2020, S. 348; II R 18/19 (II R 62/14), BStBl. II 2020, S. 352; II R 19/19 (II R 63/14), BStBl. II 2020, S. 337; II R 20/19 (II R 53/15), BStBl. II 2020, S. 341; II R 21/19 (II R 56/15), BStBl. II 2020, S. 344.

38 Gleichlautende Ländererlasse vom 22.09.2020, DStR 2021, 164 Tz. 2.1. Kritisch dazu Behrens/Wachter/Lieber, GrEStG, § 6a Rdnr. 40; Behrens/Seemaier, Ubg 2020, 631, 634.

39 FG Sachsen, Urteil vom 30.06.2021, 2 K 121/21, DStR 2021, 2969.

III. Gleichlautende Ländererlasse zu § 1 Abs. 2a GrEStG und § 1 Abs. 2b GrEStG (jeweils vom 10.05.2022, BStBl. I 2022, S. 801 und 821)

1. Einführung

Innerhalb von weniger als einem Jahr nach Inkrafttreten des neuen Grunderwerbsteuerrechts zu den Share Deals⁴⁰ zum 01.07.2021 hat die Finanzverwaltung mit den gleichlautenden Ländererlassen ihre Ansicht zu den wesentlichen Anwendungsfragen zum neu gefassten Recht der § 1 Abs. 2a und 2b GrEStG veröffentlicht. Die Übergangsregelungen nach § 23 Abs. 18 ff. GrEStG wurden bereits vorab in einem separaten Anwendungserlass vom 29.06.2021 veröffentlicht.⁴¹ Zu § 1 Abs. 2c GrEStG (Einschränkungen bei Börsengeschäften) ist inzwischen ebenso ein zusätzlicher Erlass veröffentlicht worden.⁴²

Die Finanzverwaltung hat die gleichzeitige Veröffentlichung der Erlasse zu § 1 Abs. 2a und § 1 Abs. 2b GrEStG dazu genutzt, beide Erlasse aufeinander abzustimmen. Da beide Normen parallel zueinander gestaltet sind, sind auch die Anwendungserlasse zu § 1 Abs. 2a und § 1 Abs. 2b GrEStG parallel ausgestaltet.

2. Anteil an einer Kapitalgesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 2b GrEStG

a) Grundsatz

Maßgeblich ist sowohl für § 1 Abs. 2a als auch § 1 Abs. 2b GrEStG stets der Anteil entweder an einer Personengesellschaft oder der Anteil an einer Kapitalgesellschaft. Hinsichtlich des Anteils an einer Personengesellschaft sind keine nennenswerten Änderungen zu verzeichnen. § 1 Abs. 2a GrEStG wurde insoweit nicht modifiziert.⁴³ Gleichzeitig bedarf es nunmehr für den neuen Erlass zu § 1 Abs. 2b GrEStG einer Auslegung des Begriffs der Anteile an einer Kapitalgesellschaft. Dies ist in Tz. 4. des gleichlautenden Ländererlasses vom 10.05.2022 geregelt. Maßgeblich sind dabei einerseits die Geschäftsanteile an einer GmbH und andererseits die Aktien an einer AG. Maßgeblich ist dabei der Anteil, den die übertragenen Geschäftsanteile am Stammkapital der GmbH bzw. die übertragenen Aktien am Anteil am Grundkapital der AG darstellen.⁴⁴ Ob die Geschäftsanteile

40 Siehe dazu Förster/Mendling, DB 2021, 1974; Stoschek, DStR 2021, 2021; Fischer, BB 2021, 1566; Brühl, GmbHR 2021, 749; Wernsmann/Bering, DStZ 2021, 434; Behrens/Wagner, DB 2021, 866; Wälzholz, DNotZ 2021, 645 ff.

41 BStBl. I 2021, S. 1006 ff.; siehe dazu Behrens/Wagner/Krohn, DB 2022, 1667 ff.; Broemmel/Mörwald, DStR 2022, 1689; Graessner, NWB 2022, 2527 ff.

42 Gleichlautender Ländererlass vom 04.10.2022, BStBl. I 2022, 1451 f.

43 Siehe auch Behrens/Wachter/Behrens, GrEStG, § 1 Rdnr. 318; Viskorf/Meßbacher-Hönsch, GrEStG, § 1 Rdnr. 820.

44 Siehe auch Viskorf/Meßbacher-Hönsch, GrEStG, § 1 Rdnr. 970; wie die Finanzverwaltung wohl auch Behrens/Wachter/Behrens, GrEStG, § 1 Rdnr. 540. Zum vergleichbaren Thema bei § 1 Abs. 3 GrEStG siehe BFH, Urteil vom 27.09.2017, II R 41/15, BStBl. II 2018, S. 667.

mit unterschiedlichen Rechten ausgestattet sind, beispielsweise es sich um Vorzugsaktien handelt, ein überproportionales Gewinnbezugsrecht, Stimmrecht, Vetorecht oder derartiges beinhalten, spielt nach Ansicht der Finanzverwaltung keine Rolle.⁴⁵ Maßgeblich ist stets der Anteil am Stammkapital bzw. Grundkapital. Weitere Besonderheiten sind dabei grundsätzlich nicht zu berücksichtigen, außer dass ein mittelbarer Anteilsübergang beispielsweise auch durch eine Treuhandvereinbarung herbeigeführt werden kann.

b) Kapitalveränderungen

Problematisch sind bei mehreren aufeinanderfolgenden Anteilsübergängen die Ermittlung der Beteiligungsquoten, wenn die Höhe des Stammkapitals/Grundkapitals während der einzelnen Anteilsübertragungen Veränderungen unterliegen. Sofern während mehrerer Anteilsübergänge Stammkapitalveränderungen erfolgen, verändern sich mit jeder Stammkapitaländerung die ursprünglich maßgeblichen Prozentsätze. Die entsprechenden Auswirkungen sind in Tz. 5.3.9 der beiden Erlasse vom 10.05.2022 geschildert. Maßgeblich ist der Prozentsatz der übergegangenen Anteile bezogen auf den Kapitalstand bei der letzten Anteilsübertragung, die zur Erfüllung des Tatbestandes führen kann. Die ursprünglich verwirklichten prozentualen Veränderungen sind also nicht maßgeblich, sondern die maßgeblichen Prozentsätze bei der letzten Veränderung.

Beispiel zu Tz. 5.3.9 des Erlasses vom 10.05.2022 zu § 1 Abs. 2b GrEStG – Kapitalerhöhung:

Am Kapital der grundbesitzenden A-GmbH ist A zu 100 % beteiligt. Das Kapital der A-GmbH beträgt 25.000 €. Im Jahr 01 überträgt A 60 % seiner Beteiligung an B. Im Jahr 02 tritt C in die A-GmbH ein und erhöht das Kapital auf 100.000 € (Einlage C 75.000 €), sodass nunmehr C zu 75 %, A zu 10 % und B zu 15 % an der A-GmbH beteiligt sind.

Durch die Übertragung von A auf B im Jahr 01 gehen 60 % der Anteile an der A-GmbH unmittelbar auf einen Neugesellschafter über. Durch die Kapitalerhöhung durch C im Jahr 02 gehen 75 % der Anteile an der A-GmbH auf einen Neugesellschafter über. Der Übergang von 60 % im Jahr 01 entspricht nach der Kapitalerhöhung rechnerisch nunmehr 15 % (15.000 € zum neuen Kapital von 100.000 €). Im Jahr 02 wird der Tatbestand des § 1 Abs. 2b GrEStG erfüllt, da innerhalb von zehn Jahren mindestens 90 % der Anteile am Kapital der grundbesitzenden A-GmbH (01: 15 % + 02: 75 %) auf neue Gesellschafter übergegangen sind.

Beispiel:

Bei einer GmbH mit einem Stammkapital von 100.000 €, die insgesamt dem Gesellschafter A gehören, werden zunächst Geschäftsanteile i. H. v. 80.000 € von A an B übertragen, sodass ein 80%iger Gesellschafterwechsel stattgefunden hat. Anschließend wird das Stammkapital von 100.000 € auf 200.000 € erhöht, wobei den zusätzlichen Geschäftsanteil ausschließlich der ursprüngliche Altgesellschafter A übernimmt. Anschließend überträgt A nochmals Geschäftsanteile im Nennbetrag von 80.000 € an den Gesellschafter C.

Auch am Ende dieses zweiten Übertragungsvorgangs sind erst 80 % der Geschäftsanteile auf neue Gesellschafter übergegangen, da der ursprüngliche Altgesellschafter (Gründungsgesellschafter) noch zu 20 %, nämlich mit 40.000 €, an der Grundbesitz haltenden GmbH beteiligt ist.

Beispiel:

A ist zu 100 % an einer Grundbesitz haltenden GmbH beteiligt und überträgt einen Geschäftsanteil von 89 % an den fremden Gesellschafter B. Drei Jahre später werden von der GmbH-Gesellschafterversammlung die 11 % Geschäftsanteile des Altgesellschafters A eingezogen und das Stammkapital entsprechend herabgesetzt. Nunmehr sind durch die Anteilsübertragung von ursprünglich 89 % faktisch 100 % auf den Neugesellschafter B übergegangen.

Da jedoch der letzte Schritt keine Anteilsübertragung, sondern eine Kapitalherabsetzung war, ist dieser Fall meines Erachtens nicht von § 1 Abs. 2b GrEStG erfasst, sondern von § 1 Abs. 3 GrEStG. Die Finanzverwaltung erläutert diese Konstellation nicht ausdrücklich.

Beispiel:

A ist alleiniger Gesellschafter der Grundbesitz haltenden A-GmbH mit einem Stammkapital von 100.000 €. A überträgt 50 % seiner Geschäftsanteile an den Neugesellschafter B. Anschließend wird das Stammkapital der Gesellschaft um 20.000 € herabgesetzt, indem ein Geschäftsanteil des A einvernehmlich eingezogen und insoweit das Stammkapital herabgesetzt wird. Das Stammkapital beträgt nunmehr 80.000 €. A überträgt anschließend Geschäftsanteile im Nennbetrag von 22.000 € an den Gesellschafter C. Damit sind insgesamt 72.000 € Geschäftsanteile am endgültigen Stammkapital von 80.000 € auf neue Gesellschafter übergegangen. Dies entspricht genau der kritischen Grenze von 90 %. Dass die ursprüngliche Anteilsübertragung auf B ursprünglich nur 50 % am damaligen Stammkapital ausmachte, spielt keine Rolle. Maßgeblich ist das letzte Stammkapital bei Übergang der letzten Anteile.

c) Eigene Anteile

Vergleichbare Probleme stellen sich, wenn eigene Anteile vorhanden sind bzw. eigene Anteile an Altgesellschafter oder Neugesellschafter übertragen werden. Hierzu gelten nach Ansicht der Finanzverwaltung folgende Grundaussagen:

- Eigene Anteile werden vom Stammkapital/Grundkapital abgesetzt und sind bei der Ermittlung der maßgeblichen Beteiligungsquote nicht zu berücksichtigen, so als wenn das Stammkapital um die eigenen Anteile herabgesetzt worden wäre. In Tz. 5.3 Abs. 4 der gleichlautenden Ländererlasse vom 10.05.2022 heißt es hierzu, dass „eigene Geschäftsanteile, die eine Kapitalgesellschaft als Zwischengesellschaft oder grundbesitzende Gesellschaft selbst hält, bei der Ermittlung des Prozentsatzes außer Betracht bleiben“. Dies entspricht auch bereits der bisherigen BFH-Rechtsprechung zu § 1 Abs. 3 GrEStG.⁴⁶

⁴⁵ Siehe auch Graessner, NWB 2022, 2527, 2538.

⁴⁶ Siehe Behrens/Wagner/Krohn, DB 2022, 1667, 1674; BFH, Urteil vom 18.09.2013, II R 21/12, BStBl. II 2014, S. 326.

Beispiel:

A ist mit Geschäftsanteilen von 80.000 € an der Grundbesitz haltenden A-GmbH beteiligt, die ein Stammkapital von 100.000 € hat. Die A-GmbH hat eigene Geschäftsanteile im Nennbetrag von 20.000 €.

Sofern A eigene Geschäftsanteile im Nennbetrag von mindestens 72.000 € innerhalb von zehn Jahren auf neue Gesellschafter überträgt, wird der Tatbestand des § 1 Abs. 2b GrEStG verwirklicht, da damit 90 % der freien Geschäftsanteile der GmbH, die nicht in eigenen GmbH-Geschäftsanteilen bestehen, auf neue Gesellschafter übergegangen sind. Der Fall müsste genauso behandelt werden, wenn die Geschäftsanteile nicht der A-GmbH selbst gehören würden, sondern einer Tochtergesellschaft der A-GmbH.

Abwandlung:

Im vorstehenden Beispielfall überträgt A nur Geschäftsanteile im Nennbetrag von 70.000 € an neue Gesellschafter, er behält also Geschäftsanteile im Nennbetrag von 10.000 €. Anschließend erwirbt der Altgesellschafter A die eigenen Geschäftsanteile der A-GmbH im Nennbetrag von 20.000 €. In diesem Fall wird § 1 Abs. 2b GrEStG nicht verwirklicht, da A Altgesellschafter ist und Anteilserhöhungen oder Anteilserwerbe durch A nicht maßgeblich sind. Im nächsten Schritt könnte A wiederum weitere 19,99 % am Stammkapital der GmbH auf weitere neue Gesellschafter übertragen, ohne den Tatbestand des § 1 Abs. 2b GrEStG zu verwirklichen.

Abwandlung:

Würde im vorstehenden Beispielfall hingegen die A-GmbH innerhalb des Zehn-Jahres-Zeitraums die eigenen Geschäftsanteile im Nennbetrag von 20.000 € an neue Gesellschafter übertragen, so würde der Altgesellschafter A nur noch 10.000 € am Stammkapital der A-GmbH zurückbehalten, 90 % der Geschäftsanteile wären hingegen auf neue Gesellschafter übergegangen. Der Tatbestand des § 1 Abs. 2b GrEStG wäre verwirklicht.⁴⁷

3. Befreiungsvorschriften im Rahmen des § 1 Abs. 2b GrEStG

Während ansonsten die Erlasse zu § 1 Abs. 2a und § 1 Abs. 2b GrEStG parallel ausgestaltet sind, ergeben sich grundlegende Unterschiede hinsichtlich der Anwendung der Befreiungsvorschriften im Rahmen des § 1 Abs. 2a und des § 1 Abs. 2b GrEStG, weil im Rahmen des § 1 Abs. 2a GrEStG grundsätzlich auch die personenbezogenen Befreiungstatbestände anwendbar sind, dies jedoch im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2b GrEStG nicht der Fall ist. Letzteres hatte der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren

ren⁴⁸ ausdrücklich geäußert und festgelegt und dies auch im Gesetz verankert. Fingierte Rechtsfolge des § 1 Abs. 2b GrEStG ist nämlich die Übertragung der maßgeblichen Grundstücke auf eine neue Kapitalgesellschaft. Zu dieser fingierten Erwerberin (Kapitalgesellschaft) bestehen keinerlei verwandtschaftlichen Beziehungen, kein Ehegattenverhältnis, keine Verwandtschaft in gerader Linie und dergleichen. Dementsprechend überrascht es nicht, dass die personenbezogenen Befreiungstatbestände nach § 3 Nr. 3 bis § 3 Nr. 7 GrEStG im Rahmen dieser Norm nach Ansicht der Finanzverwaltung nicht zur Anwendung kommen.⁴⁹ Auch soweit also im Rahmen einer Erbauseinandersetzung mindestens 90 % der Geschäftsanteile an der GmbH auf neue Gesellschafter übergehen, wird der Tatbestand des § 1 Abs. 2b GrEStG verwirklicht, ohne dass § 3 Abs. 3 GrEStG zu einer Steuerbefreiung führen kann. Auch die Steuerbefreiungen nach §§ 5, 6 und 7 GrEStG sind auf Kapitalgesellschaften nicht anwendbar.⁵⁰ Wird also eine 100%ige Beteiligung an einer grundstückshaltenden Kapitalgesellschaft in eine GmbH & Co. KG eingebracht, die dem bisherigen Alleingesellschafter der GmbH zu 100 % zuzurechnen ist, so kommt es im Gegensatz zum früheren Recht nicht zu einer Steuerbefreiung nach § 5 GrEStG. Der Vorgang ist hingegen vollständig grunderwerbsteuerpflichtig. Das Gleiche gilt beim Erwerb einer 100 %igen Beteiligung an einer grundstückshaltenden Kapitalgesellschaft von einer GmbH & Co. KG, die dem Erwerber der GmbH-Anteile zu 100 % zuzurechnen ist. Dies sind wesentliche Verschärfungen gegenüber dem bisherigen Recht. Zweifelhaft und umstritten war bisher die Auslegung des Gesetzes im Hinblick auf die Anwendbarkeit des § 3 Nr. 2 GrEStG.

Beispiel:

A ist Inhaber einer 100 % betragenden Beteiligung am Stammkapital einer Grundbesitz haltenden GmbH. Er schenkt jeweils 40 % der Geschäftsanteile seinen beiden Nichten und 20 % der Geschäftsanteile seinem Neffen. A überträgt damit 100 % der Anteile am Stammkapital der GmbH auf neue Gesellschafter innerhalb von zehn Jahren. Der Tatbestand des § 1 Abs. 2b GrEStG wird verwirklicht.

Fraglich ist nur, ob § 3 Nr. 2 GrEStG zu einer Grunderwerbsteuerbefreiung führt, weil der gleiche Sachverhalt auch der Schenkungsteuer unterliegt. Problematisch ist dies, weil schenkungsteuerrechtlich die Anteile an der GmbH verschenkt werden, grunderwerbsteuerrechtlich aber der fin-

⁴⁸ BR-Drucks. 355/19 vom 09.08.2019, S. 9. Wörtlich heißt es dort: „Unverändert werden in Bezug auf die personenbezogenen Steuerbefreiungstatbestände und die Nichterhebungsregelungen die Unterschiede, die aus der unterschiedlichen Rechtsform resultieren, beachtet mit der Folge, dass diese Regelungen auf Kapitalgesellschaften keine Anwendung finden.“

⁴⁹ Gleichlautende Ländererlasse zu § 1 Abs. 2b GrEStG, vom 10.05.2022, BStBl. I 2022, S. 821 Tz. 9; siehe auch *Broemell/Mörwald*, DStR 2022, 1689, 1695; *Graessner*, NWB 2022, 2527, 2538.

⁵⁰ Gleichlautende Ländererlasse zu § 1 Abs. 2b GrEStG, vom 10.05.2022, BStBl. I 2022, S. 821 Tz. 9; *Broemell/Mörwald*, DStR 2022, 1689, 1695.

⁴⁷ Siehe dazu auch die Beispiele von *Behrens/Wagner/Krohn*, DB 2022, 1667, 1674.

gierte Übergang der Grundstücke auf eine neue GmbH besteuert wird, was kein identisches Besteuerungssubstrat für Schenkungsteuer und Grunderwerbsteuer darstellt. Gleichwohl folgt die Finanzverwaltung der auch in der Rechtslehre vertretenen herrschenden Meinung,⁵¹ wonach die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG auch auf Anwendungsfälle des § 1 Abs. 2b GrEStG anwendbar ist.⁵² Die Begünstigung vorangegangener schenkweiser Anteilsübertragungen an der Kapitalgesellschaft setzt jedoch voraus, dass das jeweilige Grundstück der Gesellschaft bereits zu den damaligen Schenkungszeitpunkten grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen war.⁵³

Beispiel:

A ist alleiniger Gesellschafter der grundstückshaltenden A-GmbH und verschenkt 50 % der Geschäftsanteile an sein Kind im Jahr 01. Anschließend erwirbt die GmbH im Jahr 02 ein weiteres Grundstück in Hamburg. Der Erwerb des Grundstücks durch die GmbH ist grunderwerbsteuerpflichtig. Sieben Jahre später verschenkt der Vater seinem Kind auch die restlichen 50 %, sodass das Kind 100%iger Alleingesellschafter der GmbH wird. Versorgungsleistungen, Nießbrauchsrechte oder sonstige Gegenleistungen werden in keiner Weise vereinbart. Ein Pflichtteilsverzicht wirkt sich nicht bereicherungsmindernd aus und würde daher das grunderwerbsteuerrechtliche Ergebnis nicht beeinflussen. Im Hinblick auf alle ursprünglich der A-GmbH gehörenden Grundstücke ist der Vorgang vollständig und zu 100 % nach § 3 Nr. 2 GrEStG grunderwerbsteuerbefreit. Hinsichtlich des erst im Jahre 02 erworbenen Grundstücks in Hamburg kann jedoch die Grunderwerbsteuerbefreiung des § 3 Nr. 2 GrEStG nur in Höhe von 50 % eingreifen, nicht jedoch hinsichtlich des bereits vorher erworbenen 50%igen Geschäftsanteils an der GmbH. Auf 50 % des bewertungsrechtlichen Wertes dieses Grundstücks in Hamburg ist daher Grunderwerbsteuer nach Maßgabe des Grunderwerbsteuersatzes in Hamburg zu zahlen.

Sofern bei einzelnen Übertragungen Gegenleistungen vereinbart worden waren, ist der prozentuale Anteil der Gegenleistungen zu ermitteln, ohne dass die Finanzverwaltung sich mit dieser Frage ausdrücklich beschäftigt:

Beispiel:

A ist Inhaber einer 100%igen Beteiligung an einer grundstückshaltenden GmbH. Im Jahre 01 schenkt der Vater seinem Kind einen 50%igen Geschäftsanteil und behält sich hierbei Versorgungsleistungen vor in Höhe von 50 % des gemeinen Wertes des verschenkten Geschäftsanteils. Vier Jahre später verschenkt er dem Kind auch den restlichen 50%igen GmbH-Geschäftsanteil ohne jegliche Gegenleistung.

51 Ebenso z. B. Viskorf/Meßbacher-Hönsch, GrEStG, § 1 Rdnr. 963; Broemel/Mörwald, DStR 2022, 1689, 1695.

52 Broemel/Mörwald, DStR 2022, 1689, 1695.

53 Gleichlautender Ländererlass zu § 1 Abs. 2b GrEStG vom 10.05.2022, BStBl. I 2022, S. 821 Tz. 9 Abs. 2 letzter Satz.

Der Vorgang ist insgesamt zu 25 % entgeltlich und zu 75 % unentgeltlich gewesen. Die Grunderwerbsteuerbefreiung des § 3 Nr. 2 GrEStG erfasst lediglich 75 % des bewertungsrechtlichen Grundstückswertes des Grundbesitzes der GmbH.

4. Ergänzende Hinweise zur Übergangsvorschrift von § 23 Abs. 23 GrEStG bei mittelbaren Anteilsübergängen

Gemäß § 23 Abs. 23 GrEStG bleiben bei der Anwendung des § 1 Abs. 2b GrEStG Übergänge von Anteilen der Gesellschaft, die vor dem 01.07.2021 erfolgen, unberücksichtigt. In den Übergangserlassen vom 29.06.2021⁵⁴ hatte die Finanzverwaltung sich nicht dazu geäußert, inwieweit auch mittelbare Anteilsübergänge vor bzw. nach dem 01.07.2021 zu berücksichtigen seien oder nicht. In Tz. 5.2.3.2 der gleichlautenden Erlasse zu § 1 Abs. 2b GrEStG stellt die Finanzverwaltung nunmehr jedoch klar, dass Altgesellschafter der beteiligten Kapitalgesellschaft ist, wer mit Ablauf des 30.06.2021 an ihr beteiligt war. Dementsprechend dehnt die Finanzverwaltung den Vertrauensschutz des § 23 Abs. 23 GrEStG auch auf mittelbar beteiligte Gesellschafter aus.⁵⁵

5. Aufgabe der Ewigkeitsbetrachtung im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2 a, Abs. 2b Satz 4 GrEStG

In den gleichlautenden Erlassen der Finanzverwaltung zu § 1 Abs. 2a GrEStG vom 12.11.2018⁵⁶ hatte die Finanzverwaltung die Ansicht vertreten, dass mittelbare Anteilsübergänge bei Kapitalgesellschaften, die an einer grundstückshaltenden Personengesellschaft beteiligt sind, zeitraumunabhängig zusammenzurechnen seien. Die Fünf-Jahres-Frist sollte in diesem Anwendungsbereich nicht gelten. Diese Ausführungen hat die Finanzverwaltung nunmehr gestrichen. Sie sind nicht mehr Inhalt der gleichlautenden Ländererlasse vom 10.05.2022, weder im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a noch im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2b GrEStG.⁵⁷

Die neuen Anwendungserlasse zu § 1 Abs. 2a und 2b GrEStG sind wohl dahin gehend zu verstehen, dass auf allen Ebenen einheitlich nur solche Anteilsübergänge auf neue Gesellschafter auf der jeweiligen Beteiligungsebene aufaddiert werden, die innerhalb desselben Zehn-Jahres-

54 BStBl. I 2021, S. 1006.

55 Ebenso Graessner, NWB 2022, 2527, 2528 (mit dem zutreffenden Hinweis, dass nach Ansicht der Finanzverwaltung ein Altgesellschafter der Beteiligungsgesellschaft nicht auch automatisch Altgesellschafter der grundstückshaltenden Gesellschaft ist und umgekehrt); Behrens/Wagner/Krohn, DB 2022, 1667, 1667; Broemel/Mörwald, DStR 2022, 1689, 1690 f.

56 BStBl. I 2018, S. 1314.

57 Siehe auch Behrens/Wagner/Krohn, DB 2022, 1667, 1667; Graessner, NWB 2022, 2527, 2528 f.

Zeitraums erfolgen.⁵⁸ Tz. 6 Satz 1 der gleichlautenden Ländererlasse lautet wörtlich:

„Sukzessive Übertragungen unmittelbarer oder mittelbarer Beteiligungen am Kapital der grundbesitzenden Kapitalgesellschaft auf Neugesellschafter innerhalb von zehn Jahren sind zusammenzurechnen.“

Soweit ein Neugesellschafter einen erworbenen Gesellschaftsanteil an der grundbesitzenden Personen- oder Kapitalgesellschaft an einen anderen Neugesellschafter oder Altgesellschafter veräußert, ist diese weitere Veräußerung bei der Ermittlung des Vmhundertsatzes nicht mitzuzählen.⁵⁹

Der Zehn-Jahres-Zeitraum ist für jedes Grundstück im Vermögen der Kapitalgesellschaft selbstständig zu beurteilen.

Beispiel:⁶⁰

An einer grundbesitzhaltenden Personen- oder Kapitalgesellschaft sind A zu 40 % und die X-GmbH zu 60 % beteiligt. An der X-GmbH sind wiederum X und Z zu jeweils 50 % beteiligt. Im Jahr 01 überträgt X seinen 50%-Anteil an der X-GmbH auf den fremden F. Im Jahr 03 überträgt Z seinen 50%-Anteil an der X-GmbH an den Dritten D. Im Jahr 12 überträgt A seinen 40%-Anteil an der grundstückshaltenden Personen- oder Kapitalgesellschaft auf eine weitere fremde Person W.

Nach der nunmehr vertretenen Auffassung der Finanzverwaltung sind nur die Anteilsübergänge innerhalb der letzten zehn Jahre zu berücksichtigen, also nicht mehr die Anteilsübertragung von 50 % im Jahre 01. Damit würde der Sachverhalt keine Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 2a bzw. § 1 Abs. 2b GrEStG auslösen. Dies ist beachtlich, weil durch die beiden kumulierten mittelbaren Anteilsübergänge in der X-GmbH im Jahre 03 die Anteile an der X-GmbH von 60 % auf neue Gesellschafter als übergegangen gelten und die X-GmbH ab 2003 wie ein neuer Gesellschafter zu behandeln ist. Der vorstehende Beispielfall ist nicht ausdrücklich in den gleichlautenden Ländererlassen enthalten, wäre aber die konsequente Anwendung eines einheitlichen Zehn-Jahres-Zeitraums. Ob die Finanzverwaltung dies tatsächlich so meint, ist allerdings offen. Denkbar wäre auch eine Auslegung der Erlasse, wonach die X-GmbH seit dem Jahr 03 als neuer Gesellschafter anzusehen wäre und dann im Jahr 12 die Anteile zu 100 % auf neue Gesellschafter übergegangen wären. Diese Frage ist noch als unsicher einzustufen.

6. Verhältnis zu § 1 Abs. 3 und 3a GrEStG

In Tz. 8 beider Anwendungserlasse vom 10.05.2022 setzt sich die Finanzverwaltung mit dem Verhältnis zu § 1 Abs. 3 und Abs. 3a GrEStG auseinander. Eindeutig gehen § 1

Abs. 2a und 2b GrEStG der Anwendung des jeweiligen § 1 Abs. 3, Abs. 3a GrEStG vor. Dies gilt nach überzeugender Ansicht der Finanzverwaltung in Tz. 8.1 der gleichlautenden Ländererlasse auch dann, wenn aufgrund einer Befreiungsvorschrift die Steuer nach § 1 Abs. 2 b/Abs. 2a GrEStG nicht erhoben wird. Letzteres dürfte im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a GrEStG wesentlich häufiger der Fall sein als im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2b GrEStG.

Gleichwohl ist die Vorrangregelung der § 1 Abs. 2 a, Abs. 2b vor § 1 Abs. 3 GrEStG problematisch, weil beide Tatbestände bei bestimmten Gestaltungen zu unterschiedlichen Zeitpunkten verwirklicht werden und dadurch nebeneinander, also kumulativ eingreifen könnten.⁶¹ Dazu heißt es in den gleichlautenden Ländererlassen wörtlich:

„Mit Übergang der Anteile (Closing) werden sowohl § 1 Abs. 2b GrEStG als auch § 1 Abs. 3 Nr. 2 oder 4 GrEStG verwirklicht. Ändert sich der Gesellschafterbestand einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft im Nachgang eines schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts (Signing), fallen die Besteuerungszeitpunkte des § 1 Abs. 2b GrEStG und des § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder 3 GrEStG auseinander: Während mit Abschluss des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäfts (Signing) § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 3 GrEStG verwirklicht wird, wird der Tatbestand des § 1 Abs. 2b GrEStG erfüllt, wenn es zum Übergang des Anteils (Closing) an der Kapitalgesellschaft kommt. Die beiden Rechtsvorgänge (Signing und Closing) stellen zwei Grunderwerbsteuerrechtliche Vorgänge dar.“

Wegen des zeitlichen Auseinanderfallens der Tatbestände des § 1 Abs. 2b GrEStG und § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder 3 GrEStG sollen bei Trennung von Signing und Closing selbstständige Grunderwerbsteueratbestände verwirklicht werden. Zwischen den maßgeblichen Tatbeständen können potenziell Jahre liegen. Gleichzeitig ist die Finanzverwaltung offensichtlich der Auffassung, dass der gleiche Vorgang nur einmal zu besteuern ist. Innerhalb des ersten Jahres soll der erste Grunderwerbsteuervorgang nach § 1 Abs. 3 GrEStG nicht besteuert werden. Sofern bei Signing tatsächlich die Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 3 Nr. 1/3 GrEStG festgesetzt worden sein sollte, so wäre diese Grunderwerbsteuerpflicht bei Grundstücksidentität aufzuheben oder zu ändern, sofern die Festsetzung nach § 1 Abs. 2b GrEStG später erfolgen kann.⁶²

Durch verfahrensrechtliche Vorschriften soll die Doppelbesteuerung vermieden werden, obwohl der gleiche Sachverhalt nach Auffassung der Finanzverwaltung zwei Grunderwerbsteueratbestände auslöst. Welche dogmatischen Grundlagen dem zugrunde liegen, erschließt sich nicht.

⁵⁸ Siehe überzeugend *Broemel/Mörwald*, DStR 2022, 1689, 1691; *Behrens/Wagner/Krohn*, DB 2022, 1667, 1668.

⁵⁹ Gleichlautende Ländererlasse zu § 1 Abs. 2a GrEStG und § 1 Abs. 2b GrEStG, jew. vom 10.05.2022, BStBl. I 2022, S. 801 und 821 Tz. 6.5.

⁶⁰ Nach *Behrens/Wagner/Krohn*, DB 2022, 1667, 1668.

⁶¹ Siehe dazu *Graessner*, NWB 2022, 2527, 2534; *Behrens/Wagner/Krohn*, DB 2022, 1667, 1668; *Broemel/Mörwald*, DStR 2022, 1689, 1694 f.

⁶² Krit. dazu *Behrens/Wachter/Behrens*, GrEStG, § 1 Rdnr. 716 ff.

7. Anwendung der § 1 Abs. 2 a/Abs. 2b GrEStG bei heterogenem Formwechsel

Sowohl § 1 Abs. 2a GrEStG als auch § 1 Abs. 2b GrEStG erfassen den Sachverhalt, dass innerhalb von zehn Jahren mindestens 90 % der Anteile auf neue Gesellschafter übergehen. Problematisch sind die Fälle, wenn es sich zunächst um eine grundstückshaltende GmbH handelt und an dieser 50 % der Geschäftsanteile abgetreten werden, dann ein Formwechsel in eine Personengesellschaft erfolgt und anschließend nochmal 40 % der Gesellschaftsanteile an neue Gesellschafter innerhalb des maßgeblichen Zehn-Jahres-Zeitraums abgetreten werden. Können hier die Anteilsübergänge zusammengerechnet werden, obwohl es sich ursprünglich um Kapitalgesellschaftsanteile und später um Personengesellschaftsanteile handelte? Ist dies ein einheitlicher Tatbestand oder als zwei getrennt anzuwendende Tatbestände zu beurteilen, die nicht miteinander vermischt und aufaddiert werden können?

Beispiel

A ist alleiniger Gesellschafter der A-GmbH, die Inhaberin von Grundbesitz ist. Im Jahre 02 veräußert er einen 50%igen Anteil an der A-GmbH an den Dritten D. Dann wird ein Formwechsel in eine GmbH & Co. KG beschlossen, an der sowohl A als auch D zu je 50 % beteiligt sind. Im Jahre 07 veräußert A weitere 40 % der Anteile an der Personengesellschaft an B, sodass anschließend A zu 10 %, B zu 40 % und D zu 50 % beteiligt sind. Wird hierdurch der Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG oder des § 1 Abs. 2b GrEStG ausgelöst?

§ 1 Abs. 2b GrEStG kommt in keinem Fall zur Anwendung, weil es sich bei Vollendung des Übergangs von 90 % der Anteile um eine Personengesellschaft handelt, nicht mehr um eine Kapitalgesellschaft. Nach den früheren Erlassen der Finanzverwaltung zu § 1 Abs. 2a GrEStG vom 12.11.2018⁶³ ging die Finanzverwaltung davon aus, dass jeder, der bei Wirksamwerden des Formwechsels an der Personengesellschaft beteiligt war, als Altgesellschafter anzusehen sei, da bei Inkrafttreten des Tatbestands des § 1 Abs. 2a GrEStG auch dieser Gesellschafter an der Personengesellschaft beteiligt sei. Nach dieser früheren Auffassung konnte § 1 Abs. 2a GrEStG stets durch entsprechende Gestaltung eines Formwechsels vermieden werden.

Diese Auffassung gibt die Finanzverwaltung nunmehr auf und rechnet die Anteilsübergänge vor dem heterogenen⁶⁴ Formwechsel mit den späteren Anteilsabtretungen zusammen.⁶⁵ In Tz. 5.2.5.1 der gleichlautenden Ländererlasse vom 10.05.2022 behandelt die Finanzverwaltung einen entsprechenden Sachverhalt als steuerpflichtig, in dem die Anteils-

63 BStBl. I 2018, S. 1314 Tz. 5.2.5.1 Abs. 2; siehe dazu auch *Behrens/Wagner/Krohn*, DB 2022, 1667, 1670; *Graessner*, NWB 2022, 2527, 2530 f.

64 Heterogener Formwechsel meint damit einen solchen mit Übergang zwischen Personen- und Kapitalgesellschaft bzw. umgekehrt.

65 *Graessner*, NWB 2022, 2527, 2531; *Broemel/Mörwald*, DStR 2022, 1689, 1692.

übergänge bei der ursprünglich bestehenden Kapitalgesellschaft und die Anteilsübergänge der später bestehenden Personengesellschaft zusammengerechnet werden. Dies wird teilweise in der Rechtslehre als gesetzeswidrig kritisiert, da es sich bei § 1 Abs. 2a und Abs. 2b GrEStG um jeweils getrennte, selbstständige Grunderwerbsteueratbestände handele.⁶⁶

Genau das Gleiche gilt bei einem umgekehrten, heterogenen Formwechsel, wenn also zunächst an einer Personengesellschaft Anteilsübertragungen stattfinden, diese anschließend in eine Kapitalgesellschaft formgewechselt wird und anschließend weitere, tatbestandsmäßige Anteilsübergänge auf neue Gesellschafter stattfinden.

8. Formwechsel einer Beteiligungsgesellschaft im Anwendungsbereich der § 1 Abs. 2a und 2b GrEStG

Die Finanzverwaltung vertritt in ihren neuen gleichlautenden Ländererlassen in Tz. 5.3.6 und 5.3.7 eine erstaunlich differenzierende Position zu den Auswirkungen, wenn eine Beteiligungsgesellschaft von einer Personen- zur Kapitalgesellschaft umgewandelt wird sowie für den umgekehrten Fall.⁶⁷

Beispiel:

An einer grundstückshaltenden A-KG ist zu 50 % A beteiligt und zu 50 % eine Gesellschaft (= Beteiligungsgesellschaft). Hinter der Beteiligungsgesellschaft steht B mit 80 % und C zu 20 %. Innerhalb des zehnjährigen Beteiligungszeitraums überträgt B seinen 80%igen Anteil an der Beteiligungsgesellschaft an den Fremden X und überträgt A später seinen 50%igen Anteil an der grundbesitzhaltenden A-KG an den Fremden Y.

Im Ausgangsfall handelt es sich bei der Beteiligungsgesellschaft durchgängig um eine Kommanditgesellschaft.

Abwandlung 1:

Es handelt sich bei der Beteiligungsgesellschaft durchgängig um eine Kapitalgesellschaft.

Abwandlung 2:

Es handelt sich bei der Beteiligungsgesellschaft ursprünglich um eine Kommanditgesellschaft, die jedoch nach der Anteilsübertragung des mittelbar beteiligten Gesellschafters und vor der Anteilsabtretung des A in eine Kapitalgesellschaft umgewandelt wird.

Abwandlung 3:

Hier handelt es sich bei der Beteiligungsgesellschaft zunächst um eine Kapitalgesellschaft, die jedoch nach der Anteilsübertragung des mittelbar beteiligten Gesellschafters und vor der Anteilsabtretung des A in eine Personengesellschaft umgewandelt wird.

66 Siehe *Behrens/Wagner/Krohn*, DB 2022, 1667, 1670.

67 Siehe krit. auch *Behrens/Wagner/Krohn*, DB 2022, 1667, 1671; ferner instruktiv *Graessner*, NWB 2022, 2527, 2532 f.; *Broemel/Mörwald*, DStR 2022, 1693.

Im Ausgangsfall wird § 1 Abs. 2a GrEStG verwirklicht, weil der Anteilsübergang von 50 % des A mit dem mittelbaren Anteilsübergang von 40 % über den mittelbaren Anteilsübergang der KG zusammenzurechnen ist.

In der ersten Abwandlung wirkt sich jedoch die unterschiedliche Behandlung bei Kapitalgesellschaften als Beteiligungsgesellschaften aus. Hier gilt die Beteiligung an der Kapitalgesellschaft erst dann insgesamt als auf neue Gesellschafter übergegangen, wenn mindestens 90 % der Anteile auf neue Gesellschafter übergegangen sind, dann jedoch in vollem Umfang. Im vorliegenden Fall ist dies in Abwandlung 1 nicht der Fall, so dass keine Grunderwerbsteuer anfällt, also kein Tatbestand erfüllt wird.

In den Abwandlungen 2 und 3 zeigt sich, dass die Finanzverwaltung hier das „fiskalische Meistbegünstigungsprinzip“ anwendet. Sofern von einer Personengesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft formgewechselt wird (Abwandlung 2), lässt die Finanzverwaltung den Formwechsel in die Kapitalgesellschaft nicht zurückwirken, sondern will den Anteilsübergang während der Rechtsform als Personengesellschaft bei der Besteuerung berücksichtigen. Dass es sich bei Verwirklichung des letzten Schrittes der Tatbestandsverwirklichung um eine Kapitalgesellschaft handelt, berücksichtigt die Finanzverwaltung nicht. Auf das Abstellen der

90%-Grenze bei der Kapitalgesellschaft kommt es daher nach Ansicht der Finanzverwaltung nicht an.

Anders jedoch im umgekehrten Fall (Abwandlung 3), wenn die Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft umgewandelt wird. Hier will die Finanzverwaltung auch Anteilsübergänge, die zur Zeit der Rechtsform einer Kapitalgesellschaft erfolgt sind und die 90%-Grenze nicht erreicht haben, gleichwohl berücksichtigen, obwohl es sich zu dem Zeitpunkt, also also bei Anteilsabtretung um eine Kapitalgesellschaft handelte. Nicht ohne Grund kritisieren daher *Behrens/Wagner*⁶⁸ diese von der Finanzverwaltung vertretene Auffassung, während der Vertreter der Finanzverwaltung (*Krohn*)⁶⁹ die Auffassung der Finanzverwaltung verteidigt und keine Rückwirkung vertritt, sondern lediglich die Berücksichtigung sämtlicher Anteilsübergänge, gleichgültig ob diese zur Zeit einer Rechtsform als GmbH oder KG erfolgt sind. Im umgekehrten Fall sei dies jedoch nicht gerechtfertigt. Diese unterschiedliche, differenzierende Betrachtung findet meines Erachtens keinen Anhaltspunkt im Gesetz.

68 Behrens/Wagner/Krohn/*Behrens/Wagner*, DB 2022, 1667, 1671.

69 Behrens/Wagner/Krohn/*Krohn*, DB 2022, 1667, 1671.



BUCHBESPRECHUNGEN

Wolfgang Schulz:

NotarFormulare Bauträgerrecht

4. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 496 S. inkl. Musterdownload, 99 €

Von Notar **Christian Esbjörnsson**, Rosenheim

Das Formularbuch zum Bauträgerrecht ist zwischenzeitlich in vierter Auflage erschienen. Die Neuauflage berücksichtigt neben neuer Rechtsprechung auch die WEG-Reform. Das Werk ist mit 496 Seiten in DIN A5 noch übersichtlich und kompakt, behandelt das Thema aber gleichwohl für den Praktiker umfassend.

Nach einem kurzen Überblick zum Vertragstypus, verwandten Verträgen, den relevanten Normen, Beurkundungs- und AGB-rechtlichen Besonderheiten folgt ein ausführliches Kapitel mit Formulierungsbeispielen zu einzelnen Aspekten des Bauträgervertrags nebst ausführlicher zugehöriger Kommentierung. Hier finden sich zahlreiche Formulierungsmuster zu allen relevanten Vertragsklauseln mit ausführlichen Erläuterungen. Sogar ein Formulierungsvorschlag für den Unternehmensgegenstand einer Bauträger-GmbH wurde aufgenommen. Regelmäßig wird kurz hinterfragt, ob eine Gestaltung auch die gesetzlichen Vorgaben, insbesondere die der MABV und zur Kontrolle von allgemeinen Geschäftsbedingungen, erfüllt.

Die zweite Hälfte des Werks umfasst ausführliche Gesamtmuster zu den üblichen Bereichen Bauträgervertrag Eigentumswohnung, Bauträgervertrag Einfamilienhaus, Bauträgervertrag Sanierungsobjekt, Bau- und Leistungsbeschreibung. Besonders erfreulich ist, dass auch zu spezielleren und selten kommentierten Bereichen wie Generalüberneh-

mervertrag, Tausch mit dem Bauträger, Bauherrengemeinschaft, Nachzüglerkauf, Energiecontracting, Vertragsaufhebung und Nachtragswerb sowie zu Nebenaspekten wie der Freistellungsverpflichtungserklärung des Globalgläubigers und zur Bürgschaft nach § 7 MaBV ausführliche Muster aufgenommen wurden.

Zusätzlich sind alle Muster von der Website des Verlags abrufbar und können auch auf dem eigenen Rechner gespeichert werden (durch CD-Symbol auch im Text neben dem Muster gekennzeichnet). Eine zusätzliche Übersicht über alle Muster erleichtert das schnelle Auffinden.

Die Erläuterungen sind durchweg schlüssig strukturiert und treffen den für die Praxis richtigen Grad an Tiefgang. Man findet sich im Buch daher sehr schnell zurecht. Der Autor zeigt Probleme und deren Lösungen kurz auf, verliert sich aber nicht in weitschweifenden Diskussionen. Mit durchgehend verwendeten Fußnoten sind gleichwohl alle relevanten Aussagen wissenschaftlich belegt und entsprechend auch Vertiefungsmöglichkeiten aufgezeigt. Denn als allumfassendes Nachschlagewerk zum Bauträgervertrag ist das Formularbuch nicht konzipiert.

Insgesamt ein gelungenes Werk, das jedem Notar, der gelegentlich Bauträgerverträge zu betreuen hat, ans Herz gelegt sei.



Patrick Sinewe (Hrsg.):

Unternehmenskauf in der Steuerpraxis

3. Aufl., Springer-Verlag GmbH, 2022. 441 S., 54,99 €

Von Notarassessorin Dr. **Johanna Wernthaler**, Karlsruhe

Mit dem „Unternehmenskauf in der Steuerpraxis“ soll ausweislich des Vorwortes betriebswirtschaftlichen und rechtlichen Entscheidungsträgern in Unternehmen ein „Leitfaden“ für Unternehmensverkäufe an die Hand gegeben werden. Dieses Konzept wird auch in der nun vorliegenden dritten Auflage gelungen umgesetzt. Bearbeiter der vielschichtigen Thematik sind 16 Autoren, die überwiegend als Rechtsanwälte und Steuerberater im M&A-Bereich tätig sind. Dies macht das Werk zu einem Handbuch von Praktikern für Praktiker.

Die Lektüre vermittelt dem Leser einen Überblick über die mit Unternehmensverkäufen zusammenhängenden Fragestellungen von der Unternehmensbewertung über die eigentliche Vertragsgestaltung bis hin zur Finanzierung der Transaktion. Die im Bereich von Unternehmenskaufverträgen typischerweise verzahnten Rechtsgebiete des Zivil-, Gesellschafts- und Steuerrechts erfahren dabei eine praxistaugliche rechtsgebietenübergreifende Aufarbeitung.

Im ersten Kapitel widmen sich die Autoren den „Vorbereitungen beim Unternehmenskauf“, nicht zuletzt aus strategischer Beratersicht. Den Auftakt bildet damit ein Blick auf das vielseitige Tätigkeitsspektrum des Beraters im Vorfeld einer Transaktion: Wie lässt sich der Kaufpreis möglicherweise optimieren? Was hat es eigentlich mit dem „Letter of Intent“, einem „Head of Terms“ oder der „Due Diligence“ genau auf sich? Versehen mit Praxishinweisen durchkämmen die Autoren die sowohl auf Verkäufer- als auch auf Käuferseite notwendigen Vorbereitungshandlungen mit deren zivil-, straf-, arbeits- und steuerrechtlichen Implikationen. Der steuerrechtlich interessierte Leser wird sich über die Ausarbeitung der unterschiedlichen steuerlichen Konsequenzen bei Asset Deals und Share Deals freuen sowie über die aufgezeigten Wege aus bzw. auch in die Besteuerung. Der Zugang zur Materie wird durch Rechenbeispiele und Übersichten erleichtert.

Das zweite Kapitel nähert sich der – für Unternehmenstransaktionen elementaren – „Ermittlung des Unternehmenswerts“. Grundsätze, Methodik und steuerliche Aspekte der verschiedenen Unternehmensbewertungsverfahren werden vorgestellt. Wer den Unterschied zwischen Einzelbewertungsverfahren oder Gesamtbewertungsverfahren, Ertragswertverfahren oder Discounted-Cashflow-Verfahren verstehen möchte, kann sich hier nicht zuletzt aufgrund der zahlreichen hilfreichen Schaubilder einen guten Überblick verschaffen.

Der „Verkauf einer GmbH“ steht im Fokus des dritten Kapitels. Schritt für Schritt führen die Autoren durch die steuerrechtlichen Grundlagen der entgeltlichen Anteilsabtretung auf Veräußerer- und Erwerberseite sowie bei der veräußerten Kapitalgesellschaft selbst. Auch hier erleichtern grafisch ansprechend aufbereitete Beispielsrechnungen den Zugang. Neben den körperschaftsteuerlichen werden auch

die gründerwerbs- und umsatzsteuerlichen Auswirkungen aufgearbeitet.

Selbige Vorgehensweise gilt für das vierte Kapitel, das sich mit dem „Verkauf eines Betriebs oder einer Personenhandels-gesellschaft“ befasst. Die Autoren schlagen hier gekonnt den Bogen von den Basics, wie den Grundlagen der Besteuerung von Personengesellschaften, bis hin zu den komplexen Implikationen der sog. Zinsschranke oder des Step-up-Verfahrens.

Das fünfte Kapitel beschäftigt sich schließlich mit den „Anforderungen an die Vertragsgestaltung“ und führt in die typischen Problemfelder der vertraglichen Gestaltungspraxis ein. Die einzelnen Themenblöcke rundet jeweils ein Formulierungsvorschlag für Vertragsformulare ab, was den „Unternehmenskauf in der Steuerpraxis“ als Nachschlagewerk für die notarielle Praxis empfiehlt. Die vielgestaltigen Vorschläge für Textbausteine (von Klauseln zur Kaufpreisermittlung über ausführliche Garantiekataloge bis hin zur Kartellrechtsklausel) stehen nicht für sich, sondern erfahren stets eine Einbettung in eine Darstellung der jeweiligen Gesamthematik. Das gilt auch für die Vielzahl an Praxishinweisen, die das Bewusstsein für mögliche Fallstricke schärfen. Auch in diesem, mit allein 150 Seiten umfangreichsten Kapitel hält der Buchtitel, was er verspricht: Die Bearbeiter präsentieren dem Leser auch Formulierungsvorschläge für eine ganze Reihe an möglichen Steuerklauseln.

Den Abschluss bilden in Kapitel 6 („Die Finanzierung des Unternehmenskaufs“) sowie in Kapitel 7 („Steuerimplikationen der Finanzierung des Unternehmenskaufs“) einen Überblick über die Grundsätze der Akquisitionsfinanzierung, aber auch die hierdurch hervorgerufenen steuerrechtlichen Komplikationen. Kapitel 8 enthält eine Sammlung von Mustern – von einem Letter of Intent über eine Vertraulichkeitsvereinbarung bis hin zu einem Share-Deal-Unternehmenskaufvertrag.

Insgesamt liegt mit dem „Unternehmenskauf in der Steuerpraxis“ ein gewinnbringendes Praktikerhandbuch vor, das einlädt, auf Unternehmenstransaktionen auch durch die Beraterbrille zu blicken. Die Autoren verlieren sich an keiner Stelle in wissenschaftlichen Vertiefungen, sondern bringen auf 441 Seiten (inklusive Literaturverzeichnis) die bei Unternehmensverkäufen interessierenden Themen samt Handlungsempfehlungen auf den Punkt. Mangels alphabetischen Stichwortverzeichnisses präsentiert sich das Handbuch zwar weniger als Nachschlagewerk. Die anhand von Beispielen gut nachvollziehbare Darstellung eignet sich aber aufgrund der zahlreichen Formulierungsvorschläge als gewinnbringende Arbeitshilfe. Unter dem Strich handelt es sich um eine lohnenswerte Anschaffung für jeden, der über den Tellerrand der üblichen Formularbücher hinausblicken möchte, wenngleich es Letztere nicht vollumfänglich ersetzt.



RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Sittenwidrige Schenkung bei Willensschwäche

BGH, Urteil vom 26.04.2022, X ZR 3/20 (Vorinstanz:
OLG Köln, Urteil vom 18.12.2019, 25 U 14/19)

BGB §§ 104, 105, 138

LEITSÄTZE:

- Zur substantiierten Darlegung von Geschäftsunfähigkeit nach § 104 Nr. 2, § 105 Abs. 2 BGB genügt der Vortrag konkreter Anhaltspunkte, aufgrund derer die Möglichkeit der Geschäftsunfähigkeit nicht von der Hand zu weisen ist.**
- Die Sittenwidrigkeit eines unentgeltlichen Geschäfts gemäß § 138 Abs. 1 BGB kann sich nicht nur aus Motiven des Zuwendenden ergeben, sondern auch und sogar in erster Linie aus den Motiven des Zuwendungsempfängers.**

SACHVERHALT:

1 Der Kläger begehrt von der Beklagten die Rückabwicklung eines Grundstücksübertragungsvertrags.

2 Der 1928 geborene Kläger lernte die rund 53 Jahre jüngere Beklagte im Jahr 2015 kennen. In der Folgezeit kümmerte sich die Beklagte um die Verwaltung der dem Kläger gehörenden Mietshäuser. Sie wohnte kostenfrei in einer dem Kläger gehörenden Immobilie.

3 Ab dem 07.08.2018 wurde der Kläger wegen einer Lungenentzündung stationär in einem Krankenhaus behandelt. Am 09.08.2018 erteilte er der Beklagten eine Vorsorgevollmacht. Am 22.08.2018 wurde er auf eine Intensivstation verlegt. Am 26.08.2018 widerrief er die Vorsorgevollmacht durch Unterzeichnung eines Formulars, das eine seiner Töchter zur Verfügung stellte. Am 27.08.2018 gab er eine notarielle Erklärung ab, in der er die Annahme der Beklagten als Kind beantragte und der Beklagten umfassende Vollmachten erteilte. Am 28.08.2018 wurde er wieder auf eine normale Krankenstation verlegt. In einem notariellen Vertrag vom 30.08.2018 übertrug er der Beklagten im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter Anrechnung auf etwaige Pflichtteilsansprüche zwei Grundstücke. Die Beklagte wurde am 19.10.2018 als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 06.11.2018 widerrief der Kläger alle zugunsten der Beklagten abgegebenen Willenserklärungen.

4 Der Kläger hat geltend gemacht, er sei zum Zeitpunkt der Übertragung der Grundstücke nicht geschäftsfähig gewesen und zudem in sittenwidriger Weise zum Abschluss des Übertragungsvertrags gedrängt worden.

5 Das LG hat die auf Berichtigung des Grundbuchs gerichtete Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist ohne Erfolg geblieben. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Begehren weiter. Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

AUS DEN GRÜNDEN:

6 Die zulässige Revision hat Erfolg und führt zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

7 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

8 Hinsichtlich einer Nichtigkeit des Übertragungsvertrags vom 30.08.2018 wegen Geschäftsunfähigkeit lägen keine Anhaltspunkte vor. Soweit der Kläger hierfür auf einzelne Untersuchungen im Krankenhaus abstelle, verfange dies nicht. Aus den weiteren medizinischen Unterlagen ergebe sich, dass sich der Zustand des Klägers schon am 28.08.2018 wieder gebessert habe. Ausweislich einer Stellungnahme des Chefarztes gegenüber der Polizei vom 26.11.2018 sei im Rahmen der ab 21.08.2018 erfolgten neuropsychologischen Behandlung keine massive kognitive Beeinträchtigung beschrieben worden. Zudem sei davon auszugehen, dass der Kläger bei auch nur zeitlich bestehender Geschäftsunfähigkeit nicht ohne Weiteres am 13.09.2018 nach Hause entlassen worden wäre. Nach alledem lägen objektive Anhaltspunkte nicht vor, sodass eine Beweisaufnahme zu Recht unterblieben sei.

9 Das LG habe ferner zu Recht angenommen, dass keine Umstände vorlägen, die die Annahme einer Sittenwidrigkeit rechtfertigten.

10 Ein Anspruch gemäß § 812 BGB scheide aus, weil die Schenkung nicht an eine Gegenleistung geknüpft gewesen sei und nicht unter einer Bedingung gestanden habe. Eine Rückübertragungsklausel sei ausdrücklich nicht gewünscht gewesen.

11 II. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

12 1. Das Berufungsgericht durfte die Geschäftsfähigkeit des Klägers nicht ohne Beweisaufnahme bejahen.

13 a) Der Kläger hat hinreichende Anhaltspunkte vorgetragen, die auf eine Geschäftsunfähigkeit am 30.08.2018 hindeuten.

14 aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH trifft die Darlegungs- und Beweislast hinsichtlich der Frage, ob eine Person bei Abgabe einer Willenserklärung (vorübergehend) geschäftsunfähig im Sinne von § 104 Nr. 2, § 105 Abs. 2 BGB war, diejenige Partei, die sich auf die Geschäftsunfähigkeit beruft.

15 Substantiiert dargelegt ist dieser Umstand, wenn das Gericht auf der Grundlage des Parteivorbringens zu dem Ergebnis gelangen muss, die Voraussetzungen der § 104 Nr. 2, § 105 Abs. 2 BGB lägen vor. Auf die Wahrscheinlichkeit des Vortrags kommt es nicht an (BGH, Urteil vom 05.12.1995, XI ZR 70/95, NJW 1996, 918, juris Rdnr. 12; Beschluss vom 14.03.2017, VI ZR 225/16, MDR 2017, 783 Rdnr. 13; Beschluss vom 18.09.2018, XI ZR 74/17, MDR 2019, 692 Rdnr. 28). Ebenso wie im Zusammenhang mit der Frage der Prozessunfähigkeit (dazu BGH, Urteil vom 24.09.1955, IV ZR 162/54, BGHZ 18, 184, juris Rdnr. 23; Urteil vom 08.07.2021, III ZR 344/20, NJW 2022, 73 Rdnr. 13) genügt jedenfalls der Vortrag konkreter Anhaltspunkte, aufgrund derer die Möglichkeit der Geschäftsunfähigkeit nicht von der Hand zu weisen ist.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

16 bb) Diesen Anforderungen wird das Vorbringen des Klägers im Streitfall gerecht.

17 Wie die Revision zu Recht geltend macht, hat der Kläger vorgetragen, aus einem am 29.08.2018 durchgeführten Uhrentest, aus seiner damaligen Situation im Krankenhaus, aus dem Krankheitsverlauf und aus den erhobenen Befunden ergebe sich, dass er am 30.08.2018 seine Entscheidungen nicht mehr von vernünftigen Erwägungen habe abhängig machen können. Er hat hierzu ein Attest seines behandelnden Arztes vom 12.12.2018 vorgelegt, nach dessen Einschätzung eine deutliche kognitive Beeinträchtigung und erhebliche Einschränkungen der Geschäftsfähigkeit vorgelegen haben, und ergänzend die Einholung eines Sachverständigengutachtens sowie die Vernehmung der ihn behandelnden Ärzte als sachverständige Zeugen beantragt.

18 Damit sind, wie auch das Berufungsgericht im Ansatz nicht verkannt hat, konkrete Anhaltspunkte vorgetragen, die eine Geschäftsunfähigkeit zumindest während des Aufenthalts auf der Intensivstation, also vom 22. bis 28.08.2018 als naheliegend erscheinen lassen.

19 b) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war bei dieser Ausgangslage eine Beweisaufnahme zur Frage der Geschäftsunfähigkeit am 30.08.2018 erforderlich.

20 Wie auch das Berufungsgericht im Ansatz nicht verkannt hat, bedarf es zur Beurteilung der Frage, ob die vom Kläger vorgetragene Anhaltspunkte die Schlussfolgerung rechtfertigen, dass er während des Aufenthalts auf der Intensivstation geschäftsunfähig war, besonderer Sachkunde.

21 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts gilt für die Frage, ob dieser Zustand in der Folgezeit angedauert hat, angesichts des kurzen Zeitraums, um den es im Streitfall insoweit geht, nichts anderes.

22 Das Berufungsgericht hat dies der Sache nach erkannt und sich mit der Frage befasst, welche Schlussfolgerungen aus den vom Kläger vorgetragene Indizien gezogen werden können. Diese Frage durfte es jedoch allenfalls dann ohne Einholung eines Sachverständigengutachtens beurteilen, wenn es selbst über die erforderliche Sachkunde verfügt und die Parteien darauf hingewiesen hätte. Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

23 c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts können aus dem Verhalten der behandelnden Ärzte keine Schlussfolgerungen gezogen werden, die die Einholung eines Sachverständigengutachtens entbehrlich machen.

24 Aus den Feststellungen des Berufungsgerichts ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Frage der Geschäftsunfähigkeit des Klägers im Fokus der Behandlung stand. Es gibt auch keinen Erfahrungssatz des Inhalts, dass ein Krankenhaus von der zeitnahen Entlassung eines geschäftsunfähigen Patienten absieht.

25 d) Wie die Revision ebenfalls zu Recht geltend macht, durfte das Berufungsgericht seine Beurteilung zudem nicht auf eine schriftliche Äußerung des behandelnden Chefarztes stützen, ohne diesen als Zeugen zu vernehmen.

26 Die Verwertung der Niederschrift einer Zeugenaussage aus einem anderen Verfahren im Wege des Urkundenbeweises ist zwar grundsätzlich zulässig. Sie vermag die Vernehmung dieser Person als Zeugen aber nicht zu ersetzen, wenn eine Partei diese gegenbeweislich beantragt (BGH, Urteil vom 12.07.2013, V ZR 85/12, MDR 2013, 1184 Rdnr. 8; Beschluss vom 25.09.2018, VI ZR 443/16, NJW-RR 2018, 1534 Rdnr. 13).

27 Im Streitfall hat der Kläger den behandelnden Chefarzt als sachverständigen Zeugen dafür benannt, dass er am 30.08.2018 geschäftsunfähig war. Wenn das Berufungsgericht die Wahrnehmungen dieses Zeugen als erheblich ansah, durfte es dessen schriftliche Äußerungen nicht zum Nachteil des Klägers verwerten, ohne den Zeugen vernommen zu haben.

28 2. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich auch die Sittenwidrigkeit des Übertragungsvertrags nicht verneinen.

29 a) Zutreffend hat das Berufungsgericht den Vertrag als Schenkung der beiden Grundstücke angesehen.

30 b) Entgegen der Auffassung des LG, der das Berufungsgericht beigetreten ist, ist die Sittenwidrigkeit des Vertrags nicht allein deshalb zu verneinen, weil der Kläger die Beklagte als Kind annehmen und finanziell absichern wollte und weil Zuwendungen an Partner einer Liebesbeziehung für sich gesehen nicht sittenwidrig sind.

31 aa) Ein Rechtsgeschäft ist sittenwidrig im Sinne von § 138 Abs. 1 BGB, wenn es nach seinem Inhalt oder Gesamtcharakter gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.

32 Verstößt das Rechtsgeschäft nicht bereits seinem Inhalt nach gegen die grundlegenden Wertungen der Rechts- oder Sittenordnung, muss ein persönliches Verhalten des Handelnden hinzukommen, das diesem zum Vorwurf gemacht werden kann (BGH, Urteil vom 16.07.2019, II ZR 426/17, NJW 2019, 3636 Rdnr. 24). Hierbei ist der aus der Zusammenfassung von Inhalt, Zweck und Beweggrund zu entnehmende Gesamtcharakter des Verhaltens maßgeblich (BGH, Urteil vom 04.06.2013, VI ZR 288/12, NJW-RR 2013, 1448 Rdnr. 14). Je nach Einzelfall kann sich die Sittenwidrigkeit bereits aus einem dieser Elemente oder aus einer Kombination mehrerer Elemente und deren Summenwirkung ergeben (BGH, Urteil vom 02.02.2012, III ZR 60/11, MDR 2012, 333 Rdnr. 20).

33 Die Sittenwidrigkeit eines unentgeltlichen Geschäfts gemäß § 138 Abs. 1 BGB kann sich nicht nur aus Motiven des Zuwendenden ergeben, sondern auch und sogar in erster Linie aus den Motiven des Zuwendungsempfängers. So kann es sich um einen Fall handeln, in dem aus fremder Bedrängnis in sittenwidriger Weise Vorteile gezogen werden. Hierfür kann von Bedeutung sein, ob der Schenker sich den Wünschen des Beschenkten aufgrund seiner Persönlichkeitsstruktur nicht oder kaum hätte entziehen können, ob der Beschenkte dies wusste oder sich einer derartigen Erkenntnis leichtfertig verschloss und ob er die fehlende oder geschwächte Widerstandskraft des Schenkers eigensüch-

tig ausgenutzt oder es sogar darauf angelegt hat (BGH, Urteil vom 04.07.1990, IV ZR 121/89, FamRZ 1990, 1343, juris Rdnr. 14). In diesem Zusammenhang können die in § 138 Abs. 2 BGB besonders hervorgehobenen Gesichtspunkte auch im Rahmen des § 138 Abs. 1 BGB von Bedeutung sein (BGH, Urteil vom 22.01.1991, VI ZR 107/90, NJW 1991, 1046, juris Rdnr. 15).

34 bb) Das LG und das Berufungsgericht haben sich lediglich mit der Motivation des Klägers und dessen Vortrag zum Verhalten der Beklagten nach Vertragsschluss befasst. Dies hält einer Überprüfung anhand des aufgezeigten Maßstabs nicht stand, weil sich die Sittenwidrigkeit auch aus dem Verhalten der Beklagten im Vorfeld des Vertragsschlusses ergeben kann.

35 Wie die Revision zutreffend geltend macht, können die Umstände, aus denen der Kläger seine Geschäftsunfähigkeit ableiten will, auch im Zusammenhang mit § 138 Abs. 1 BGB von Bedeutung sein.

36 Wenn die gesundheitlichen Beeinträchtigungen des Klägers oder sonstige Umstände des Krankenhausaufenthalts zu einem Zustand der Willensschwäche oder der leichten Beeinflussbarkeit geführt haben, kann dies entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts auch dann die Nichtigkeit des Vertrags begründen, wenn die freie Willensbildung nicht vollständig ausgeschlossen war. Das Berufungsgericht hätte sich deshalb mit der Frage auseinandersetzen müssen, ob die Beklagte den Zustand des Klägers bewusst und gezielt ausgenutzt hat, um diesen noch während des Krankenhausaufenthalts zum Abschluss eines Vertrags zu veranlassen, den er außerhalb dieser besonderen Situation nicht abgeschlossen hätte.

37 III. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO). Sie ist deshalb an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

38 1. Im wieder eröffneten Berufungsverfahren wird das Berufungsgericht zu klären haben, ob der Kläger seine Willenserklärung im Zustand einer Störung seiner Geistestätigkeit gemäß § 104 Nr. 2, § 105 Abs. 2 BGB abgegeben hat.

39 a) Wie bereits oben dargelegt wurde, wird das Berufungsgericht bei der Beurteilung dieser Frage die Unterstützung durch einen Sachverständigen in Anspruch nehmen müssen.

(...)

44 2. Sollte das Berufungsgericht erneut nicht zu der Überzeugung gelangen, dass beim Kläger eine Störung der Geistestätigkeit im Sinne von § 104 Nr. 2, § 105 Abs. 2 BGB vorlag, wird es sich mit der Frage zu befassen haben, ob der Vertrag aus den oben dargelegten Gründen als sittenwidrig anzusehen ist.

45 Im Rahmen der hierbei anzustellenden Gesamtwürdigung wird sich das Berufungsgericht ggf. auch mit der Frage befassen müssen, ob die Behauptung des Klägers, die Beklagte habe gedroht, ihn zu verlassen und aus der Immobilie auszuziehen, falls er den Vertrag nicht unterzeichne, aufgrund aller für die Beweiswürdigung relevanten Umstän-

de (§ 286 ZPO) trotz fehlenden Beweisangebots als bewiesen anzusehen ist.

46 Das Berufungsgericht wird in diesem Zusammenhang ferner zu beachten haben, dass die Sittenwidrigkeit des Verpflichtungsgeschäfts nicht ohne Weiteres die Sittenwidrigkeit der Übereignung zur Folge hat (BGH, Urteil vom 09.05.2014, V ZR 305/12, NJW 2014, 2790 Rdnr. 20), und dem Kläger ggf. Gelegenheit zur Stellung sachdienlicher Anträge geben müssen, die diesem Umstand Rechnung tragen.

47 3. Ein Anspruch auf Rückübertragung wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage kommt auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstands demgegenüber nicht in Betracht.

48 Die im Vertrag enthaltene Angabe, die Übertragung erfolge im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unter Anrechnung auf etwaige Pflichtteilsansprüche, spricht zwar dafür, dass beide Parteien davon ausgingen, die Beklagte werde den Kläger beerben oder zumindest Pflichtteilsansprüche erwerben. Weder hieraus noch aus dem sonstigen Vorbringen der Parteien ergeben sich aber hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass die vereinbarte Übertragung mit dem Eintritt dieser Erwartung stehen und fallen sollte. Der Umstand, dass der Vertrag unabhängig von dem Adoptionsantrag beurkundet worden ist, spricht eher gegen eine solche Verknüpfung.

49 4. Sofern das Berufungsgericht den Vertrag nicht als sittenwidrig ansieht, wird es sich ferner mit der Frage befassen müssen, ob das Rückforderungsbegehren schon in den Vorinstanzen darauf gestützt war, die Beklagte habe sich des groben Undanks im Sinne von § 530 BGB schuldig gemacht.

50 Wie die Revisionserwiderung im Ansatz zu Recht geltend macht, kann die Widerrufserklärung vom 06.11.2018 allerdings schon deshalb nicht auf die von der Revision insoweit als relevant angeführten Barabhebungen gestützt sein, weil diese erst einen Tag später stattgefunden haben.

51 Zu prüfen bleibt aber, ob der Klageschrift vom 12.11.2018 hinreichend deutlich zu entnehmen ist, dass der Kläger die Rückabwicklung der Schenkung auch wegen der Barabhebungen vom 07.11.2018 begehrt, der Klagevortrag also als Widerrufserklärung im Sinne von § 531 Abs. 1 BGB anzusehen ist.



2. (Un-)Verjährbarkeit des Zustimmungsanspruchs aus § 888 Abs. 1 BGB

BGH, Urteil vom 14.01.2022, V ZR 245/20 (Vorinstanz: OLG Dresden, Urteil vom 06.11.2020, 22 U 330/20)

BGB § 888 Abs. 1, § 902 Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. Der aus § 888 Abs. 1 BGB folgende Zustimmungsanspruch des Vormerkungsberechtigten ist in entsprechender Anwendung von § 902 Abs. 1 Satz 1 BGB unverjährbar.
2. Ist allerdings der durch die Vormerkung gesicherte schuldrechtliche Anspruch verjährt, kann der vormerkungswidrig eingetragene im Grundsatz die dem Schuldner zustehende Einrede der Verjährung gegen den gesicherten Anspruch erheben und die Zustimmung aus diesem Grund verweigern.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2022, 376.

3. Bankentgelte: Aufwandspauschalen für die Sieglung von Urkunden

OLG Schleswig, Urteil vom 07.07.2022, 2 U 43/21

BGB § 307

LEITSATZ:

Eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen einer Sparkasse in Bezug auf Kreditverträge, wonach der Kunde für die Sieglung von Urkunden eine Aufwandspauschale zu entrichten hat, benachteiligt Verbraucher unangemessen und ist nach § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unwirksam, weil eine Sparkasse für die Sieglung von Löschungsbewilligungen kein Entgelt verlangen darf.

(...)

4. Sittenwidrigkeit eines Grundstückskaufvertrags

OLG Bamberg, Beschluss vom 22.06.2021, 1 U 494/20

BGB §§ 138, 242, 883
ZPO §§ 287, 522 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Für das Vorliegen des Wuchertatbestands müssen alle vier Tatbestandsmerkmale vollständig erfüllt sein: Ein besonders grobes Leistungsmissverhältnis kann insbesondere nicht das Fehlen einer Schwäche des Vertragspartners ausgleichen. In solchen Fällen kommt aber Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB in Betracht. (Leitsatz der Schriftleitung)

2. Zur Beurteilung, ob ein Rechtsgeschäft sittenwidrig ist, muss auf den Zeitpunkt seiner Vornahme abgestellt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Ein gegenseitiger Vertrag ist als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, wenn zwischen Leistung und Gegenleistung ein auffälliges Missverhältnis besteht und mindestens ein weiterer Umstand hinzukommt, der den Vertrag bei Zusammenfassung der subjektiven und der objektiven Merkmale als sittenwidrig erscheinen lässt, was insbesondere der Fall ist, wenn eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten hervorgetreten ist. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Das Bestehen eines groben Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung begründet die tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten. Diese tatsächliche Vermutung kommt nur dann nicht zum Tragen, wenn sie im Einzelfall durch besondere Umstände erschüttert ist. (Leitsatz der Schriftleitung)
5. Das Vorliegen eines besonders groben Äquivalenzmissverhältnisses kann bejaht werden, wenn der Wert der Leistung knapp doppelt so hoch ist wie der Wert der Gegenleistung. Diese Voraussetzung ist bei Grundstücksverkäufen grundsätzlich erst ab einer Verkehrswertüber- oder -unterschreitung von 90 % erfüllt. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

8 1. Zutreffend weist die Klägerin darauf hin, dass zwischen der Generalklausel des § 138 Abs. 1 BGB und dem Wuchertatbestand des § 138 Abs. 2 BGB zu differenzieren ist, auch wenn der BGH in ähnlichen Konstellationen soweit ersichtlich zumeist nur auf den § 138 Abs. 1 BGB abstellt.

9 Der Wuchertatbestand besteht aus vier Teilen: Zugrunde liegen muss ein Rechtsgeschäft, durch das jemand sich oder einem Dritten für eine Leistung als Gegenleistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt (Austauschgeschäft). Nicht erfasst werden daher unentgeltliche Geschäfte, Bürgschaften und familienrechtliche Verträge. Zwischen den beiderseitigen Leistungen muss ein auffälliges Missverhältnis bestehen. Beim Bewucherten muss eine Zwangslage, Unerfahrenheit, ein Mangel an Urteilsvermögen oder eine erhebliche Willensschwäche – kurzum: ein die vernünftige wirtschaftliche Entscheidungsfindung behinderender Faktor – gegeben sein. Der Wucherer muss diesen Umstand ausgebeutet haben. Ist jener Tatbestand verwirklicht, so führt dies zur Sittenwidrigkeit, ohne dass zusätzlich besondere Umstände vorliegen müssen, die dem Geschäft ein anstößiges Gepräge geben. Dabei ist es erforderlich, dass alle vier Merkmale vollständig erfüllt sind; so kann etwa ein besonders grobes Leistungsmissverhältnis nicht das Fehlen einer Schwäche des Vertragspartners ausgleichen. In solchen Fällen kommt aber Sittenwidrigkeit nach Abs. 1 in Betracht (vgl. MünchKomm-BGB/Armbrüster, 8. Aufl. 2018, § 138 Rdnr. 143).

10 Wie bereits dargelegt, kann das auffällige Missverhältnis zwischen Kaufpreis und verschaffter Gegenleistung durch das Berufungsgericht mangels ausreichendem Sachvortrag und entsprechendem Beweisangebot bereits nicht überprüft werden. Bei der Prüfung, ob ein Rechtsgeschäft sittenwidrig ist, muss auf den Zeitpunkt seiner Vornahme abgestellt werden (vgl. BGH, Urteil vom 29.06.2007, V ZR 1/06, juris Rdnr. 13). Unstreitig wurde der Klägerin kein unbelastetes Grundstück als Gegenleistung übereignet, sondern für die Klägerin ein dinglich gesichertes Rückkaufsrecht für 18 Monate in Form einer befristeten Eigentumsvormerkung gemäß § 883 BGB vereinbart (vgl. § 6 des notariellen Kaufvertrags vom 29.10.2018). Damit konnte die Beklagte in dieser Zeit über das Grundstück nicht wie über ein unbelastetes Grundstück verfügen, hätte jedenfalls voraussichtlich bei einem Weiterverkauf einen (deutlich) niedrigeren Verkaufserlös erzielt als ohne die befristete Eigentumsvormerkung. Trotz Hinweis des Senats hat die Klägerin in der Gegenerklärung an ihrer Auffassung festgehalten und für die Höhe der Belastung durch die befristete Eigentumsvormerkung auch keinen Beweis angeboten. Dem Senat ist es auch nicht möglich, diesen Wert gemäß § 287 BGB zu schätzen.

11 Im Übrigen wird zum Wert des übertragenen Grundstücks auf die Ausführungen des LG sowie den Hinweis des Senats vom 14.04.2021 Bezug genommen. Es ist demnach insgesamt nicht zu beanstanden, dass das LG ein auffälliges Missverhältnis im Sinne des § 138 Abs. 2 BGB verneint hat.

12 2. Hinsichtlich § 138 Abs. 1 BGB gilt zur Höhe des groben Missverhältnisses das eben Ausgeführte.

13 Ein gegenseitiger Vertrag ist als wucherähnliches Rechtsgeschäft nach § 138 Abs. 1 BGB im Übrigen 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. Ist das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besonders grob, lässt dies den Schluss auf eine verwerfliche Gesinnung des Begünstigten zu (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.2014, V ZR 249/12, juris Rdnr. 5)

14 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 bei Grundstücksverkäufen grundsätzlich erst ab einer Verkehrswertüber- oder -unterschreitung von 90 % erfüllt (vgl. BGH, Urteil vom 24.01.2014, V ZR 249/12, juris Rdnr. 8). Hier kann der Wert des übertragenen, belasteten Grundstücks bereits nicht überprüft werden (siehe oben).

15 3. Selbst wenn man vorliegend ein besonders grobes Äquivalenzmissverhältnis als gegeben unterstellt, wären im Übrigen aufgrund der besonderen Umstände des zugrunde liegenden Sachverhalts die Voraussetzungen des § 138 Abs. 1 BGB nicht erfüllt.

16 a) Dies verkennt die Klägerin bereits, soweit sie in der Gegenerklärung darauf abstellt, eine Bewertung des Herrn (...) vom 04.11.2020 (...) sei vom Gericht nicht ausreichend beachtet worden. Der Senat hat bereits in seinem Hinweis vom 14.04.2021 ausdrücklich festgehalten, dass der tatsächliche Grundstückswert nicht abschließend geklärt werden müsse. Im Übrigen widerspricht die Einschätzung von Herrn (...) (Wert: 582.000 €) auch dem pauschalen klägerischen Vortrag, der Grundstückswert habe sogar 750.000 € betragen. Zwar muss die Klägerin grundsätzlich nicht näher begründen, wie sich der behauptete Verkehrswert von 750.000 € errechnete. Eine Partei darf nämlich Tatsachen behaupten, über die sie keine genauen Kenntnisse hat, die sie nach Lage der Dinge aber für wahrscheinlich hält. Kommt es auf den Verkehrswert einer Sache an, ist es deshalb grundsätzlich ausreichend, wenn die darlegungspflichtige Partei einen bestimmten Wert behauptet und durch Sachverständigengutachten unter Beweis stellt. Unbeachtlich ist eine solche Behauptung nur dann, wenn sie ohne greifbare Anhaltspunkte für das Vorliegen eines bestimmten Sachverhalts willkürlich aufs Geratewohl, gleichsam „ins Blaue hinein“ aufgestellt worden ist; bei der Annahme eines solch rechtmisbräuchlichen Verhaltens ist allerdings Zurückhaltung geboten (vgl. BGH, Beschluss vom 02.04.2009, V ZR 177/08, juris Rdnr. 11). Da sich die Klägerin zum einen mit dem tatsächlichen Verkehrswertgutachten nicht näher auseinandersetzt und sogar der von ihr herangezogene Fachmann einen deutlich niedrigeren Wert angegeben hat, dürfte diese Voraussetzung hier demnach sogar erfüllt sein, kann aber letztlich dahinstehen (siehe oben).

17 b) Jedenfalls ist aber die tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten vorliegend widerlegt.

18 Das Bestehen eines groben Missverhältnisses zwischen den in einem gegenseitigen Vertrag vereinbarten Leistungspflichten begründet nach der Rechtsprechung des BGH zwar die tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung des Begünstigten, die nach § 138 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit des vereinbarten Vertrags führt. Die Vermutung beruht auf dem Erfahrungssatz, dass in der Regel außergewöhnliche Leistungen nicht ohne Not oder nicht ohne einen anderen den Benachteiligten hemmenden Umstand zugestanden werden und dass der Begünstigte diese Erfahrung teilt. Die Vermutung erstreckt sich auf zwei Momente, nämlich einerseits darauf, dass Umstände vorliegen, die die freie Entschließung des Benachteiligten beeinträchtigt haben, und andererseits darauf, dass der Begünstigte sich diese Situation zunutze gemacht hat (vgl. BGH, Urteil vom 05.03.2010, V ZR 60/09, juris Rdnr. 16). Diese tatsächliche Vermutung kommt nur dann nicht zum Tragen, wenn sie im Einzelfall durch besondere Umstände erschüttert ist (vgl. BGH, Urteil vom 29.06.2007, V ZR 1/06, juris Rdnr. 16), zum Beispiel beim Grundstückskauf durch das Vertrauen auf ein Wertgutachten (vgl. Jauernig/*Manse*, BGB, 18. Aufl. 2021, § 138 Rdnr. 16).

19 Ob die objektiv Benachteiligte den tatsächlichen Wert des Grundstücks kannte, erschüttert die aus dem Missverhältnis des Wertes der beiderseits geschuldeten Leistun-



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

gen folgende Vermutung nur dann, wenn angenommen werden kann, die Klägerin hätte das Grundstück unabhängig von dessen Wert der Beklagten zu dem vereinbarten Preis verkauft (vgl. BGH, Urteil vom 05.03.2010, V ZR 60/09, juris Rdnr. 17).

20 Der Klägerin ist auch insofern zuzustimmen, dass es aber auch in diesem Fall Sache des Begünstigten ist, alle Umstände darzulegen und erforderlichenfalls zu beweisen, die zusammen genommen die Vermutung erschüttern, er habe einen den Vertragspartner in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigenden Faktor bewusst oder jedenfalls grob fahrlässig ausgenutzt (vgl. BGH, Urteil vom 29.06.2007, V ZR 1/06, juris Rdnr. 19).

21 c) Die Erschütterung der tatsächlichen Vermutung ist der Beklagten aufgrund der dargelegten und unter Beweis gestellten besondere Umstände jedoch gelungen.

22 aa) Zum einen haben beide Parteien gleichermaßen auf das Wertgutachten aus dem Zwangsversteigerungsverfahren vertraut und dies ihrer Kaufpreisfindung unstreitig zugrunde gelegt.

23 bb) Zum anderen haben die Klägerin und ihr Ehemann das Missverhältnis unstreitig gekannt und aus deren Sicht zu ihrem Vorteil akzeptiert, um die Kosten für den beabsichtigten Rückkauf niedrig zu halten. Soweit die Klägerin nunmehr meint, die Auskünfte der Rechtsanwältin seien für den vorliegenden Sachverhalt ohne Belang, folgt dem der Senat unter Bezugnahme auf die Ausführungen im Hinweis vom 14.04.2021 nicht.

24 Aus dem Schreiben der Rechtsanwältin an die Eheleute vom 16.10.2018 (...) ergibt sich sogar, dass zunächst ein Kaufpreis von nur 150.000 € vereinbart werden sollte, aber Bedenken der Rechtsanwältin gegen die Unterschreitung der 50%-Grenze bestanden. Damit ist belegt, dass die Klägerin das Grundstück unabhängig von dessen tatsächlichen Wert der Beklagten zu einem möglichst niedrigen Preis verkaufen wollte, der tatsächliche Wert für sie daher grundsätzlich unbeachtlich war. Die anwaltlich beratene Klägerin hat einen höheren Kaufpreis allein zu dem Zweck durchgesetzt, um die Wirksamkeit des Vertrages nicht zu gefährden.

25 Die Klägerin verhält sich daher nunmehr zu ihrem vorherigen Verhalten in Widerspruch (*venire contra factum proprium*, § 242 BGB), wenn sie sich auf eine angebliche Sittenwidrigkeit beruft, weshalb ihr ein entsprechender Einwand verwehrt, jedenfalls aber die tatsächliche Vermutung einer verwerflichen Gesinnung auf Beklagtenseite erschüttert bzw. sogar widerlegt ist.

26 cc) Die Beklagte nahm bei Abschluss des Kaufvertrags auch ein nicht unerhebliches Risiko auf sich, indem sie den Kaufpreis sofort an die Eheleute auskehrte, sie aber nicht frei über das Grundstück verfügen konnte und die Eheleute weiterhin Besitzer blieben. Das Risiko hat sich durch das spätere Verhalten der Klägerin, ihres Ehemanns (mit der offensichtlichen Androhung eines Suizids [...]) und der Verzögerung der tatsächlichen Übergabe des Grundstücks für eine längere Zeit auch realisiert. Auch dies spricht in einer

Gesamtschau gegen die verwerfliche Gesinnung aufseiten der Beklagten.

27 dd) Nichts anderes ergibt sich aus dem erstmals in der Berufungsinstanz aufgestellten Behauptung, der Ehemann der Klägerin sei vor Vertragsschluss darüber getäuscht worden, dass das Objekt dann gemeinsam verkauft würde, falls eine Finanzierung nach Ablauf der 18 Monate scheitere. Selbst unterstellt, dieser Vortrag wäre zutreffend, folgt hieraus keine verwerfliche Gesinnung. Es wird in keiner Weise vorgetragen, wie die Klägerin hierbei finanziell beteiligt werden würde und inwiefern dies gerade die Klägerin in ihrer Verkaufsentscheidung beeinflusst hat. Dass die Eheleute hierauf vertrauten, wäre in jedem Fall aufgrund des Anwaltschreibens (...) kurz vor Vertragsschluss widerlegt, worin es heißt:

„Bitte beachten Sie, dass die Rückkaufsoption nach dem Vertragsentwurf auf ein Jahr befristet ist. Danach würde dieses Recht verfallen und die Immobilie bleibt im Eigentum der Fa. (...) GmbH. Diese wäre in diesem Fall nicht verpflichtet, die Immobilie freihändig zu veräußern und den eventuell höheren Kaufpreis abzüglich der ‚Darlehenssumme‘ an Sie auszubezahlen.“

28 Die Klägerin möchte suggerieren, dass sie sich als älteres, geschäftlich unerfahrenes Ehepaar in einer Notlage zu einem unbedachten, übereilten Vertragsschluss haben hinreißen lassen. Dies wird ebenfalls durch das Anwaltsschreiben widerlegt. Die Eheleute wurden umfassend und rechtlich zutreffend informiert, sowohl mündlich als auch schriftlich, und wussten, worauf sie sich einlassen. Auch aufgrund dieser umfassenden rechtlichen Beratung hat die Klägerin wesentlich auf die Vertragsbedingungen Einfluss genommen, indem der angedachte Kaufpreis von 150.000 € auf 269.000 € angehoben wurde, sie zwischen einem niedrigeren Kaufpreis mit Rückkaufsrecht und einem höheren Kaufpreis wählen konnte und zudem nach Ausübung dieses Wahlrechts auch die Dauer der Möglichkeit des Rückkaufsrechts um 50 % erhöhte. Dass die Beklagte mittels vorformulierter Vertragsbedingungen den Vertrag einseitig diktiert hat, ist daher ebenfalls widerlegt.

29 Der entsprechende Vortrag ist im Übrigen verspätet erfolgt, worauf auch die Beklagte zutreffend hingewiesen hat.

30 ee) Nichts anderes ergibt sich zuletzt aus den dargelegten Kosten für den Rückkauf. Durch diesen hätte die Klägerin unstreitig das Grundstück zu einem niedrigeren Preis als den Verkehrswert zurückkaufen können. Gleichzeitig bestand jedoch keine Pflicht, dieses Recht auszuüben. Die erhöhten Kosten führen daher nicht zu einer anderen Bewertung der Sittenwidrigkeit, zumal auch Nutzungsüberlassungskosten für die Zeit der Nutzung (max. 18 Monate) in dem Preis inbegriffen gewesen wären.

31 4. Aufgrund der obigen Ausführungen scheidet auch ein Anspruch gemäß § 826 BGB aus. Die Klägerin hat den Vertrag in voller Kenntnis aller Tatsachen sowie der Rechtslage abgeschlossen nach umfassender und zutreffender anwaltlicher Beratung.

(...)

Bürgerliches Recht

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

5. Keine Abgabefiktion nach § 894 Satz 1 ZPO bei vorläufig vollstreckbarem Urteil

OLG München, Beschluss vom 24.01.2022, 34 Wx 437/21, mitgeteilt von Dr. **Andreas Stegbauer**, Richter am OLG München

GBO § 53 Abs. 1

GG Art. 103 Abs. 1

ZPO § 894

LEITSÄTZE:

1. Die Abgabefiktion nach § 894 Satz 1 ZPO tritt erst ein, wenn das Urteil Rechtskraft erlangt hat. Vorläufige Vollstreckbarkeit reicht nicht aus.
2. Die Eintragung eines Amtswiderspruchs nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO setzt nicht voraus, dass die Grundbuchunrichtigkeit unmittelbar auf einer Gesetzesverletzung bei Vornahme derjenigen Eintragung beruht, gegen die sich der Widerspruch richten soll. Sie ist vielmehr auch dann möglich, wenn dem Grundbuchamt der Verstoß bei der Eintragung eines Rechtsvorgängers des jetzt eingetragenen Berechtigten unterlaufen ist.
3. Eine Anhörung des eingetragenen Berechtigten vor Erlass der die Eintragung eines Widerspruchs anordnenden Entscheidung kann unterbleiben, wenn daraus die Gefahr des Rechtsverlusts erwachsen könnte.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 1 begehrt seine Eintragung als Eigentümer der verfahrensgegenständlichen Wohnung mit Garage im Wege der Grundbuchberichtigung.

2 R Sch, der Ehemann der Beteiligten zu 2 veräußerte mit notariellem Vertrag vom 11.05.2012 die damals in seinem Eigentum stehende Wohnung mit Garage an den Beteiligten zu 1. Dieser wurde am 21.03.2013 als Eigentümer eingetragen. Da der Beteiligte zu 1 den Kaufpreis nur teilweise beglich, erwirkten R Sch und die Beteiligte zu 2 beim LG am 01.06.2015 ein für vorläufig vollstreckbar erklärtes Versäumnisurteil, in dem er unter anderem verurteilt wurde, zu erklären, dass das Anwesen auf die Kläger übergehe.

3 Auf der Grundlage dieses Versäumnisurteils wurden zu notarieller Urkunde vom 29.10.2015 die Auflassung des Anwesens an R Sch sowie an die Beteiligte zu 2 und zugleich die Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils der Beteiligten zu 2 auf R Sch erklärt. Mit Schreiben vom 02.11.2015 beantragte der Urkundsnotar unter Vorlage einer vollstreckbaren Ausfertigung des Versäumnisurteils mit dem Hinweis, die Einspruchsfrist sei abgelaufen, den Vollzug. Am 03.01.2017 wurde R Sch im Wohnungs- und im Teileigentumsgrundbuch jeweils als Alleineigentümer eingetragen.

4 Am 06.08.2017 verstarb R Sch. Daraufhin wurde am 05.02.2018 aufgrund Erbscheins die Beteiligte zu 2 als Alleineigentümerin eingetragen.

5 Auf den wegen eines Zustellungsmangels nicht verfristeten Einspruch des Beteiligten zu 1 gegen das Versäumnisurteil vom 01.06.2015 hin erhielt das LG dieses mit am 22.01.2021 verkündetem Endurteil insoweit aufrecht, als der Beklagte verurteilt wurde zu erklären, dass das Anwesen auf die Kläger übergehe, allerdings nur Zug um Zug gegen Erstattung der gezahlten Kaufpreistraten. Im Übrigen wurde das Versäumnisurteil aufgehoben und die Klage abgewiesen.

6 Unter Verweis hierauf hat der Beteiligte zu 1 mit notariell beurkundeter Erklärung vom 04.03.2021 beantragt, das Grundbuch unter anderem hinsichtlich des verfahrensgegenständlichen Anwesens dahin gehend zu berichtigen, dass er als Alleineigentümer eingetragen werde.

7 Das Grundbuchamt hat den Antrag mit Beschluss vom 09.11.2021 zurückgewiesen. Die Berichtigungsbewilligung der Eigentümerin nach § 22 Abs. 2 GBO liege nicht vor.

8 Hiergegen hat der Beteiligte zu 1 mit anwaltlichem Schriftsatz vom 08.12.2021 Beschwerde eingelegt und beantragt, unter Aufhebung der angefochtenen Entscheidung das Grundbuchamt anzuweisen, dem Antrag vom 04.03.2021 entsprechend den Beschwerdeführer als Alleineigentümer einzutragen. Auf den Einspruch des Beschwerdeführers hin habe das LG das Versäumnisurteil abgeändert. Durch das Endurteil sei die Unrichtigkeit des Grundbuchs nachgewiesen, da die Beschwerdegegnerin die geleisteten Zahlungen nicht erstattet habe und ihre unbedingte Eintragung daher nicht zulässig gewesen sei. Sei die rechtskräftige Verurteilung zu einer Auflassungserklärung von einer Zug um Zug zu erbringenden Gegenleistung abhängig, trete die Fiktionswirkung nach § 894 Satz 2 ZPO erst mit der Erteilung der qualifizierten vollstreckbaren Ausfertigung nach § 726 ZPO ein. Die Grundlage der hier beantragten Berichtigung bilde daher § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO. Die Eintragung habe stattzufinden, wenn sie vom Berechtigten verlangt werde und die Berichtigungsbewilligung als Unterart der Eintragungsbewilligung nach §§ 19, 22 Abs. 1 GBO vorgelegt werde. Ein Urteil könne – wie hier – die Berichtigungsbewilligung des eingetragenen Eigentümers gemäß § 894 ZPO ersetzen.

9 Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 22.12.2021 nicht abgeholfen. Die in der Beschwerdeschrift aufgeführten Gründe ließen nicht von der geforderten Berichtigungsbewilligung absehen. Weiter werde auf den angefochtenen Beschluss Bezug genommen.

10 II. Die Beschwerde führt zur Anweisung an das Grundbuchamt, einen Amtswiderspruch einzutragen. Im Übrigen ist das Rechtsmittel zu verwerfen.

11 I. Die Beschwerde ist nur teilweise zulässig.

12 Gemäß § 71 Abs. 1 GBO findet gegen die Entscheidungen des Grundbuchamts das Rechtsmittel der Beschwerde statt. Nach Abs. 2 Satz 1 der Vorschrift ist allerdings die Beschwerde gegen eine Eintragung unzulässig. Gemäß Abs. 2



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Satz 2 kann jedoch im Wege der Beschwerde verlangt werden, dass das Grundbuchamt angewiesen wird, nach § 53 GBO einen Widerspruch einzutragen oder eine Löschung vorzunehmen.

13 Zwar richtet sich das vorliegende Rechtsmittel formal gegen die Zurückweisung des Berichtigungsantrags und damit gegen eine Entscheidung des Grundbuchamts im Sinne von § 71 Abs. 1 GBO. Aus den gestellten Anträgen und der Beschwerdebegründung ergibt sich jedoch, dass sich der Beteiligte zu 1 in der Sache gegen die Löschung seiner Eintragung als Eigentümer – die grundbuchtechnisch ihrerseits eine Eintragung darstellt, vgl. § 46 Abs. 1 GBO – und die Eintragung des R Sch sowie anschließend der Beteiligten zu 2 jeweils als neuer Eigentümer wendet. Denn er meint, all dies hätte mangels Erbringung der im Endurteil des LG statuierten Gegenleistung nicht geschehen dürfen. Das Rechtsschutzziel des Beteiligten zu 1 besteht also darin, im Wege der Berichtigung einer anfänglichen Grundbuchunrichtigkeit seine vormalige Eigentümerposition wiederherzustellen durch Beseitigung der seitdem vorgenommenen Eintragungen. In einer solchen Konstellation richtet sich das Rechtsmittel in Wahrheit gegen die angeblich von Anfang an unrichtige Eintragung (BGH, FGPrax 2018, 49; Senat vom 25.10.2013, 34 Wx 315/13, FGPrax 2014, 15 f.; BayObLG, Rpfleger 1993, 58; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 71 Rdnr. 30; *Hügel/Holzer*, GBO, 4. Aufl., § 22 Rdnr. 100; *Meikel/Schmidt-Räntsch*, GBO, 12. Aufl., § 71 Rdnr. 77). Da eine solche Beschwerde jedoch gemäß § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO unzulässig ist, darf hier eine dem Antrag entsprechende Anweisung gegenüber dem Grundbuchamt zur Grundbuchberichtigung nicht ergehen (vgl. *Hügel/Kramer*, GBO, § 71 Rdnr. 151). Gemäß Satz 2 dieser Bestimmung kann lediglich nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO die Eintragung eines Widerspruchs gegen die unrichtige Eintragung oder – was hier indes von vornherein nicht in Betracht kommt – nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO eine Löschung wegen inhaltlicher Unzulässigkeit der Eintragung veranlasst werden. Als solchermaßen beschränkte Beschwerde ist das Rechtsmittel statthaft. Soweit der Beteiligte zu 1 darüber hinaus beantragt, das Grundbuchamt zu seiner Eintragung als Alleineigentümer anzuweisen, ist die Beschwerde hingegen als unzulässig zu verwerfen.

14 2. Im Umfang ihrer Zulässigkeit hat die Beschwerde auch in der Sache Erfolg.

15 Das Grundbuchamt hat gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen, wenn es unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Die Gesetzesverletzung muss feststehen, die Grundbuchunrichtigkeit glaubhaft gemacht sein (Senat vom 04.12.2017, 34 Wx 402/17, FGPrax 2018, 67; BayObLGZ 1986, 513, 515; *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 28; *Hügel/Holzer*, GBO, § 53 Rdnr. 32; *Meikel/Schneider*, GBO, § 53 Rdnr. 112 f.).

16 a) Das Grundbuchamt hat, als es als Eigentümer den Beteiligten zu 1 gelöscht und R Sch eingetragen hat, erwießenermaßen gesetzliche Vorschriften verletzt.

17 aa) Dies ergibt sich allerdings nicht daraus, dass die Verurteilung des Beteiligten zu 1 zur Abgabe der zur Eigentumsübertragung erforderlichen Erklärungen mit Versäumnisurteil vom 01.06.2015 im Endurteil vom 22.01.2021 aufgehoben wurde. Maßgeblich ist insofern die dem Grundbuchamt zum Zeitpunkt der Eintragung unterbreitete Sachlage (OLG Düsseldorf, FGPrax 2015, 109, 110; *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 22; *Hügel/Holzer*, GBO, § 53 Rdnr. 22; *Meikel/Schneider*, GBO, § 53 Rdnr. 83). Beim Vollzug am 03.01.2017 bestand indes das Versäumnisurteil noch.

18 bb) Das Grundbuchamt hätte jedoch selbst auf dieser Grundlage nicht den Beteiligten zu 1 als Eigentümer löschen und R Sch als neuen Eigentümer eintragen dürfen.

19 Gemäß § 19 GBO erfolgt eine Eintragung, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird. Im Falle der Auflassung eines Grundstücks ist gemäß § 20 GBO darüber hinaus Voraussetzung, dass die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist. Die demnach für die Eigentumsumschreibung erforderlichen Erklärungen des Beteiligten zu 1 konnten zwar grundsätzlich gemäß § 894 Satz 1 ZPO durch die im Versäumnisurteil ausgesprochene Verurteilung zu ihrer Abgabe ersetzt werden. Nach dieser Bestimmung gilt eine Erklärung aber erst als abgegeben, wenn das Urteil Rechtskraft erlangt hat; vorläufige Vollstreckbarkeit reicht nicht aus (*MünchKomm-ZPO/Gruber*, 6. Aufl., § 894 Rdnr. 13; *Zöller/Seibel*, ZPO, 34. Aufl., § 894 Rdnr. 5), wie sich aus dem eindeutigen Wortlaut des § 894 Satz 1 ZPO und einem Umkehrschluss aus § 895 Satz 1 ZPO ergibt, der für diesen Fall lediglich die Eintragung einer Vormerkung oder eines Widerspruchs vorsieht. Hier hat das Grundbuchamt die Eintragung des R Sch als Eigentümer jedoch auf der Grundlage einer vollstreckbaren Ausfertigung des lediglich für vorläufig vollstreckbar erklärten Versäumnisurteils vorgenommen. Rechtskraft bestand tatsächlich nicht. Das Grundbuchamt durfte sich insofern auch nicht auf die Behauptung verlassen, die Einspruchsfrist sei abgelaufen. Denn der Nachweis der Urteilsrechtskraft als Eintragungsvoraussetzung unterliegt dem Formerfordernis des § 29 GBO und kann somit nur durch ein gerichtliches Rechtskraftzeugnis geführt werden (*Saenger/Kießling*, ZPO, 9. Aufl., § 894 Rdnr. 1). Ein solches lag aber nach dem Akteninhalt nicht vor.

20 b) Es ist auch glaubhaft, dass das Grundbuch unrichtig ist.

21 Unrichtig ist das Grundbuch nach der Vorgabe des § 894 BGB dann, wenn sein Inhalt hinsichtlich eines Rechts an einem Grundstück, eines Rechts an einem solchen Recht oder einer Verfügungsbeschränkung der in § 892 Abs. 1 BGB bezeichneten Art mit der wahren, also materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt (Senat vom 21.11.2018, 34 Wx 105/18, FGPrax 2019, 60, 61; BayObLG, Rpfleger 1988, 254, 255; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 4; *Hügel/Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 25; *Meikel/Böttcher*, GBO, § 22 Rdnr. 2).

22 Da mangels Rechtskraft des Versäumnisurteils gemäß § 894 Satz 1 ZPO die Fiktion der Abgabe der Auflassungserklärung im Sinne von § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht eingetreten ist, konnte R Sch gemäß § 873 Abs. 1 BGB nicht

das Eigentum an der Wohnung und der Garage erwerben. Folglich ging dieses auch nicht im Wege der Universalsukzession nach § 1922 BGB auf die Beteiligte zu 2 über. Da das Grundbuch sie gleichwohl als Eigentümerin ausweist, steht diese Eintragung im Widerspruch zur materiellen Rechtslage und ist somit unrichtig im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO. Anhaltspunkte dafür, dass die Beteiligte zu 2 anderweitig das Eigentum an dem Anwesen erlangt haben und das Grundbuch deshalb im Ergebnis doch die materielle Rechtslage zutreffend wiedergeben könnte, existieren nicht. Insbesondere scheidet beim Erwerb eines Grundstücks kraft Gesetzes durch Erbfolge ein Gutgläubenschutz nach § 892 BGB aus (OLG Naumburg, ZEV 2019, 591; Grüneberg/Herrler, 81. Aufl., § 892 Rdnr. 2).

23 c) Der Eintragung des Amtswiderspruchs gegen die Eintragung der Beteiligten zu 2 als Eigentümerin steht nicht entgegen, dass lediglich die Löschung des Beteiligten zu 1 und die Eintragung des R Sch unmittelbar auf den Verstoß gegen §§ 19, 20 GBO zurückzuführen sind, die Eintragung der Beteiligten zu 2 im Wege der Universalsukzession nach dem voreingetragenen R Sch aufgrund Erbscheins hingegen für sich genommen nicht zu beanstanden ist. Denn entscheidend ist, ob die durch die vorschriftswidrige Eintragung geschaffene Buchlage dem Schutzzweck der verletzen Norm widerspricht. Die Grundbuchunrichtigkeit braucht nicht unbedingt auf einer Gesetzesverletzung bei Vornahme derjenigen Eintragung zu beruhen, gegen die sich der Widerspruch richten soll. Ein solcher kann vielmehr auch dann eingetragen werden, wenn dem Grundbuchamt der Verstoß bei der Eintragung eines Rechtsvorgängers des jetzt eingetragenen Berechtigten unterlaufen ist (Meikel/Schneider, GBO, § 53 Rdnr. 111).

24 d) Von einer Anhörung der Beteiligten zu 2 hat der Senat abgesehen. Zwar hat gemäß Art. 103 Abs. 1 GG auch im Beschwerdeverfahren grundsätzlich jeder formell oder materiell Beteiligte Anspruch auf rechtliches Gehör vor Erlass einer für ihn negativen Entscheidung. Eine vorherige Anhörung unterbleibt allerdings, wenn daraus die Gefahr des Rechtsverlusts erwachsen könnte, insbesondere also bei Anordnung der Eintragung eines Amtswiderspruchs (Hügel/Kramer, GBO, § 77 Rdnr. 18 f.; Meikel/Schmidt-Räntsch, GBO, § 77 Rdnr. 28).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Stefan Neuhöfer**, LL.M.
(Glasgow), Weißenhorn

Kondensiert man den Sachverhalt auf das Wesentliche, stellt sich die Fallgestaltung wie folgt dar: Der Beteiligte zu 1 erwirbt vom Ehemann der Beteiligten zu 2 eine Wohnung mit Garage und wird als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, obwohl er selbst die ihm obliegende Leistung noch nicht vollständig erbracht hat. Der Ehemann der Beteiligten zu 2 möchte deshalb später den Kaufvertrag rückabwickeln und erwirkt ein vorläufig vollstreckbares Versäumnisurteil, in dem der Beteiligte zu 1 zur Rücküberweisung verpflichtet wird. Aufgrund dieses Titels und

der daran anschließenden Beurkundung wird der Ehemann der Beteiligten zu 2 im Grundbuch als Eigentümer eingetragen. Der Beteiligte zu 1 wendet sich nun erfolgreich gegen das Versäumnisurteil. Die Rückübertragsverpflichtung aus dem Versäumnisurteil wird durch Endurteil insoweit eingeschränkt, als diese nur Zug-um-Zug gegen bereits erbrachte Vorleistungen zu erfolgen habe. Der Beteiligte zu 1 möchte aufgrund dieses Urteils die Eintragung der Beteiligten zu 2 (als Rechtsnachfolgerin ihres Ehemannes) als Eigentümer beseitigen und geht im Wege der Beschwerde (§ 71 GBO) gegen die ablehnende Entscheidung des Grundbuchamtes vor.

1. Materiellrechtliche und vollstreckungsrechtliche Aspekte der Auflassung

Die gemäß § 925 Abs. 1 BGB erforderliche „gleichzeitige Anwesenheit“ beider Parteien lag bei der Rückabwicklung nicht vor: Notariell beurkundet wurde ausschließlich die Willenserklärung des Ehemannes der Beteiligten zu 2 (unter Vorlage des Versäumnisurteils, möglicherweise in vollstreckbarer Ausfertigung, wonach der Beteiligte zu 1 zur Rücküberweisung verpflichtet war). Insofern wird die Formvorschrift des § 925 Abs. 1 BGB allerdings durch § 894 Satz 1 ZPO überlagert. Im Falle einer rechtskräftigen Verurteilung gilt die Willenserklärung des Schuldners (hier: des Beteiligten zu 1) als „gleichzeitig“ im Sinne des § 925 BGB abgegeben, wenn unter Vorlage des rechtskräftigen Urteils die Willenserklärung des anderen Teils (hier: des Beteiligten zu 2) beurkundet wird. Hierbei fingiert die Norm die ersetzte Willenserklärung nicht als erneut abgegeben, sondern nur die Anwesenheit des Schuldners bei der Beurkundung.¹ Dabei gilt der Grundsatz, dass das rechtskräftige Urteil jede nach dem bürgerlichen Recht erforderliche Form ersetzt.²

Dieser Grundsatz greift allerdings erst, sobald das Urteil rechtskräftig ist. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut des § 894 Satz 1 ZPO a. E. sowie der Sonderregelung des § 895 ZPO für nur vorläufig vollstreckbare Titel.³ Sofern nicht ein Fall des § 894 Satz 2 ZPO vorliegt und eine Gegenleistung zu erbringen ist (Verurteilung Zug-um-Zug), bedarf es nicht zusätzlich auch der vollstreckbaren Ausfertigung, sondern der Rechtskraftvermerk des Titels genügt. Im vorliegenden Fall war diese Voraussetzung indes nicht gegeben, denn dem Grundbuchamt lag zur Eintragung lediglich das für vorläufig vollstreckbar erklärte Versäumnisurteil ohne Rechtskraftvermerk vor (die Einspruchsfrist war allerdings scheinbar abgelaufen). Auf der Grundlage der so beurkundeten Auflassung hätte das Grundbuchamt also den Ehemann der Beteiligten zu 2 nicht wieder als Eigentümer eintragen dürfen. In seiner Entscheidung führt das OLG München aus, dass maßgeblicher Zeitpunkt für das Vorliegen des rechtskräftigen Urteils auch im Fall der Auflassung – jedenfalls für die Prüfung durch das Grundbuchamt gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1

1 BayObLG, Beschluss vom 23.03.2005, 3 Z BR 274/04, DNotI-Report 2005, 103.

2 Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 894 Rdnr. 11.

3 Vgl. Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung.

GBO – die Vorlage beim Grundbuchamt sei.⁴ Diese Äußerung sollte aber nicht dahin missverstanden werden, dass erst zu diesem Zeitpunkt die Rechtskraft des die Willenserklärung ersetzenden Urteils eingetreten sein müsse. Denn hinsichtlich der materiellrechtlichen Wirksamkeit der Auflassung dürfte es ausweislich des eindeutigen Wortlautes des § 894 Satz 1 ZPO wohl auch weiterhin dabei bleiben, dass die Rechtskraft bereits bei Beurkundung eingetreten sein muss, um die Anforderungen des § 925 BGB zu erfüllen.⁵ Ansonsten gibt es schlicht keine Willenserklärung (des Abwesenden), deren gleichzeitige Abgabe fingiert werden könnte. Ausreichen dürfte nach dem OLG München allerdings, dass die Ausfertigung des Urteils nebst Zeugnis der Rechtskraft objektiv bei Beurkundung existierte (ohne allerdings vorzuliegen) und später dem Grundbuchamt vorgelegt wird,⁶ während andere Stimmen einen Zugang beim Erklärungsempfänger und damit das Vorliegen bei Beurkundung fordern.⁷ Nachdem auch der BGH in einer Entscheidung 2019 en passant letzterer Ansicht zuneigte,⁸ scheint es empfehlenswert, trotz der Entscheidung des OLG München bereits bei Beurkundung auf Vorlage der vollstreckbaren Ausfertigung mit Rechtskraftvermerk zu bestehen.

2. Aspekte des Grundbuchverfahrens

Die Systematik des Beschwerdeverfahrens der Grundbuchordnung differenziert zwischen der Zurückweisung eines Berichtigungsantrages (§ 71 Abs. 1 GBO) und der Vornahme einer Eintragung (§ 71 Abs. 2 GBO); gegen Letztere ist die Beschwerde nur in eingeschränktem Umfang zulässig. Grund dafür ist, dass an die Eintragung als Eigentümer materiellrechtlich die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbes anknüpft.⁹ Deshalb kann im Verfahren nach § 72 Abs. 2 GBO lediglich verlangt werden, einen Widerspruch gemäß § 53 GBO eintragen zu lassen (§ 71 Abs. 2 Satz 2 GBO).

Im Beschwerdeverfahren begehrte der Beteiligte zu 1 auf die Abweisung des Grundbuchamtes hin die Berichtigung nach § 71 Abs. 1 GBO. Infolge des geänderten voll-

streckbaren Titels sei die Unrichtigkeit des Grundbuches nachgewiesen (§ 22 Abs. 1 GBO), denn das Gerichtsurteil ersetze die nach § 19 GBO erforderliche Berichtigungs-bewilligung des Ehemannes der Beteiligten zu 2. An dieser Argumentation sind freilich erhebliche Zweifel angebracht, weil das in Rede stehende Urteil den Beteiligten zu 1 zur Übereignung (Zug-um-Zug) verpflichtet und damit wohl kaum eine Fiktion gemäß § 894 ZPO hinsichtlich der Berichtigungs-bewilligung des Ehemannes der Beteiligten zu 2 enthält.¹⁰ Darauf kommt es im Fall aber nicht an: Überzeugend und in Anlehnung an die bisherige Rechtsprechung führt das Gericht aus, dass der Beteiligte zu 1 nach Auslegung des Antrages gegen die Eintragung der Beteiligten zu 2 als Eigentümer vorgeht.¹¹ Auch wenn der Beteiligte zu 1 formal die ablehnende Entscheidung des Grundbuchamtes auf Berichtigung angreift (§ 71 Abs. 1 GBO), weil die Eintragung (ursprünglich: des Ehemannes) der Beteiligten zu 2 aufgrund des nur vorläufig vollstreckbaren Versäumnisurteils unrichtig sei, geht es in der Sache doch darum, die Eintragung der Beteiligten zu 2 als Eigentümer zu beseitigen und die eigene Eintragung als Eigentümer wiederherzustellen. Deshalb liegt ein Fall des § 71 Abs. 2 GBO vor und die Beschwerde ist nur beschränkt zulässig.¹²

Die dafür notwendigen Tatbestandsvoraussetzungen (materiellrechtliche Unrichtigkeit des Grundbuches) liegen vor, weil die Eintragung des Ehemannes der Beteiligten zu 2 aufgrund der fehlenden Rechtskraft des Urteils bei Beurkundung und damit der fehlerhaften und nicht wirksamen Auflassung unrichtig war. Der folglich einzutragende Amtswiderspruch schließt den gutgläubigen Erwerb eines Dritten aus und sichert einen etwaigen Anspruch des ursprünglichen Eigentümers (in diesem Fall des Beteiligten zu 1) aus § 894 BGB).¹³ Gleichwohl wird die (ggf. gutgläubig erworbene) Rechtsposition des nunmehr eingetragenen Eigentümers (hier: Beteiligter zu 2 bzw. dessen Rechtsnachfolger) nicht im Grundbuchverfahren beseitigt. § 71 Abs. 2 GBO verlagert auf diese Weise die Klärung dieser materiellrechtlich komplexen Fragen in das zivilrechtliche Erkenntnisverfahren.

Für die Beteiligten ist dieses Ergebnis freilich weder befriedigend noch befriedend; der Beteiligte zu 1 wird nicht als Eigentümer im Grundbuch eingetragen. Hierfür muss er ggf. seinen Anspruch etwa aus § 894 BGB oder Bereicherungsrecht durchsetzen, dem allerdings wiederum Einreden entgegenstehen könnten (zum Beispiel die Einrede der Bereicherung, sofern die Beteiligte zu 2 den bereits gezahlten Kaufpreis herausgibt). Die Beteiligte zu 2 könnte, selbst wenn der Amtswiderspruch aufgrund der Bewilligung des Beteiligten zu 1 gelöscht würde, ohne

4 Rdnr. 17 der besprochenen Entscheidung.

5 So eindeutig auch BayObLG, Beschluss vom 23.03.2005, 3 Z BR 274/04, DNotI-Report 2005, 103; Beck'sches Notarhandbuch/*Krauβ*, 7. Aufl. 2019, § 1 Rdnr. 435; BeckOGK-BGB/*Weber*, Stand: 01.01.2022, § 925 Rdnr. 125.

6 Das OLG München nahm insoweit explizit Bezug auf den Akteninhalt beim Grundbuchamt, siehe Rdnr. 19 der besprochenen Entscheidung; dafür auch BeckOGK-BGB/*Weber*, § 925 Rdnr. 125; BeckOK-BGB/*Grün*, Stand: 01.08.2022, § 925 Rdnr. 22; MünchKomm-BGB/*Ruhwinkel*, 8. Aufl. 2020, § 925 Rdnr. 20 m. w. N. zu beiden Ansichten.

7 BGH, Urteil vom 22.02.2019, V ZR 225/17, BeckRS 2019, 4451 Rdnr. 46; BayObLG, Beschluss vom 14.07.1983, BReg. 2 Z 36/83, BayObLGZ 1983, 181, 185; OLG München, Beschluss vom 11.09.2013, 34 Wx 314/13, MittBayNot 2015, 129; DNotI-Report 16/2022, 121, 122; *Wolfsteiner*, MittBayNot 2015, 129, 131; MünchKomm-ZPO/*Gruber*, 6. Aufl. 2020, § 894 Rdnr. 17.

8 BGH, Urteil vom 22.02.2019, V ZR 225/17, BeckRS 2019, 4451 Rdnr. 46.

9 Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 71 Rdnr. 35.

10 Auf den Nachweis der Unrichtigkeit (§ 22 Abs. 1 GBO) durch das Endurteil stellte der Beteiligte zu 1 ausweislich der Urteilsgründe nicht ab.

11 Vgl. Rdnr. 13 der besprochenen Entscheidung; aus der Literatur: BeckOK-GBO/*Holzer*, Stand: 01.06.2022, § 42 Rdnr. 100.

12 Zu diesem Fall auch BeckOK-GBO/*Hügel*, § 22 Rdnr. 100.

13 BeckOK-GBO/*Holzer*, § 53 Rdnr. 43.

neuerliche Einigung kein Eigentum erwerben, da der Fehler der Auflassung nicht geheilt wird. Der Beschluss vermag die nunmehr bestehende Pattsituation also nicht aufzulösen und den wirksamen Eigentumsübergang herbeizuführen. Dies illustriert die Grenzen des Beschwerdeverfahrens der GBO.

3. Fazit

Neben der Aufgabenverteilung zwischen Beschwerdegericht im Grundbuchverfahren und dem Erkenntnisverfahren (das ggf. gutgläubig erworbene Rechtspositionen sichert) zeigt der Beschluss deutlich, dass es für die Wirkung des § 894 Satz 1 ZPO auf das Vorliegen eines rechtskräftigen Titels ankommt. Während in den Fällen des § 894 Satz 2 ZPO zusätzlich die (schwierig zu erfüllenden) Voraussetzungen des § 726 Abs. 1, 2 BGB für die Erteilung der vollstreckbaren Ausfertigung vorliegen müssen, kommt es für § 894 Satz 1 ZPO allein auf den Rechtskraftvermerk an.¹⁴ Für die Praxis empfiehlt es sich, bei der Beurkundung der Auflassung – und auch sonst bei jeglicher Beurkundung im Anwendungsbereich der § 894 ZPO – auf die Vorlage des Titels mit Rechtskraftvermerk in der Beurkundung zu bestehen, um materiellrechtliche Unklarheiten zu vermeiden.

¹⁴ Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, § 894 Rdnr. 9.

6. Vertretungsnachweis für Berechtigten zur Eintragung der Vormerkung im Grundbuch entbehrlich

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.11.2021, 20 W 223/21
GBO §§ 13, 15, 10

LEITSATZ:

Zur Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch bedarf es eines Eintragungsantrags und der einseitigen Bewilligung des Betroffenen. Liegen diese Voraussetzungen vor, kommt es in der Regel nicht in Betracht, die Vormerkungseintragung im Grundbuch vom Nachweis der Vertretungsberechtigung des Vormerkungsberechtigten abhängig zu machen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Im betroffenen Grundbuch ist in Abt. I, lfd. Nr. 1, die A, Kommanditgesellschaft dänischen Rechts, Stadt 1, Dänemark, als Eigentümerin eingetragen. Mit Schreiben vom 27.09.2021 hat Notar B, Stadt 2, seine notarielle Urkunde vom 24.09.2021, UR-Nr. (...), zu dem betroffenen Grundbuch eingereicht. Ausweislich dieser Urkunde (...), auf deren Einzelheiten verwiesen wird, haben die A, eingetragen im zentralen Unternehmensregister des dänischen Gewerbeamts, und die Beschwerdeführerin einen Optionsvertrag (Teil B) bzw. Kaufvertrag (Teil C), der aufschiebend bedingt vereinbart ist (Teil B § B 1), geschlossen. Für die nach den Angaben in der notariellen Urkunde in der Kamer van Koophandel

unter KvK-Nr. (...) eingetragene Beschwerdeführerin ist C aufgetreten. In der Urkunde heißt es insoweit:

„Der Notar bescheinigt, dass ihm bei der Beurkundung die 1. Ausfertigung der notariell beurkundeten Vollmacht vom 21.08.2020 (UR.-Nr. [...] des Notars B, Stadt 1) nebst dortigem Existenz- und Vertretungsnachweis nach § 21 BNotO vorgelegen hat, in der der zur Alleinvertretung berechnigte Geschäftsführer (D) der ([...] = Beschwerdeführerin) gehandelt hat, und sich aufgrund der Einsichtnahme in diese Vollmacht eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht des Unterzeichnenden als Bevollmächtigter zur Vornahme der in dieser Urkunde enthaltenen Erklärungen der ([...] = Beschwerdeführerin) ergibt.“

Ausweislich Teil B § B 4 dieser Urkunde haben die Vertragsparteien zur Sicherung des künftigen Anspruchs auf Eigentumsverschaffung aus diesem Optionsvertrag zur Sicherung der Eigentumsübertragung auf den Käufer (= die Beschwerdeführerin) die Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch bewilligt und beantragt. Notar B hat in seinem Schreiben vom 27.09.2021 gegenüber dem Grundbuchamt gemäß § 15 GBO die Eintragung der Eigentumsvormerkung beantragt.

2 Durch die angefochtene Zwischenverfügung (...), auf deren Einzelheiten ebenfalls verwiesen wird, hat das Grundbuchamt neben weiteren Beanstandungen unter Ziffer 1. zunächst ausgeführt, dass zum Nachweis der Vertretungsberechtigung auf Verkäuferseite ein von einem vereidigten Dolmetscher übersetzter Gesellschaftsregisterauszug des dänischen Handelsregisters fehle. Unter Ziffer 2. hat es weiter ausgeführt, dass zum Nachweis der Vertretungsberechtigung auf Käuferseite keinerlei Unterlagen vorlägen. Von daher sei diese durch Vorlage eines von einem vereidigten Dolmetscher übersetzten Gesellschaftsregisterauszugs des niederländischen Handelsregisters sowie die Vollmacht in der Form des § 29 GBO mit Apostille (nachzuweisen). Eine Bescheinigung durch einen deutschen Notar nach § 21 BNotO sei für das niederländische Register nicht ausreichend, da dieses insbesondere seiner Beweiswirkungen (nach) mit dem deutschen Register nicht vergleichbar sei. Vorliegend fehle es in der Bescheinigung zudem an § 21 Abs. 2 Satz 2 BNotO.

3 Mit Schreiben vom 14.10.2021 (...) hat Notar B gegenüber dem Grundbuchamt unter anderem bescheinigt, „dass mir bei der Beurkundung die erste Ausfertigung der notariell beurkundeten Vollmacht vom 21.08.2020 (UR.-Nr. [...] des beurkundenden Notars) nebst dortigem Existenz- und Vertretungsnachweis vom 21.08.2021 nach § 21 Abs. 1 Nr. 1 BNotO vorgelegen hat, in der der zur Alleinvertretung berechnigte Geschäftsführer (D) der X1 B. V. (KvK [...]) gehandelt hat, diese wiederum handelnd für X2 N. V. (KvK [...]) und diese wiederum handelnd für ([...] = die Beschwerdeführerin), und sich aufgrund meiner Einsichtnahme in diese Vollmacht eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht des Unterzeichnenden als Bevollmächtigter zur Vornahme der in dieser Urkunde enthaltenen Erklärungen der ([...] = Beschwerdeführerin) ergibt.“ Durch Verfügung vom 25.10.2021 (...) hat das Grundbuchamt dem Notar mitgeteilt,

dass dieser Schriftsatz zum Nachweis der Vertretungsberechtigung auf Käuferseite nicht ausreichend sei.

4 Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 27.10.2021 (...), auf dessen Einzelheiten Bezug genommen wird, hat die Beschwerdeführerin gegen die Zwischenverfügung vom 29.09.2021 Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, diese aufzuheben sowie das Grundbuchamt anzuweisen, von seinen mit dieser Zwischenverfügung mitgeteilten Bedenken zum Nachweis der Vertretungsberechtigung sowohl auf Verkäuferseite als auch auf Käuferseite Abstand zu nehmen. Zur Begründung hat sie – soweit noch von Bedeutung – im Wesentlichen ausgeführt, dass der Nachweis einer im Register eingetragenen Vertretungsberechtigung durch eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO erbracht werden könne. Zwar sei die Erleichterung grundsätzlich beschränkt auf Eintragungen in einem deutschen Register. Ausnahmsweise genüge die von einem deutschen Notar aufgrund einer Einsicht in ein ausländisches Register ausgestellte Bescheinigung, wenn feststehe, dass dieses Register dem deutschen Register entspreche. Das niederländische Handelsregister entspreche dem deutschen Handelsregister. Zum Beleg hat sie sich auf Ausführungen auf der Seite „e-justice. europa. eu“ (...), einer offiziellen Webseite der Europäischen Union, bezogen. Sie meint, die fehlende Angabe in der notariellen Urkunde vom 24.09.2021 dazu, wann der Notar sich von dem Inhalt des niederländischen Registers überzeugt habe, werde dadurch geheilt, dass nunmehr die von ihm am 21.08.2020 aufgenommene Vollmachtsurkunde vorgelegt werde, auf deren Einzelheiten (...) Bezug genommen wird. In dieser Vollmachtsurkunde habe der gleiche Notar erklärt, seine Erkenntnisse aufgrund einer Einsichtnahme des niederländischen Handelsregisters am 12.03.2020 gewonnen zu haben. Die Vollmachtsurkunde selbst, die bei der Beurkundung in erster Ausfertigung für den Erschienenen vorgelegen habe, sei gemäß § 172 BGB wirksam.

5 Durch Beschluss vom 29.10.2021 (...), auf dessen Einzelheiten verwiesen wird, hat das Grundbuchamt der Beschwerde gegen die Zwischenverfügung nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. In der Begründung hat es unter anderem ausgeführt, dass die Verkäuferin aufgrund Vollmacht vertreten worden sei und das gerichtliche Schreiben (= die Zwischenverfügung) vom 29.09.2021 hinsichtlich des fehlenden ordnungsgemäßen Nachweises der Vertretungsberechtigung unter Vorlage der notwendigen Unterlagen im Schreiben vom 13.10.2021 (= die Anlagen des Schreibens des Notars vom 14.10.2021 [...]) bereits erledigt sei. Das gerichtliche Schreiben (= die Zwischenverfügung) finde indes aufgrund des notariellen Schreibens vom 14.10.2021 keine Erledigung. Nach wie vor fehle der ordnungsgemäße Nachweis der Vertretungsberechtigung auf Käuferseite. Die bislang fehlende Vollmacht auf Käuferseite liege zwar nunmehr vor. Der beurkundende Notar bescheinige in der Kaufvertragsurkunde, dass die Vollmacht vom 21.08.2021 vorgelegen habe nebst dem dort beschriebenen Vertretungs- und Existenznachweis. Da § 21 BNotO keine Beschränkung auf inländische Register beinhalte, solle eine Registerbescheinigung für ausländische

Register grundsätzlich möglich sein. Dies gelte jedoch nur für Register, die insbesondere in ihrer Beweiswirkung mit dem deutschen Register vergleichbar seien. Dies werde für das niederländische Register bezweifelt. Anderes ergäbe sich auch nicht aus den Ausführungen der Beschwerde nebst den mit ihr vorgelegten Unterlagen. Von daher sei die Vertretungsberechtigung nur dann ordnungsgemäß nachgewiesen, wenn im Zeitpunkt der Beurkundung ein aktueller, in die deutsche Sprache übersetzter, mit Apostille versehener Registerauszug des niederländischen Registers vorliege. Darüber hinaus seien die Worte „die Einsichtnahme (...) hat ergeben, dass (...)“ nicht geeignet, eine vom Erfordernis zur Vorlage weiterer Nachweisurkunden entbindende Bescheinigung nach § 21 BNotO abzugeben. Zur Eintragung der Eigentumsvormerkung sei daher die Vorlage eines von einem vereidigten Dolmetscher in die deutsche Sprache übersetzten niederländischen, zur Zeit der Vollmachtserteilung am 21.08.2020 aktuellen oder eines chronologischen Unternehmensregisterauszugs, mit Apostille versehen, notwendig.

6 Die Beschwerdeführerin hat mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 09.11.2021 (...), auf den letztendlich verwiesen wird, hierzu ergänzend Stellung genommen. Sie meint insbesondere, die Voraussetzungen des § 21 BNotO seien erfüllt. Soweit das Grundbuchamt auf Vorlage einer beglaubigten Übersetzung des niederländischen Handelsregisterauszugs beharre, sei dies bereits widersprüchlich. Bei fehlender Vergleichbarkeit des niederländischen mit dem deutschen Handelsregister helfe auch ein aktueller, in die deutsche Sprache übersetzter und mit Apostille versehener Registerauszug nicht weiter. Sei das niederländische jedoch mit dem deutschen Handelsregister vergleichbar, stehe einer Bescheinigung eines deutschen Notars nach § 21 BNotO nichts entgegen. Die Vergleichbarkeit des niederländischen mit dem deutschen Handelsregister sei gegeben.

7 II. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin, über die nach der erfolgten Nichtabhilfe durch das Grundbuchamt gemäß §§ 72, 75 GBO das OLG zu entscheiden hat, ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch ansonsten zulässig.

8 Prüfungsgegenstand im Beschwerdeverfahren ist nur das vom Grundbuchamt in der Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO angenommene Eintragungshindernis, dagegen nicht der Eintragungsantrag selbst. Über diesen und damit auch über ggf. anderweitige Eintragungshindernisse hat vielmehr das Grundbuchamt in eigener Zuständigkeit zu entscheiden (vgl. zuletzt Senat, FGPrax 2020, 110, juris). Nachdem das Grundbuchamt in den Gründen des Nichtabhilfebeschlusses vom 29.10.2021 ausgeführt hat, die angefochtene Zwischenverfügung sei hinsichtlich des fehlenden ordnungsgemäßen Nachweises der Vertretungsberechtigung der Verkäuferin nach Vorlage der notwendigen Unterlagen erledigt, hat der Senat hierüber im Beschwerdeverfahren nicht mehr zu befinden. Gleiches gilt für die anfänglich gerügte unvollständige Antragstellung. Im Beschwerdeverfahren ist mithin lediglich noch Ziffer 2. der angefochtenen Zwischenverfügungsverfahrensgegenständlich, die nach den Ausführungen des Nichtabhilfebeschlusses

ses aufgrund des notariellen Schreibens vom 14.10.2021 keine Erledigung gefunden habe.

9 Ausgehend davon ist die Beschwerde ohne Weiteres begründet. Auf den Nachweis der Vertretungsberechtigung „des Käufers“ – der Beschwerdeführerin –, auf die die angefochtene Zwischenverfügung im hier noch verfahrensgegenständlichen Umfang lediglich abstellt, kommt es im hiesigen Eintragsverfahren nicht an.

10 Zunächst ist festzuhalten – wonach das Grundbuchamt offenkundig auch unausgesprochen ausgegangen ist –, dass sich das Verfahren vor dem deutschen Grundbuchamt auch bei Auslandsberührung stets nach deutschem Recht als *lex fori* richtet (vgl. hierzu etwa OLG Düsseldorf, FGPrax 2015, 12; OLG Köln, FGPrax 2013, 18; KG, ZIP 2013, 973, juris).

11 Die angefochtene Zwischenverfügung bezieht sich lediglich auf den von Notar B gestellten Antrag auf Eintragung einer Vormerkung vom 27.09.2021/14.10.2021. Weitere Eintragsanträge sind nicht gestellt.

12 Zur Eintragung einer Vormerkung im Grundbuch bedarf es zunächst eines Eintragungsantrags, § 13 Abs. 1 GBO. Notar B hat ausweislich seines Schreibens an das Grundbuchamt vom 27.09.2021 den Eintragungsantrag gemäß § 15 (Abs. 2) GBO gestellt. Er hat ihn nicht ausdrücklich nur im Namen der Beschwerdeführerin gestellt, mithin nach § 15 Abs. 2 GBO im Namen der Antragsberechtigten (vgl. dazu etwa *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 15 Rdnr. 11; BeckOK-GBO/*Reetz*, Stand: 01.11.2021, § 15 Rdnr. 40 ff.). Antragsberechtigt ist die Grundstückseigentümerin, § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO (vgl. auch Senat, OLGR 1996, 208, juris). Diese hatte ausweislich § B 4 der vorgelegten notariellen Urkunde die Eintragung der Vormerkung im Grundbuch (auch) beantragt. Auf den (ebenfalls in der Urkunde enthaltenen) weiteren Eintragungsantrag der Beschwerdeführerin kommt es mithin in diesem Zusammenhang nicht an. Dies gilt dann auch für deren Vertretungsberechtigung, die hier nach den obigen Ausführungen in der angefochtenen Zwischenverfügung lediglich noch beanstandet und mithin hier verfahrensgegenständlich ist.

13 Zur Eintragung der Vormerkung ist sodann sowohl materiellrechtlich (vgl. § 885 Abs. 1 BGB), als auch – was im hiesigen Eintragsverfahren lediglich von Bedeutung ist – verfahrensrechtlich (vgl. § 19 GBO) die einseitige Bewilligung des Betroffenen erforderlich. Eine Einigung ist nicht erforderlich (vgl. hierzu etwa *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 1507; vgl. auch BayObLG, Rpfleger 2003, 573, juris). Betroffen in diesem Sinne ist jede Person, deren grundbuchmäßiges Recht durch die bewilligte Eintragung rechtlich beeinträchtigt oder nachteilig berührt wird. Der Betroffene steht im Gegensatz zum Begünstigten, der die Eintragung gerade nicht bewilligen muss (*KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 19 Rdnr. 35, 38; BeckOK-GBO/*Holzer*, § 19 Rdnr. 60 ff.). Geht es – wie hier – um die Eintragung einer (Auflassungs-)Vormerkung, so ist mithin der durch die beantragte Eintragung rechtlich beeinträchtigte Grundstückseigentümer bewilligungsberechtigt (vgl. etwa auch Senat, FamRZ 2012, 1676; OLGR 1996, 208, juris).

14 Eine Bewilligung der Grundstückseigentümerin liegt in § B 4 der notariellen Urkunde vor. Die Formulierung „die Beteiligten (hier: die Parteien) bewilligen und beantragen“ mag ungenau sein, dürfte insoweit jedoch unschädlich sein (so auch *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, § 19 Rdnr. 20). Eine derartige Ungenauigkeit ist denn auch gar nicht beanstandet worden. Bedarf es aber für die hier beantragte Eintragung keiner Bewilligung der Beschwerdeführerin als lediglich von der Vormerkung Begünstigten, kann auch in diesem Zusammenhang die Eintragung nicht von einem Nachweis der Vertretungsberechtigung für sie („des Käufers“) abhängig gemacht werden.

15 Andere Gründe, die die Abhängigmachung der Vormerkungseintragung im Grundbuch vom Nachweis der Vertretungsberechtigung für die Beschwerdeführerin rechtfertigen könnten, werden vom Grundbuchamt nicht aufgezeigt und sind auch nicht ersichtlich. So muss etwa bei der Bewilligung einer Rechtsänderung diese in den Fällen des § 19 GBO keine Nachweise über den der Bewilligung zugrundeliegenden materiellrechtlichen Vorgang enthalten, da das Grundbuchamt grundsätzlich weder berechtigt noch verpflichtet ist, die materiellrechtlichen Voraussetzungen oder bei der Vormerkung das Bestehen eines Anspruchs – hier ggf. bezüglich der wirksamen Vertretung der Beschwerdeführerin bei Abschluss des Optionsvertrags bzw. Kaufvertrags, auf den der Nichtabhilfebeschluss der Sache nach abstellt – zu prüfen (vgl. die Nachweise bei *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, § 19 Rdnr. 24; BayObLG, Rpfleger 2003, 573; OLG München, Rpfleger 2021, 87; Senat, ZEV 2011, 534, juris). Daran ändert auch – wie der Senat vorsorglich bemerkt – der Umstand nichts, dass Gegenstand der bewilligten Vormerkung auch ein Abtretungsausschluss ist, der zur näheren Bezeichnung des zu sichernden Anspruchs eingetragen werden kann (vgl. dazu *Staudinger/Kessler*, Neub. 2020, § 885 Rdnr. 113; OLG Düsseldorf, MDR 2018, 520, juris). Die Eintragung im Grundbuch selbst muss keine Angaben zur Vertretungsberechtigung enthalten, § 15 Abs. 1 b) GBV. Auch die oben aufgeführte Eintragung der Grundstückseigentümerin enthält mithin derartige Angaben nicht. Nachweise für die Existenz der Beschwerdeführerin hat das Grundbuchamt nicht verlangt (vgl. dazu auch BeckOK-GBO/*Zeiser*, Sonderbereich „Internationale Bezüge“ Rdnr. 105; *KEHE/Sieghörtner/Nicht*, Vor § 8 Rdnr. 71 m. w. N.; *Meikel/Hertel*, GBO, 12. Aufl., Einl. G Rdnr. 76, 77).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Jörg Munzig** Dipl.-Kfm., Neu-Ulm

1. Sachverhalt

Eine Auslandsgesellschaft schließt mit einer anderen einen „Optionsvertrag“ sowie einen aufschiebend bedingten Kaufvertrag über den Eigentumserwerb an einem Grundstück. Zum näheren Inhalt der Verträge enthalten die Beschlussgründe keine Ausführungen. Es ist davon auszugehen, dass sie inhaltlich die Rechtsgrundlage für einen künftigen und/oder bedingten Anspruch auf Eigentumsübertragung abgeben. Der dadurch begründete Er-

werbsanspruch soll durch eine Eigentumsvormerkung gesichert werden. Das Grundbuchamt versagt die Eintragung, da ihm die Vertretungsberechtigung aufseiten des Optionsempfängers nicht nachgewiesen sei.

2. Vormerkung im Grundbuchverfahrensrecht

Der Beschluss des OLG Frankfurt a. M. behandelt im Kern die Anforderungen, die im Grundbuchverfahren an den Anspruch zu stellen sind, wenn die Eintragung einer ihn sichernden Eigentumsvormerkung im Grundbuch bewilligt wird. Am Rande berührt er Vertretungsfragen im internationalprivatrechtlichen Kontext.

a) Zur Grundbucheintragung eines beschränkt dinglichen Rechts verlangt § 19 GBO lediglich die einseitige Bewilligung des von der Eintragung Betroffenen, sog. formelles Konsensprinzip.¹ Dies gilt ungeachtet ihrer anderen Rechtsnatur² auch für die ins Grundbuch einzutragende Eigentumsvormerkung. Das Grundbuchverfahrensrecht enthält für sie keine von diesem Grundsatz abweichende Sonderregelungen.

b) Das Grundbuchamt hat sich bei der Prüfung der Bewilligung zur Eintragung eines beschränkt dinglichen Rechts generell nur damit zu befassen, ob sie den Bewilligenden, den durch die Eintragung Berechtigten und das Belastungsobjekt erkennen lässt, der Bewilligende den Willen zur Eintragung hat und sich die Bewilligung ausreichend zu Art, Inhalt und Umfang des einzutragenden Rechts erklärt³. Dies war im zu entscheidenden Sachverhalt alles unproblematisch und unstreitig gegeben.

c) Materiellrechtlich setzt die Eigentumsvormerkung einen durch sie zu sichernden Eigentumsverschaffungsanspruch voraus. Dieser entsteht durch Abschluss des ihn begründenden (Kauf-)Vertrags. Darüber hinaus ist die Vormerkung materiellrechtlich (§ 885 Abs. 1 Satz 1 BGB) und für die Grundbucheintragung verfahrensrechtlich, § 19 GBO, zu bewilligen. Verkäufer wie Käufer können sich bei Abgabe ihrer materiellrechtlichen wie verfahrensrechtlichen Erklärungen vertreten lassen. Jeder Vertreter muss dazu innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht handeln, § 164 Abs. 1 Satz 1 BGB, § 15 GBO.

Im konkreten Grundbuchverfahren konnte der Vertreter des Käufers seine Vertretungsmacht zum Abschluss des Kaufvertrags nicht nachweisen. Daran wollte das Grundbuchamt die Grundbucheintragung scheitern lassen. Dem OLG Frankfurt a. M. kam es auf diesen Nachweis für die Eintragung der Eigentumsvormerkung im Grundbuch dagegen gar nicht an. Es ließ die Frage einfach offen. Zu Recht:

1 Bauer/Schaub/Bauer, GBO, 4. Aufl. 2018, Allgemeiner Teil A.I. Rdnr. 23.
 2 MünchKomm-BGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 883 Rdnr. 5.
 3 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 206.

Nach der wohl herrschenden (liberalen) Auffassung in Rechtsprechung⁴ und Literatur⁵ muss die Eintragungsbevolligung zur Eintragung der Eigentumsvormerkung keine Angaben über den Entstehungsgrund des Anspruchs enthalten, sondern nur über die den Anspruch begründende Urkunde (Datum, Name und Urkundennummer des Notars). Begründung: Der Entstehungsgrund für den durch die Vormerkung zu sichernden Anspruch gehört nicht zum notwendigen Eintragungsinhalt; das Grundbuch gibt Auskunft nur über den vorgemerkten Anspruch, nicht über seine Wirksamkeit, und die Eintragung der Vormerkung begründet keinen Gutglaubensschutz hinsichtlich des (angeblich) geschützten Anspruchs. Dies geht manchem⁶ zu weit – zumindest beim angestrebten Vormerkungsschutz künftiger Ansprüche müsse die schuldrechtliche Bindung des Betroffenen im Grundbuchverfahren nachgewiesen werden, um das Grundbuch zu entlasten, und weil nur diese Bindung die Anwendung des § 878 BGB rechtfertigt⁷.

Vorliegend war der Schuldner des Eigentumsverschaffungsanspruchs, zugleich der Betroffene im Sinne des § 19 GBO, der Verkäufer, in jedem Fall gebunden: Entweder war (auch) der Käufer beim Vertragsschluss wirksam vertreten, womit der Optionsvertrag wirksam zustande gekommen war oder der Käufer war nicht wirksam vertreten, sodass der Vertragsschluss nur von seiner, des Käufers, Genehmigung abhing. Auch dann war der Verkäufer bereits gebunden, § 177 Abs. 1 BGB,⁸ und der schwebend unwirksame Anspruch des Käufers vormerkbar.⁹ Das OLG Frankfurt a. M. verwarf die Bedenken des Grundbuchamts deshalb zu Recht. Die Vormerkung war einzutragen, egal ob der Käufer rechtswirksam vertreten war oder nicht. Für die Beteiligten erweist sich diese Entscheidung allerdings als Pyrrhussieg, wenn sie später die Eigentumsumschreibung betreiben, für die § 20 GBO das Grundbuchamt dann doch zur Prüfung der rechtswirksamen Vertretung auch des Käufers verpflichtet.¹⁰

3. Vertretungsmacht im Beurkundungsverfahrensrecht

a) Der den Kaufvertrag beurkundende Notar muss sich bei der Errichtung der Kaufvertragsurkunde Gewissheit auch darüber verschaffen, ob der Käufer rechtswirksam vertreten ist. Dies folgt aus § 17 BeurkG und wird

4 KG, Beschluss vom 31.08.1971, 1 W 10861/69 A, NJW 1972, 639, 640
 5 Nieder, NJW 1984, 329, 338; Beck'sches Notar-Handbuch/Everts, 7. Aufl. 2019, Kapitel 1 § 1 Randnummer 415.
 6 MünchKomm-BGB/Kohler, 8. Auflage 2020 BGB § 885 Rdnr. 27.
 7 MünchKomm/Kohler, § 878 Rdnr. 24.
 8 MünchKomm-BGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 177 Rdnr. 23.
 9 So explizit BayObLG, Beschluss vom 22.12.1989, BReg. 2 Z 125/89, DNotZ 1990, 297; KG, Beschluss vom 06.04.1971, 1 W 416/71, NJW 1971, 1319; Bauer/Schaub/Lieder, GBO, Allgemeiner Teil C. Rdnr. 12.
 10 Bauer/Schaub/Schaub, GBO, Allgemeiner Teil G.VII. Rdnr. 165.



meistens bei § 12 BeurkG kommentiert. Nach ständiger Rechtsprechung¹¹ und einhelliger Meinung in der Literatur¹² verpflichtet § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG den Notar zur Prüfung der Vertretungsmacht, wenn er Willenserklärungen eines Vertreters beurkundet.¹³ Dies gilt unabhängig davon, auf welcher Grundlage die Vertretungsmacht erteilt ist. Der Notar genügt nach einhelliger Meinung seiner Pflicht zur Prüfung einer organschaftlichen Vertretungsmacht, wenn er sich die Registerbescheinigung des zu vertretenden Vereins/der zu vertretenden Genossenschaft bzw. einen amtlichen Registerausdruck eines im Handels- oder Partnerschaftsregister eingetragenen Rechtsträgers vorlegen lässt oder seinerseits das einschlägige Handels-, Partnerschafts-, Genossenschafts- oder Vereinsregister einsieht und anhand der darin verzeichneten Eintragungen prüft, ob der an der Beurkundung formell Beteiligte zum einen Organ des Rechtsträgers ist und zum anderen eine für den Abschluss des Kaufvertrags hinreichende Vertretungsmacht hat.¹⁴

b) § 17 Abs. 3 Satz 2 BeurkG entbindet den Notar von der Pflicht, über den Inhalt ausländischen Rechts zu belehren. Er ist damit auch nicht dazu verpflichtet, eine nach ausländischem Recht zu beurteilende Vertretungsmacht verbindlich zu prüfen (und zu bejahen). Bei Gesellschaften mit – angeblichem – Sitz außerhalb Deutschlands („Auslandsgesellschaften“) gilt dies regelmäßig.¹⁵ § 17 Abs. 3 Satz 1 BeurkG verpflichtet den Notar dann lediglich dazu, die Beteiligten darauf hinzuweisen, dass er die Vertretungsmacht weder zu prüfen noch geprüft hat, und dies in seiner Niederschrift zu vermerken.¹⁶

4. Vertretungsmacht im Grundbuchverfahrensrecht

Demgegenüber ist das Grundbuchamt auch im Antragsverfahren gemäß § 13 GBO von Amts wegen dazu verpflichtet, sich die für eine Eintragung notwendige Kenntnis des etwa anwendbaren ausländischen Rechts und seiner konkreten Ausgestaltung in der ausländischen Gerichtspraxis selbst zu verschaffen,¹⁷ also auch hinsichtlich einer auf ausländisches Recht gestützten Vertretungs-

macht. Im konkreten Fall bestand diese Pflicht nur deshalb nicht, weil es, wie unter Ziffer 2. ausgeführt, für die beantragte Grundbucheintragung auf die Wirksamkeit der Vertretung des Vormerkungsberechtigten gar nicht ankam. In welcher Weise sich das Grundbuchamt die notwendigen Erkenntnisse verschafft, liegt in seinem pflichtgemäßen Ermessen, wobei die Anforderungen an die fehlerfreie Ermessensausübung umso größer sind, je detaillierter zum ausländischen Recht vorgetragen wird – der beurkundende Notar wird im Interesse eines zügigen und reibungslosen Grundbuchvollzugs also gut daran tun, zum Vertretungsrecht der „Auslandsgesellschaft“ vorzutragen, selbst wenn er dazu nicht verpflichtet ist.¹⁸ Damit nicht genug: Gemäß dem grundbuchverfahrensrechtlichen Beibringungsgrundsatz obliegt es den Verfahrensbeteiligten, in der von § 29 GBO geforderten Form die Nachweise zu erbringen, die dem Grundbuchamt die Prüfung der Vertretungsmacht erst ermöglichen.¹⁹ Demgemäß haben Grundstücksverkäufer oder -käufer abhängig vom Gesellschaftsstatut Handelsregisterauszüge oder andere Unterlagen²⁰, ggf. apostilliert und in die deutsche Sprache übersetzt, dem Grundbuchamt vorzulegen.

5. Löschungserleichterung bei der Vormerkung

Soll die im Grundbuch eingetragene Eigentumsvormerkung gelöscht werden, gelten dafür die gleichen Anforderungen wie für ihre Eintragung. Bewilligt ein Vertreter des Betroffenen die Löschung, ist dem Grundbuchamt seine Vertretungsmacht nachzuweisen, wenn die Löschung nicht gemäß § 22 GBO durch Unrichtigkeitsnachweis erfolgen kann und soll.

Bei vertragsgemäßer Kaufvertragsabwicklung wird die Eigentumsvormerkung des Käufers in einem Zug mit der Eigentumsumschreibung auf ihn gelöscht. Im „Windschatten“ der gemäß § 20 GBO bestehenden höheren Anforderungen an den Vollzug der Auflassung²¹ ist der Nachweis der Vertretungsmacht zur Löschung der Eigentumsvormerkung dann auch kein Problem.

Bei der Rückabwicklung des Kaufvertrags, insbesondere für den Fall, dass der Käufer seine Pflichten nicht erfüllt (nicht bezahlt), kommt es dagegen zum Schwur – die Löschung der inhaltslos gewordenen Vormerkung gelingt dann nur, wenn der Nachweis des Erlöschens des gesicherten Anspruchs nach den Vorgaben der §§ 22, 29

11 OLG Koblenz, Urteil vom 03.02.2022, 1 U 651/21, MittBayNot 2022, 398.

12 Vgl. BeckOGK-BeurkG/*Bord*, Stand: 01.11.2021, § 12 Rdnr. 7; Frenz/*Miermeister/Limmer*, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 12 BeurkG Rdnr. 3.

13 BGH, Urteil vom 21.01.1988, IX ZR 252/86, NJW-RR 1988, 1206; Urteil vom 27.05.1993, IX ZR 66/92, NJW 1993, 2744, Urteil vom 26.06.1997, IX ZR 163/96, NJW-RR 1998, 133; Beschluss vom 13.11.2017, NotSt(Brfg) 4/17, NJW-RR 2018, 443.

14 BeckOK-BeurkG/*Bremkamp*, § 12 Rdnr. 50; OLG Koblenz, Urteil vom 03.02.2022, 1 U 651/21, MittBayNot 2022, 398.

15 BeckOK-BeurkG/*Bremkamp*, § 12 Rdnr. 105.

16 BeckOK-BeurkG/*Bremkamp*, § 12 Rdnr. 105, Formulierungsvorschlag in Rdnr. 105a.

17 BGH, Beschluss vom 09.02.2017, V ZB 166/15, DNotZ 2017, 702; OLG München, Beschluss vom 30.11.2015, 34 Wx 364/15, NJW 2016, 1186.

18 Die gängigen Kommentare zur GBO und Handbücher für die notarielle Praxis enthalten für die meisten Länder hilfreiche Hinweise zum Nachweis der Existenz und Vertretung von Auslandsgesellschaften, vgl. beispielhaft BeckOK-GBO/*Zeiser*, Stand: 30.09.2022, Sonderbereiche Internationale Bezüge; Bauer/*Schaub*, GBO, Allgemeiner Teil K.III.; Beck'sches Notarhandbuch/*Zimmermann*, § 28 Rdnr. 314 ff; Würzburger Notarhandbuch/*Weber*, 6. Aufl. 2022, Teil 7, Kapitel 6.

19 OLG München, Beschluss vom 26.02.2019, 34 Wx 168/18, DNotZ 2020, 347; *Böttcher*, MittBayNot 1986, 1.

20 Übersicht bei Bauer/*Schaub*, GBO, Allgemeiner Teil K.III. Rdnr. 121 ff.

21 BeckOK-GBO/*Hügel*, Stand: 01.06.2022, § 20 Rdnr. 3.

GBO gelingt oder der Käufer die Löschung bewilligt. Ist Käufer eine Auslandsgesellschaft, so muss für den Vollzug der Löschungsbewilligung nachgewiesen werden, dass der Käufervertreter zur organschaftlichen Vertretung berechtigt ist oder seine Vertretungsmacht vom organschaftlichen Vertreter ableitet. Typischerweise wird die Kooperationsbereitschaft des Käufers dabei eher gering ausfallen. Es empfiehlt sich deshalb, in der Kaufvertragsurkunde eine „Löschungserleichterung“ vorzusehen. Vorzugswürdig ist die „Bedingungslösung“, die darin besteht, dass die Eigentumsvormerkung selbst auflösend bedingt bewilligt wird durch das Ereignis der Vorlage einer Erklärung beliebigen Inhalts an das Grundbuchamt in öffentlicher Urkunde, vgl. § 29 Abs. 1 GBO.²² Typischerweise besteht der Inhalt der Erklärung darin, dass der vormerkungsgesicherte Anspruch nicht mehr besteht. Knüpft die auflösende Bedingung allein an den Zugang der Erklärung beim Grundbuchamt an und nicht auch an ihre inhaltliche Richtigkeit, so ist die Vormerkung nach bloßer Vorlage der Erklärung gemäß § 22 GBO zu löschen. Für die Abgabe dieser Erklärung wird typischerweise der Notar vorgesehen, der den Kaufvertrag beurkundet hat und der die Erklärung in Eigenurkunde abgeben kann. Stattdessen können sich die Vertragsteile aber auch auf jede andere Person zur Abgabe der Erklärung einigen, deren Unterschrift dann gemäß § 29 GBO zu beglaubigen ist. Mir scheint dies, ungeachtet der Beglaubigungskosten, im Hinblick auf das berufsrechtliche Neutralitätsgebot des Notars vorzugswürdig. Der Notar, der den Interessen beider Vertragsparteien verpflichtet ist, hat bei jeder dieser Gestaltungen auch die Interessen des Käufers angemessen zu berücksichtigen, damit die Vormerkung nicht „hinter seinem Rücken“ gelöscht wird.²³

22 Beck'sches Notar-Handbuch/Everts, Kapitel 1 § 1 Rdnr. 428 ff. mit Formulierungsbeispiel.

23 Dazu Weber, DNotZ 2016, 85 mit Formulierungsbeispielen, auch abhängig davon, ob der Käufer Unternehmer oder Verbraucher ist.

7. Grundsätzlich keine Prüfungskompetenz des Grundbuchamts hinsichtlich des der Auflassung zugrunde liegenden schuldrechtlichen Grundgeschäfts

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 25.10.2021, 20 W 191/21
GBO §§ 19, 20

LEITSATZ:

Das Grundbuchamt hat im Rahmen des § 20 GBO das der Auflassung zugrunde liegende schuldrechtliche Grundgeschäft nicht zu überprüfen. Von daher darf das Grundbuchamt im Regelfall die Eigentumsumschreibung nicht deshalb ablehnen, weil die Auflassung nicht mit dem schuldrechtlichen Grundgeschäft übereinstimmt. Das Grundbuchamt hat mithin bei dem Vollzug einer Auflassung im Grundbuch auch eine im Rahmen des Kaufvertrags etwa zugesicherte Lastenfreiheit nicht zu prüfen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit Schreiben vom 21.06.2021 hat der Verfahrensbevollmächtigte unter anderem eine Ausfertigung seiner notariellen Kaufvertragsurkunde vom 22.02.2021, UR-Nr. (...), wegen deren Einzelheiten auf die Grundakte verwiesen wird, beim Grundbuchamt eingereicht und die Löschung des Insolvenzvermerks, die Eintragung des Eigentumswechsels und die Löschung der bereits für den Käufer – die Beschwerdeführerin zu 2 – eingetragenen Vormerkung beantragt. In Ziffer V. 2. der Urkunde heißt es, dass der Grundbesitz dem Käufer frei von allen nicht übernommenen im Grundbuch eingetragenen und nicht eingetragenen Belastungen oder Beschränkungen zu verschaffen sei. Unter Ziffer IX. 1. haben die Vertragsbeteiligten – die hiesigen Beschwerdeführer – die Auflassung erklärt. Unter Ziffer IX. 2. haben sie unter anderem bewilligt und beantragt, die Eigentumsübertragung im Grundbuch einzutragen.

2 Durch Verfügung vom 24.06.2021 hat das Grundbuchamt unter Bezugnahme auf § 18 GBO und unter Fristsetzung darauf hingewiesen, dass die Erklärung, ob das Recht Abt. II Nr. 1 – eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Kanalleitung) – übernommen werde, nicht vorliege und hat den Verfahrensbevollmächtigten aufgefordert, Entsprechendes in der Form des § 29 GBO nachzureichen. Mit Schreiben vom 29.06.2021 hat der Verfahrensbevollmächtigte unter Hinweis auf eine erfolgte Berichtigung gemäß § 4a Abs. 2 Satz 1 und 2 BeurkG eine weitere Ausfertigung der vorgenannten Kaufvertragsurkunde eingereicht. Dort heißt es nun unter Ziffer I. 2. – abweichend zur zuvor eingereichten Ausfertigung –:

„Das Recht II/1 bleibt bestehen und wird vom Käufer übernommen.“

3 Durch die angefochtene Verfügung vom 08.07.2021, auf deren Einzelheiten verwiesen wird, hat das Grundbuchamt ausgeführt, dass der beantragten Eintragung ein Hindernis entgegenstehe, zu dessen formgerechter Behebung es gemäß § 18 GBO eine Frist bestimmt hat. Es hat ausgeführt, dass und warum es sich bei der im Schreiben vom

29.06.2021 eingereichten Ausfertigung der Kaufvertragsurkunde nicht um eine Schreibfehlerberichtigung nach § 44a BeurkG handele. Das mit der Zwischenverfügung vom 24.05.2021 mitgeteilte Eintragungshindernis sei – so das Grundbuchamt weiter – auch nicht durch Schreibfehlerberichtigung zu beheben, sondern durch entsprechende Ergänzungserklärung in der Form des § 29 GBO. Das Grundbuchamt hat nochmals um Vorlage einer entsprechenden Ergänzungserklärung gebeten. Nach weiterem Schriftwechsel, wegen dessen Einzelheiten auf die Grundakte verwiesen wird, hat der Verfahrensbevollmächtigte mit seinem Schriftsatz vom 10.09.2021, auf dessen Begründung ebenfalls verwiesen wird, Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 24.06.2021 in der Gestalt eingelegt, die sie durch das letzte Schreiben des Grundbuchamts vom 23.07.2021 erlangt habe.

4 Durch Beschluss vom 15.09.2021 hat das Grundbuchamt der Beschwerde des Verfahrensbevollmächtigten vom 10.09.2021 gegen die Zwischenverfügung vom 08.07.2021 nicht abgeholfen und hat sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass der grundbuchliche Bestimmtheitsgrundsatz eindeutige und zweifelsfreie Erklärungen als Eintragungsgrundlage verlange. Der Verfahrensbevollmächtigte habe eine Auflassungsurkunde zur Eintragung vorgelegt, in der vereinbart sei, dass der Grundbesitz frei von allen nicht übernommenen, im Grundbuch eingetragenen Rechten übergehe. Eine Übernahmeerklärung oder Löschungsbevollmächtigung oder ein Löschungsantrag hinsichtlich des Rechts Abt. II Nr. 1 werde nicht vorgelegt. Wenn die Bestimmung des lastenfreien Übergangs nur schuldrechtlich Bedeutung haben solle, wäre es Sache des beurkundenden Notars gewesen, dies zweifelsfrei zum Ausdruck zu bringen. Eine eindeutige Erklärung sei mit Schreiben vom 29.06.2021 durch den Verfahrensbevollmächtigten eingereicht worden. Das gerügte Eintragungshindernis könne jedoch nur durch Ergänzungserklärung in Form des § 29 GBO behoben werden, nicht jedoch als Berichtigung eines Schreibfehlers.

5 Auf Anfrage des Senats hat der Verfahrensbevollmächtigte mit Schreiben vom 07.10.2021 klargestellt, dass die Beschwerde im Namen der oben aufgeführten Beschwerdeführer eingelegt worden sei. Er hat darauf hingewiesen, dass nicht nachvollziehbar sei, inwieweit der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz verletzt sein solle. Die Eintragungsgrundlagen im Sinne der §§ 19, 20 GBO in Abschnitt IX. der Urkunde seien eindeutig und bestimmt.

6 II. Die Beschwerde ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Es handelt sich nach Klarstellung des Verfahrensbevollmächtigten um eine solche beider Beschwerdeführer. Sie richtet sich der Sache nach gegen die Zwischenverfügung vom 24.05.2021 in der Fassung der diese konkretisierenden bzw. wiederholenden Zwischenverfügung vom 08.07.2021. Das von der Beschwerde noch in Bezug genommene Schreiben des Grundbuchamts vom 23.07.2021 verweist lediglich auf die letztgenannte Zwischenverfügung.

7 Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

8 Der Senat sieht zwar aus formellen Gründen keinen Anlass zur Beanstandung der Zwischenverfügung (vgl. dazu auch *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 18 Rdnr. 26.2). Sie ist jedoch der Sache nach nicht gerechtfertigt. Einer Ergänzungserklärung zur Bewilligung oder Auflassungserklärung – mit welchem Inhalt auch immer – bedarf es nicht.

9 Der Verfahrensbevollmächtigte hat mit seinem Schreiben vom 21.06.2021 an das Grundbuchamt – neben anderen und hier nicht interessierenden Löschungen – die Eintragung des Eigentumswechsels aufgrund der von ihm vorgelegten notariellen Urkunde beantragt. Im Falle der Auflassung eines Grundstücks darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist. Diese liegt hier ausweislich Ziffer IX. 1. der notariellen Urkunde mit eindeutigem Inhalt vor; Gleiches gilt für die diesbezügliche Eintragungsbewilligung in Ziffer IX. 2. der notariellen Urkunde.

10 Die vom Grundbuchamt verlangte Ergänzung bezieht sich hingegen auf die in der notariellen Urkunde unter Ziffer V. 2. übernommene Verpflichtung des Beschwerdeführers zu 1, der Beschwerdeführerin zu 2 als Käuferin den betroffenen Grundbesitz frei von allen nicht übernommenen Belastungen zu verschaffen. Da die ursprünglich eingereichte Ausfertigung der notariellen Urkunde eine Erklärung zur Übernahme des im Grundbuch noch eingetragenen Rechts in Abt. II lfd. Nr. 1 nicht enthält und eine Löschung dieses Rechts auch nicht bewilligt und nicht beantragt worden ist, ist es allerdings zutreffend, dass auf dieser Grundlage die Auflassung nicht dem übrigen notariellen Kaufvertrag entspricht. Das Grundbuchamt hat aber im Rahmen des § 20 GBO das der Auflassung zugrunde liegende schuldrechtliche Grundgeschäft nicht zu überprüfen. Von daher darf das Grundbuchamt im Regelfall die Eigentumsbeschreibung nicht deshalb ablehnen, weil die Auflassung nicht mit dem schuldrechtlichen Grundgeschäft übereinstimmt. Das Grundbuchamt hat mithin bei dem Vollzug einer Auflassung im Grundbuch auch eine im Rahmen des Kaufvertrags etwa zugesicherte Lastenfreiheit nicht zu prüfen (vgl. OLG Celle, Rpfleger 1996, 336; LG Aurich, Rpfleger 1986, 469; BeckOK-GBO/*Holzer*, Stand: 01.08.2021, § 19 Rdnr. 17; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 20; Meikel/*Böttcher*, GBO, 12. Aufl., Einl. D Rdnr. 97; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 3348; *Eickmann/Böttcher*, Grundbuchverfahrensrecht, 4. Aufl., Rdnr. 274; *Staudinger/Diehn*, Neub. 2020, § 925a Rdnr. 12). Es kommt damit nicht darauf an, ob und inwieweit sich das schuldrechtliche Grundgeschäft aufgrund der mit Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten vom 29.06.2021 vorgelegten weiteren Ausfertigung der notariellen Kaufvertragsurkunde anders darstellt. Von daher kann auch dahinstehen, ob und inwieweit diese Änderung der schuldrechtlichen Vereinbarungen des notariellen Kaufvertrags durch eine Berichtigung nach § 44a BeurkG möglich bzw. zulässig war.

11 Das Grundbuchamt ist ausnahmsweise nur dann zur Prüfung des schuldrechtlichen Grundgeschäfts berufen, wenn ein Mangel des schuldrechtlichen Grundgeschäfts auch das dingliche Erfüllungsgeschäft ergreift, wenn das Kausalgeschäft nach dem Willen der Beteiligten für die Wirksam-

keit oder den Inhalt verfahrensrechtlicher Eintragungsvoraussetzungen erforderlich ist. Dies ist etwa zu bejahen, wenn das Grundgeschäft oder einzelne schuldrechtliche Vereinbarungen zum Inhalt des einzutragenden Rechts erhoben werden oder nach dem erklärten Willen der Beteiligten zur Voraussetzung des Entstehens oder Erlöschens eines dinglichen Rechts gemacht werden, etwa im Sinne einer Bedingung (vgl. dazu KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 1 Rdnr. 44; Meikel/Böttcher, GBO, Einl. D Rdnr. 98 ff.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3296 ff.). Ein solcher Fall liegt hier ersichtlich nicht vor; von Letzterem kann schon im Hinblick auf die Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung nicht ausgegangen werden (vgl. dazu auch Meikel/Böttcher, GBO, Einl. D 101). Unter Zugrundelegung des Inhalts der notariellen Vereinbarung entsprechend der ursprünglich dem Grundbuchamt vorgelegten Ausfertigung des Kaufvertrags würde die beantragte Eintragung des Eigentumsübergangs lediglich dazu führen, dass die Erwerberin – die Beschwerdeführerin zu 2 – nicht sämtliche Rechte erhalten würde, die ihr nach dem schuldrechtlichen Vertrag zustehen würden (vgl. dazu auch OLG Celle, Rpfleger 1996, 336).

12 Den vom Grundbuchamt zuletzt noch angenommenen Verstoß gegen den grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz vermag der Senat nicht zu erkennen. Zutreffend ist es zwar, dass der Zweck des Grundbuchs, auf sicherer Grundlage bestimmte und eindeutige Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen zu schaffen und zu erhalten, klare und eindeutige Eintragungen erfordert; sie sind nur möglich, wenn auch die Eintragungsgrundlagen eindeutig und zweifelsfrei sind (vgl. BayObLG, Rpfleger 1994, 58, juris). Hier sind die in Ziffer IX. der notariellen Urkunde abgegebenen Grundbucheklärungen – wie gesagt – eindeutig und lassen insbesondere keinen Zusammenhang mit an anderer Stelle des Vertrags aufgenommenen schuldrechtlichen Vereinbarungen erkennen. Ein ggf. anders zu beurteilender Fall dahin gehend, dass die notarielle Urkunde schuldrechtliche, sachenrechtliche und grundbuchverfahrensrechtliche Erklärungen enthält, ohne sie deutlich gegeneinander abzugrenzen (vgl. dazu BayObLG, Rpfleger 1994, 58), liegt hier nicht vor. Hier sind die Grundbucheklärungen zusammen mit der Auflassung in einem eigenen Abschnitt, nämlich Ziffer IX. der Urkunde, zusammengefasst. Jedenfalls in einem solchen Fall darf der Antrag auf Eintragung der Auflassung vom Grundbuchamt nicht von der Übernahme von Grundpfandrechten abhängig gemacht werden (vgl. auch BayObLG, Rpfleger 2004, 417, juris, in Abgrenzung zu BayObLG, Rpfleger 1994, 58; vgl. auch Senat, Rpfleger 1996, 104). Daran ändert Ziffer IX. 4. der notariellen Urkunde nichts. Ein diesbezüglicher Löschantrag ist ausweislich des Schreibens vom 21.06.2021 gegenüber dem Grundbuchamt nicht gestellt; der Verfahrensbevollmächtigte hat dies überdies nochmals ausdrücklich klargestellt.

13 Ist die Beschwerde mithin im Ergebnis erfolgreich, bedarf es weder einer Kostenentscheidung noch Ausführungen zur Zulassung einer Rechtsbeschwerde.

Bürgerliches Recht

FAMILIENRECHT

8. Reichweite einer zwischen Ehegatten in einem Vergleich vereinbarten allgemeinen Abgeltungsklausel

BGH, Beschluss vom 10.08.2022, XII ZB 83/20
(Vorinstanz: OLG Hamm, Beschluss vom 12.02.2020, 13 UF 194/19)

FamFG § 26
VersAusglG §§ 6, 27, 28

LEITSÄTZE:

1. Vereinbaren Ehegatten in einem gerichtlichen Vergleich mit allgemeiner Abgeltungsklausel, dass Berufsunfähigkeitsrenten im Sinne des § 28 VersAusglG vollständig der Unterhaltsberechnung zugrunde gelegt werden, muss das Gericht gemäß § 26 FamFG aufklären, ob der Vergleich auch einen (teilweisen) Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach § 6 VersAusglG beinhaltet oder ob ein (teilweiser) Ausschluss des Versorgungsausgleichs nach § 27 VersAusglG geboten ist (im Anschluss an Senatsbeschlüsse BGHZ 184, 269 = FamRZ 2010, 720 und vom 24.08.2016, XII ZB 84/13, FamRZ 2016, 2000).
2. Für einen Ausgleich eines Anrechts gemäß § 28 VersAusglG genügt es grundsätzlich, wenn der Ausgleichsberechtigte die gesundheitlichen Voraussetzungen einer (teilweisen) Erwerbsminderungsrente in der gesetzlichen Rentenversicherung erfüllt.

Anmerkung der Schriftleitung: Die Abgeltungsklausel lautete im Wortlaut:

„Mit dieser Vereinbarung sind alle wechselseitigen vermögensrechtlichen Ansprüche der Eheleute – seien sie bekannt oder unbekannt – erledigt.“

9. Unwirksame Anerkennung der Vaterschaft nach Aussetzung des Beurkundungsverfahrens

OLG Celle, Beschluss vom 16.02.2022, 21 W 5/21

BGB §§ 1597a, 1598
AufenthG § 85a

LEITSÄTZE:

1. Die Anerkennung einer Vaterschaft ist nach § 1597a Abs. 3 Satz 1, § 1598 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam, wenn eine beurkundende Behörde oder eine Urkundsperson die Beurkundung nach § 1597a Abs. 2 Satz 2 BGB ausgesetzt und diese der nach § 85a AufenthG zuständigen Behörde vorgelegt hat. Insofern kommt es nicht darauf an, ob der anerkennungs-

willige Mann oder die zustimmungsbereite Mutter des Kindes die Mitteilung über die Aussetzung der Beurkundung mangels hinreichender Deutschkenntnisse verstehen konnte.

- 2. Die Aussetzungsentscheidung ist von den die Beurkundung begehrenden Personen als verwaltungsin-
terner Vorgang nicht selbstständig anfechtbar und unterliegt auch im Rahmen einer Berichtigung des Eintrags im Geburtenregister nicht der gerichtlichen Überprüfung.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten streiten um die Berichtigung des Geburtseintrags für das am (...) April 2019 geborene Kind A.

2 Die Beteiligte zu 2 ist die am 08.05.1998 geborene Mutter des betroffenen Kindes. Nachdem sie bereits ab August 2013 mehrfach in das Bundesgebiet eingereist war, Asyl- bzw. Asylfolgeanträge gestellt hatte und Mitte 2016 wieder ausgereist war, reiste sie am 16.02.2017 erneut in die Bundesrepublik ein und stellte einen Asylfolgeantrag. Mit Bescheid vom 21.02.2017 des Bundesamts für Migration und Flüchtlinge wurde dieser Antrag als unzulässig abgelehnt und die Abschiebung der Beteiligten zu 2 in ihre Heimat nach Montenegro angedroht. Aufgrund ihrer Schwangerschaft erfolgte zu diesem Zeitpunkt eine Abschiebung nicht. Im April 2019 teilte das niedersächsische Ministerium für Inneres und Sport der Ausländerbehörde des Landkreises P mit, dass ein Härtefallverfahren durchgeführt werde, für das die Staatsangehörigkeit ihrer Tochter A von Bedeutung ist.

3 Nach der Geburt von A beantragten die Beteiligten zu 2 und 3 die Beurkundung einer Vaterschaftsanerkennung beim Standesamt der Stadt P. Dieses hatte konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft. Unter dem 29.08.2019 teilte das Standesamt den Beteiligten zu 2 und 3 mit, dass das Beurkundungsverfahren ausgesetzt werde, und legte das Verfahren dem Fachbereich Ordnungswesen – Ausländerangelegenheiten beim Landkreis P (im Folgenden Ausländerbehörde) vor. Dieses führte am 29.10.2019 eine Befragung der Beteiligten zu 2 und 3 durch.

4 Am 12.03.2020 beantragte die Beteiligte zu 2 durch ihren Verfahrensbevollmächtigten die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis auf der Grundlage von § 28 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG. Hierauf teilte der Landkreis P dem Verfahrensbevollmächtigten unter dem 16.03.2020 mit, dass die Beurkundung der Vaterschaftsanerkennung gemäß § 1597a BGB ausgesetzt sei, sodass die Erteilung einer Aufenthaltserlaubnis danach nicht in Betracht komme.

5 Bei dem Notar (...) S in P ließen die Beteiligten zu 2 und 3 am 11.05.2020 eine Vaterschaftsanerkennung beurkunden. In der notariellen Urkunde erklärte der Beteiligte zu 3, dass er die Vaterschaft zu dem Kind A, geboren am (...) April 2019, anerkenne (§ 1 der Urkunde). Dieser Erklärung stimmt die Beteiligte zu 2 zu (§ 2 der Urkunde). Die notarielle Vaterschaftsanerkennung legte der Verfahrensbevollmächtigte

mit Schreiben vom 28.05.2020 der Ausländerbehörde des Landkreises P vor.

6 Im Bescheid vom 01.07.2020 stellte die Ausländerbehörde des Landkreises P gegenüber der Beteiligten zu 2 fest, dass die beantragte Vaterschaftsanerkennung der Beteiligten zu 2 und 3 zu der am (...) April 2019 geborenen Tochter A rechtsmissbräuchlich sei. Als Begründung führte der Landkreis an, dass konkrete Anhaltspunkte im Sinne von § 85a Abs. 2 AufenthG bestünden, weil die Beteiligte zu 2 und der Beteiligte zu 3 zu ihrem Kennenlernen keine übereinstimmenden Angaben gemacht hätten, der Beteiligte zu 3 nicht wusste, wie das gemeinsame Kind heiße, sie widersprüchliche Angaben zu den gemeinsamen Frauenarztterminen und Vorsorgeuntersuchungen gemacht hätten und die Angaben zu ihrer gemeinsamen Zukunftsplanung durch die Suche nach einer gemeinsamen Wohnung bzw. einem Zusammenziehen widersprüchlich gewesen seien. Gegen diesen Bescheid hat die Beteiligte zu 2 beim Verwaltungsgericht B Klage erhoben und diese mit Schriftsatz vom 07.01.2021 begründet. Über die Klage ist noch nicht entschieden.

7 Beim Standesamt Hannover hat der Beteiligte zu 3 mit Zustimmung der Beteiligten zu 2 am 03.11.2020 nochmals die Anerkennung seiner Vaterschaft zu dem Kind A, geboren am (...) April 2019 beurkunden lassen (Vorgangsnummer 189/20). Nach dieser Anerkennung wurde der Beteiligte zu 3 am 04.11.2020 im Geburtenregister des Standesamt Hannover (G 3771/2020) als Vater des Kindes eingetragen. Der Landkreis P wies das Standesamt Hannover auf seinen Bescheid vom 01.07.2020 hin. Daraufhin gab dieses den Beteiligten zu 2 und 3 mit Schreiben vom 23.11.2020 Gelegenheit, zu einer Unwirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung vom 03.11.2020 Stellung zu nehmen. Die Beteiligte zu 2 machte mit Ihrem Schreiben vom 04.12.2020 geltend, dass sie die Mutter von A sei, während der Beteiligte zu 3 in seinem Schreiben vom 03.12.2020 einwand, dass er der Vater des Kindes sei und eine Berichtigung nicht akzeptieren werde.

8 Das Standesamt Hannover hat am 03.12.2020 die gerichtliche Berichtigung des Personenstandseintrags mit der Folgebeurkundung 3: Nichtbestehen der Vaterschaft beantragt.

9 Im angefochtenen Beschluss hat das AG Hannover die Berichtigung der Eintragung im Geburtenregister dahin gehend angeordnet, dass berichtigend vermerkt werde: „Folgebeurkundung 3: Nichtbestehen der Vaterschaft“.

10 Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 2 mit ihrer Beschwerde, in der sie auf der Grundlage des § 1597a Abs. 3 BGB darauf hinweist, dass eine rückwirkende Wirksamkeitssperre nicht bestehe. Darüber hinaus habe die Beteiligte zu 2 mangels ausreichender Deutschkenntnisse keine Kenntnis von der Aussetzungsentscheidung des Standesamtes gehabt. Vielmehr habe sie den Vermerk vom 29.08.2019 nicht verstanden, zumal auch ein Dolmetscher hierzu nicht hinzugezogen worden sei. Daher sei eine wirksame Mitteilung über die Aussetzungsentscheidung nicht erfolgt. Ob die Vaterschaftsanerkennung vom 11.05.2020



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

der Wahrheit entspreche, sei für die rechtliche Vaterschaft nicht erheblich.

11 II. Die gemäß § 51 Abs. 1 PStG, § 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 2 ist nicht begründet.

12 Das AG hat im angefochtenen Beschluss zu Recht nach § 48 PStG angeordnet, dass die Eintragung im Geburtenregister der Beteiligten zu 1 G (...) 2020 die Folgebeurkundung vorgenommen wird, denn die Vaterschaftsanerkennung durch die Beteiligten zu 2 und 3 vom 03.11.2020 beim Standesamt Hannover ist unwirksam.

13 1. Nach § 1597a Abs. 3 Satz 1 BGB kann die Anerkennung der Vaterschaft nicht wirksam von einer anderen beurkundenden Behörde oder Urkundsperson beurkundet werden, solange die Beurkundung nach § 1597a Abs. 2 Satz 1 BGB ausgesetzt ist. Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben.

14 a) Wie sich aus dem Bescheid des Landkreises P vom 01.07.2020 ergibt, hat das Standesamt der Stadt P am 29.08.2019 die von den Beteiligten zu 2 und 3 beantragte und bisher nicht erfolgte Beurkundung der Vaterschaftsanerkennung durch den Beteiligten zu 3 zu dem Kind A sowie die Zustimmung der Beteiligten zu 2 ausgesetzt, weil das Standesamt konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft im Sinne von § 1597a Abs. 2 Satz 1 BGB hatte. Auch wenn der Senat den Vorgang zur beantragten Beurkundung vom Standesamt P nicht angefordert hat, geht der Senat von der Aussetzungsentscheidung des Standesamtes aus, weil sich diese aus dem vorgelegten Bescheid des Landkreises P vom 01.07.2020 ergibt und von der Beteiligten zu 2 auch mit ihrer Beschwerdebegründung nicht in Abrede genommen wird.

15 Der Senat kann es vorliegend dahinstehen lassen, ob die Beteiligte zu 2 über ausreichende Deutschkenntnisse verfügte, um die Mitteilung des Standesamt P vom 29.08.2019 über die Aussetzungsentscheidung verstehen zu können. Hieran bestehen nach dem Vorbringen der Beteiligten zu 2 sowie des Landkreises P im Verfahren vor dem Verwaltungsgericht B (4 A 273/20) zwar nicht unerhebliche Zweifel, wie der Senat im Hinweisschreiben vom 11.05.2021 bereits zum Ausdruck gebracht hat. Dies hat seinen Grund darin, dass der Landkreis P in seiner Klageerwiderung vom 18.01.2021 dem Vorbringen der dortigen Klägerin (hiesige Beteiligte zu 2) mit dem Vorbringen entgegengetreten ist, dass diese zwar keinen Sprachkurs besucht habe, jedoch ihr im Rahmen ihres ehrenamtlichen Engagements eine Verständigung möglich sei und auch bei Beratungsgesprächen im Caritasverband ein Dolmetscher nicht hinzugezogen werden musste. Hierzu hat der Landkreis P als Anlage einen Auszug aus der Begründung der Beteiligten zu 2 zu ihrem Härtefallantrag (Begründungsteil) vorgelegt, in dem nicht nur deren Aufenthalt seit 2003 beschrieben wird.

16 Hier führt die Beteiligte zu 2 aus, dass sie von Januar bis Dezember 2018 an einer Arbeitsgemeinschaft nach § 5 AsylbLG (*Anm. d. Schriftleitung: Asylbewerberleistungsgesetz*) mit 20 Wochenstunden in der Flüchtlingsunterkunft teilgenommen und dort überwiegend die interne Post sortiert habe. Darüber hinaus habe sie sich mit ihrem Lebens-

partner seit 2017 an dem Projekt I einer evangelischen Kirchengemeinde engagiert und helfe dort ehrenamtlich. Weiterhin sei die Beteiligte zu 2 in der Kleiderkammer tätig gewesen und habe dort bei der Verteilung der Kleidung geholfen. Darüber hinaus unterstütze sie einen zu 100 % behinderten Bewohner der Notunterkunft bei täglichen Einkünften und Verrichtungen. Weiterhin führt die Beteiligte zu 2 in ihrer Begründung aus, dass sie sich durch Selbststudium grundlegende Deutschkenntnisse angeeignet habe, so dass zur Verständigung weder bei ihrem ehrenamtlichen Engagement noch bei Beratungsgesprächen im Caritasverband eine Hinzuziehung eines Dolmetschers erforderlich gewesen sei. Schließlich nehmen beide Eltern an regelmäßigen Gesprächen und Elternabenden in der Kindertagesstätte teil. Der Aufnahme einer Tätigkeit in einem Lebensmittelgeschäft habe die fehlende Zustimmung der Ausländerbehörde entgegengestanden.

17 Diesen Ausführungen ist die Beteiligte zu 2 in ihrem Schriftsatz vom 22.01.2021 im verwaltungsgerichtlichen Verfahren nicht substantiiert entgegengetreten, sodass der Senat nicht feststellen kann, die Beteiligte zu 2 habe die Aussetzungsentscheidung des Standesamts P nicht verstehen können.

18 b) Hierauf kommt es nach Auffassung des Senats jedoch für die Frage der Wirksamkeit einer späteren Beurkundung nicht an. Die Entscheidung über die Aussetzung des Beurkundungsvorgangs sowie über die Vorlage an die zuständige Behörde nach § 1597a Abs. 2 Satz 1 BGB erweist sich als eine notwendige interne Voraussetzung für den Beginn des Verwaltungsverfahrens vor der nach § 85a AufenthG zuständigen Behörde. Erst mit der Aussetzungsentscheidung beginnt die Zuständigkeit dieser Behörde für die abschließende Klärung, ob die begehrte, d. h. noch nicht abschließend erfolgte, Beurkundung einer Vaterschaftsanerkennung nach § 1597a Abs. 1 BGB missbräuchlich und damit nach Abs. 1 und 3 der Vorschrift nicht wirksam ist. Die den Ermittlungen der zuständigen Behörde und ihrer Entscheidung vorausgehende Aussetzungsentscheidung der beurkundenden Behörde oder der Urkundsperson ist auch nicht isoliert von den die Beurkundung begehrenden Personen anfechtbar. Denn insoweit handelt es sich nicht um eine Entscheidung mit Außenwirkung, von der der Beurkundungsvorgang abschließend betroffen ist, sondern um einen behördeninternen Zwischenschritt (vgl. MünchKommBGB/*Wellenhofer*, 8. Aufl., § 1597a Rdnr. 24; *Erman/Hammermann*, BGB, 16. Aufl., § 1597a Rdnr. 52 f.; *Balzer*, NZFam 2018, 5, 7). Vielmehr wird für die Anerkennungswilligen ausreichender Rechtsschutz dadurch gewährleistet, dass sie sich gegen die Entscheidung der zuständigen Behörde nach § 85a AufenthG im Wege des (ggf. einstweiligen) verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes wenden können (vgl. *Sander*, FamRZ 2017, 1189, 1192; *Schwonberg*, StAZ 2018, 5, 13 f.), zumal mit der Aussetzungsentscheidung ein Abschiebungshindernis nach § 84 Abs. 1 Satz 1 Nr. 9, § 60a Abs. 2 AufenthG verbunden ist.

19 c) Es bedarf auch keiner Entscheidung des Senats, ob die Voraussetzungen für die Aussetzung der Beurkundung vom Standesamt P aufgrund konkreter Anhaltspunkte, wie

sie in § 1597a Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 bis 5 BGB exemplarisch aufgeführt sind (vgl. hierzu Grüneberg/Siede, 81. Aufl., § 1597a Rdnr. 3; Erman/Hammermann, BGB, § 1597a Rdnr. 25 ff.; FamR-Komm/Schwonberg, 7. Aufl., § 1597a Rdnr. 4), zutreffend bejaht wurden. Vielmehr unterliegt auch diese Beurteilung über die vorzunehmende Vorprüfung in dem gestuften Verfahren allein der zuständigen Behörde nach § 85a AufenthG. Diese kann im Rahmen der ihr obliegenden Amtsermittlung bereits aufgrund der Aussetzungsentscheidung des Standesamts, wenn dieser keine ausreichenden konkreten Anhaltspunkte zu entnehmen sind, ohne weitere Ermittlungen aufzunehmen, eine Entscheidung dahin gehend treffen, dass die Vaterschaftsanerkennung nicht rechtsmissbräuchlich sei, und damit die Beurkundung ermöglichen.

20 Die Ausländerbehörde des Landkreises P hat vorliegend in ihrem Bescheid vom 01.07.2020 entschieden, dass die von der Beteiligten zu 2 und 3 bereits Mitte 2019 beantragte Beurkundung der Vaterschaftsanerkennung rechtsmissbräuchlich sei. Dieser Verwaltungsakt ist jedoch nach der Klage der Beteiligten zu 2 nicht bestandskräftig. Das Standesamt P kann die begehrte Beurkundung jedoch nach § 1597a Abs. 2 Satz 4 BGB erst ablehnen, aber auch erst vornehmen, wenn die Entscheidung der zuständigen Behörde unanfechtbar ist. Darüber hinaus sind auch Beurkundungen durch eine andere zuständige Behörde oder Urkundsperson nicht wirksam, wenn diese erfolgen, nachdem eine Beurkundung seitens einer anderen Behörde oder Urkundsperson nach § 1597a Abs. 2 Satz 1 BGB ausgesetzt wurde.

21 d) Vor diesem Hintergrund konnte das Standesamt der Stadt P weder die dort von den Beteiligten zu 2 und 3 beantragte Beurkundung der Vaterschaft vornehmen noch sind die Beurkundungen des Standesamtes der Stadt H sowie die notarielle Beurkundung durch den Notar S vom 11.05.2020 wirksam. Sie können daher nicht zur Grundlage einer Eintragung im Geburtenregister gemacht werden.

22 Das materiellrechtliche Wirksamkeitshindernis erfasst bis zum Abschluss des Verfahrens durch die zuständige Verwaltungsbehörde nach § 85a AufenthG jede anderweitig abgegebene Anerkennungserklärung (vgl. OVG Lüneburg, FamRZ 2020, 510; KG, FamRZ 2020, 1478; MünchKommBGB/Wellenhofer, § 1597a Rdnr. 30; NK-BGB/Gutzeit, 4. Aufl., § 1597a Rdnr. 19; FamR-Komm/Schwonberg, § 1597a Rdnr. 7). Durch diese Regelung soll vermieden werden, dass die Prüfung des Missbrauchs durch die Verwaltungsbehörde in der Weise umgangen werden könnte, dass eine andere beurkundende Stelle mit der Beurkundung befasst wird. Auch die ursprüngliche mit der Beurkundung befasste Stelle kann nach seiner Aussetzungsentscheidung eine Beurkundung nicht wirksam vornehmen (OVG Berlin, JAmt 2020, 97; BeckOGK-BGB/Balzer, § 1597a Rdnr. 105). Dies wird darüber hinaus durch die Regelung in § 1597a Abs. 2 Satz 3 BGB in der Weise sichergestellt, dass die Aussetzungsentscheidung auch dem für den Geburtseintrag zuständigen Standesamt mitzuteilen ist.

23 Nach § 1598 Abs. 1 Satz 2 BGB ist die Anerkennung und Zustimmung im Fall des § 1597a Abs. 3 BGB und im Fall des § 1597a Abs. 4 BGB i. V. m. Abs. 3 unwirksam. Beurkundete Erklärungen können nicht Grundlage für eine Eintragung im Geburtenregister werden und sind daher im Fall bereits erfolgter Eintragung zu berichtigen. Denn § 1598 Abs. 1 Satz 2 BGB knüpft die Folge der Unwirksamkeit allein an die Voraussetzungen des § 1597a Abs. 3 BGB (Grüneberg/Siede, § 1598 Rdnr. 3; VG Magdeburg, FamRZ 2019, 712). Dass aus der Formulierung in dieser Regelung „solange“ auf eine schwebende Unwirksamkeit geschlossen wird (vgl. BeckOGK-BGB/Balzer, § 1597a Rdnr. 105), wie sie auch für die Vaterschaftsanerkennung nach § 1594 Abs. 2 BGB bei einer bereits bestehenden Vaterschaft eines anderen Mannes anerkannt ist, führt nicht dazu, dass eine nach erfolgter Aussetzungsentscheidung gemäß § 1597a Abs. 2 Satz 1 BGB beurkundete Vaterschaft in das Geburtenregister eingetragen werden kann.

24. 2. Die Beteiligte zu 2 weist zwar zu Recht darauf hin, dass eine Aussetzung des Beurkundungsverfahrens nicht zur Unwirksamkeit einer bereits zuvor wirksam gewordenen Vaterschaftsanerkennung und hierauf beruhenden Eintragung im Geburtenregister führt (vgl. VG Magdeburg, FamRZ 2019, 712). Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2 liegt der zu berichtigenden Eintragung keine wirksam gewordene Vaterschaftsanerkennung zugrunde, die vor dem 29.08.2019 beurkundet worden war.

25 3. Andere Umstände, die zu einer wirksamen Vaterschaftsanerkennung geführt haben könnten, sind weder vorgetragen noch für den Senat ersichtlich. Der Beteiligte zu 3 hat nicht darauf hingewirkt, eine Aussetzungsentscheidung bzw. weitere Ermittlungen der zuständigen Behörde oder im gerichtlichen Verfahren entbehrlich zu machen. Hierzu besteht seitens des anerkennungswilligen Mannes in der Weise die Möglichkeit, die Missbräuchlichkeit der Anerkennung auszuschließen, dass dieser seine leibliche Vaterschaft zu dem anzuerkennenden Kind selbst nachweist (§ 1597a Abs. 5 BGB). Dies kann insbesondere durch einen Abstammungstest, der die Richtlinien der Gendiagnostikkommission erfüllt, geschehen. Hiervon hat der Beteiligte zu 3 keinen Gebrauch gemacht, obwohl diese im Bescheid des Landkreises P vom 01.07.2020 angesprochen wurde. Ebenso wenig hat die Beteiligte zu 2 aufgezeigt, dass eine Eltern-Kind-Beziehung zwischen ihrer Tochter und dem Beteiligten zu 3 begründet oder vertieft werden soll und sich hieraus Anhaltspunkte ergeben könnten, die gegen eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung sprechen könnten (vgl. BVerwG, FamRZ 2021, 1625 [Rdnr. 24 ff.]).

26 4. Da eine wirksame Vaterschaftsanerkennung des Beteiligten zu 3 nach alledem nicht vorliegt, ist die vom Standesamt begehrte Folgebeurkundung zur Berichtigung des Geburtseintrags gerechtfertigt und danach die Beschwerde der Beteiligten zu 2 nicht begründet.

(...)



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

ANMERKUNG:

Von Notarassessorin Dr. Ricarda Lotte, Sennfeld

1. Gesetzliche Regelungen zu missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennungen

Ein nicht mit der Mutter des Kindes verheirateter Mann wird nur dann rechtlicher Vater des Kindes, wenn er die Vaterschaft nach § 1592 Nr. 2 BGB anerkennt oder seine Vaterschaft nach § 1592 Nr. 3 BGB gerichtlich festgestellt ist. Für die rechtliche Vaterschaft nach § 1592 Nr. 1 und 2 BGB ist es ohne Bedeutung, ob es sich auch um den leiblichen Vater handelt. Die Anerkennung der Vaterschaft ist daher grundsätzlich auch dann wirksam, wenn diese bewusst wahrheitswidrig – etwa bei objektiv unmöglicher Zeugung – erfolgt.

Als Instrument, um ein Aufenthaltsrecht zu erlangen, soll die Vaterschaftsanerkennung jedoch nicht eingesetzt werden.¹ Der Gesetzgeber hat daher, nachdem das BVerfG das behördliche Anfechtungsrecht der Vaterschaft für verfassungswidrig erklärt hat,² im Jahr 2017 durch das „Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht“³ § 1597a BGB eingeführt. Die Norm sieht dabei ein mehrstufiges Prüfungsverfahren vor:⁴ Zunächst prüft die beurkundende Stelle, ob konkrete Anhaltspunkte für einen aufenthaltsrechtlich motivierten Missbrauch bestehen. Indizien, die eine solche Prüfung nahelegen, sind in § 1597a Abs. 2 Nr. 1-5 BGB beispielhaft genannt. Nicht missbräuchlich ist die Anerkennung nach § 1597a Abs. 5 BGB hingegen jedenfalls dann, wenn der Anerkennende der leibliche Vater ist. Bestehen für eine missbräuchliche Anerkennung konkrete Anhaltspunkte, folgt die Aussetzung der Beurkundung, bis die Ausländerbehörde (§ 85a AufenthG) entschieden hat. Diese stellt entweder das Vorliegen einer missbräuchlichen Anerkennung der Vaterschaft fest oder stellt das Prüfverfahren ein. Für die Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung ist daher nicht entscheidend, ob diese tatsächlich missbräuchlich ist und somit gegen § 1597a Abs. 1 BGB verstößt (vgl. § 1598 Abs. 1 BGB). Vielmehr knüpft die Unwirksamkeit allein daran an, dass die Vaterschaftsanerkennung nach Aussetzung der Beurkundung (§ 1597a Abs. 3 BGB) oder nach unanfechtbar gewordener Feststellung der Missbräuchlichkeit der Vaterschaftsanerkennung durch die Ausländerbehörde (§ 1597a Abs. 2 Satz 4 BGB) abgegeben wurde.

2. Die Entscheidung des OLG Celle

Gegenstand der Entscheidung des OLG Celle war die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Beurkundung im Sinne des § 1597a Abs. 3 BGB „ausgesetzt“ ist. Dabei überzeugt die Auffassung des Gerichts, dass es

hierfür allein auf die Unterbrechung des Beurkundungsvorgangs ankommt,⁵ unabhängig davon, ob die Mutter des Kindes die Mitteilung der Aussetzung des Beurkundungsverfahrens aufgrund ihrer Sprachkenntnisse verstehen kann. Dies steht im Einklang mit dem Wortlaut des § 1597a Abs. 3 BGB, der ausschließlich auf die in § 1597a Abs. 2 Satz 1 BGB geregelte Aussetzung der Beurkundung Bezug nimmt, nicht aber auf die nach § 1597a Abs. 2 Satz 1 BGB hiervon zu unterscheidende Mitteilung an die Beteiligten. Zudem würde eine andere Sicht zu einer Unsicherheit über den Beginn des materiellrechtlichen Wirksamkeitshindernisses des § 1597a Abs. 3 BGB führen und dessen Zweck, einen zeitlich lückenlosen Umgehungsschutz zu erreichen,⁶ zuwiderlaufen. Mit dem OLG Celle ist es daher für das Eingreifen des § 1597a Abs. 3 BGB auch nicht von Bedeutung, ob tatsächlich konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung vorliegen. Denn die Entscheidung hierüber obliegt nach der gesetzgeberischen Konzeption allein der Ausländerbehörde, während die Vorschrift des § 1597a Abs. 3 BGB verhindern soll, dass deren Prüfungs-kompetenz durch die Schaffung vollendeter Tatsachen unterlaufen wird, indem eine andere Stelle die Anerkennung der Vaterschaft beurkundet. Bei einem solchen Verständnis der Aussetzung des Beurkundungsvorgangs ist es dann auch konsequent, die isolierte Anfechtbarkeit der Aussetzungsentscheidung zu verneinen.⁷ Schließlich kann die Ausländerbehörde das Prüfverfahren einstellen, wenn sie zu der Einschätzung gelangt, dass die Vaterschaftsanerkennung nicht missbräuchlich ist. Welche Auswirkungen eine solche Einstellung des Prüfverfahrens auf Vaterschaftsanerkennungen hat, die während der Aussetzung der Beurkundung abgegeben wurden, lässt sich dem Gesetz nicht eindeutig entnehmen. Während es nach einer Ansicht auch dann bei der Unwirksamkeit der Vaterschaftsanerkennungen bleiben soll,⁸ ordnet § 1597a Abs. 3 BGB nach Ansicht des OLG Celle lediglich die schwebende Unwirksamkeit der Beurkundung an.⁹ Für letzteres spricht sowohl der Wortlaut der Vorschrift („solange“) als auch deren Sinn und Zweck, der Ausländerbehörde die Prüfung des Missbrauchs zu ermöglichen.

1 Vgl. BT-Drucks. 18/12415, S. 16.

2 BVerfG, Beschluss vom 17.12.2013, 1 BvL 6/10, NJW 2014, 1364.

3 Gesetz vom 20.07.2017, BGBl. I, S. 2780.

4 Vgl. dazu ausf. DNotI-Report 2017, 153; Grziwotz, MittBayNot 2018, 287; Balzer, NZFam 2018, 5.

5 Für ein solches Verständnis von § 1597a Abs. 3 BGB auch OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26.11.2019, 11 S 68.19, DNotZ 2020, 839, Rdnr. 13; BeckOGK-BGB/Balzer, Stand: 01.08.2022, § 1597a Rdnr. 106; MünchKomm-BGB/Wellenhofer, 8. Aufl. 2020, § 1597a Rdnr. 30.

6 BeckOGK-BGB/Balzer, § 1597a Rdnr. 106.

7 So bereits OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26.11.2019, 11 S 68.19, DNotZ 2020, 839, Rdnr. 13; BeckOGK-BGB/Balzer, § 1597a Rdnr. 90 f.; Grziwotz in FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 319, 328; Kaesling, NJW 2017, 3686, 3687; MünchKomm-BGB/Wellenhofer, § 1597a Rdnr. 24; Prütting/Wegen/Weinreich/Schwonberg, BGB, 17. Aufl. 2022, § 1597a Rdnr. 6; Stern, NZFam 2017, 740, 741.

8 OVG Schleswig, Beschluss vom 22.08.2018, 4 MB 91/18, BeckRS 2018, 36438; MünchKomm-BGB/Wellenhofer, § 1597a Rdnr. 30.

9 So auch KG, Beschluss vom 02.06.2022, 1 W 336/21, BeckRS 2022, 12987 Rdnr. 7; BeckOGK-BGB/Balzer, § 1597a Rdnr. 105.

Ist nach deren Feststellungen die Vaterschaftsanerkennung nicht missbräuchlich, ist es hingegen nicht erforderlich, dass während der Aussetzung beurkundete Erklärungen unwirksam sind.¹⁰

3. Folgen für die notarielle Praxis

Können durch eine Anerkennung der Vaterschaft Aufenthaltsrechtliche Vorteile erlangt werden, treffen den Notar Prüfungspflichten.¹¹ Ergeben sich hierbei konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung, ist der Notar nach § 1597a Abs. 2 Satz 1 BGB verpflichtet, dies der Ausländerbehörde mitzuteilen und die Beurkundung auszusetzen. Gegen diese Entscheidung können die Beteiligten – wie das vorliegende Urteil zeigt – nicht vorgehen. Der Erlass eines Vorbescheids zur Ankündigung einer Aussetzung des Beurkundungsverfahrens nach § 1597a Abs. 2 Satz 1 BGB kommt daher nicht in Betracht.¹²

Denkbar ist jedoch auch, dass bereits eine andere Stelle die Beurkundung ausgesetzt hat und die Beteiligten sich nun an den Notar wenden, um die Vaterschaftsanerkennung von ihm beurkunden zu lassen. Von der Aussetzung der Beurkundung wird der Notar dann regelmäßig keine Kenntnis haben. Teilen die Beteiligten ihm diese ausnahmsweise doch mit, so ist mit der vorliegenden Entscheidung des OLG Celle von einem Eingreifen des § 1597a Abs. 3 BGB auszugehen, ohne dass es hierfür weiterer Voraussetzungen bedürfte. Dass die Norm nach Ansicht des Gerichts nur die schwebende Unwirksamkeit der Beurkundungen vorsieht und diese nach Einstellung des Prüfverfahrens durch die Ausländerbehörde wirksam werden, ändert nichts daran, dass der Notar die Beurkundung während der Dauer des Behördenprüfverfahrens ablehnen muss.¹³ Etwas anderes wäre mit dem Sinn und Zweck des § 1597a Abs. 3 BGB, dass Beurkundungen der Vaterschaft auch¹⁴ durch andere Stellen während der Aussetzung des Beurkundungsverfahrens unterbleiben sollen,¹⁵ nicht zu vereinbaren.

10 KG, Beschluss vom 02.06.2022, 1 W 336/21, BeckRS 2022, 12987 Rdnr. 7.

11 Siehe näher hierzu Beck'sches Notar-Handbuch/*Grziwotz*, 7. Aufl. 2019, § 15 Rdnr. 9a; DNotI-Report 2017, 153; *Grziwotz*, MittBayNot 2018, 287, 289 f.; *Schreindorfer*, MittBayNot 2021, 652.

12 So auch *Grziwotz*, MittBayNot 2018, 287, 293.

13 Vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/*Grziwotz*, § 15 Rdnr. 9a.

14 Die Wirksamkeitssperre des § 1597a Abs. 3 BGB gilt auch für die aussetzende Stelle selbst, siehe OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 26.11.2019, 11 S 68.19, DNotZ 2020, 839.

15 BeckOGK-BGB/*Balzer*, § 1597a Rdnr. 105.

Bürgerliches Recht

ERBRECHT

10. Kein Anfechtungsrecht bzgl. des bei Erbfall zwischenzeitlich verheirateten, früheren Lebenspartners nach Scheitern dessen Beziehung mit dem Erblasser aufgrund Demenzerkrankung

OLG Oldenburg, Beschluss vom 26.09.2022, 3 W 55/22

BGB § 2078

LEITSATZ:

Es kann im Einzelfall dem hypothetischen Willen eines Erblassers entsprechen, dass, wenn er bei bestehender Lebenspartnerschaft an Demenz erkrankt und er infolgedessen stationär untergebracht werden muss, sodass die gelebte Partnerschaft in der bisherigen Form faktisch nicht mehr fortgeführt werden kann, er weiterhin den Lebenspartner mit seinem hälftigen Erbe auch für den Fall bedenken will, dass dieser sich nach Ausbruch der Demenzerkrankung einem neuen Lebenspartner zuwendet und diesen heiratet.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

2 Zur Begründung nimmt der Senat auf die Ausführungen im Hinweisbeschluss vom 30.08.2022 Bezug. Dieser lautete wie folgt:

Der Antragsteller ist der ehemalige Lebensgefährte des am (...) 2021 verstorbenen A (Erblasser). Der Erblasser war verheiratet. Aus der mittlerweile geschiedenen Ehe ist die Beteiligte zu 1 hervorgegangen.

Der Erblasser hat mit Testament vom 05.06.2005 den Antragsteller und seine Tochter zu Erben eingesetzt. Unter dem 28.04.2016 bestellte der Erblasser dem Antragsteller ein Mitwohnungsrecht an seinem Wohnhaus in Ort 2. Zudem erteilte er ihm eine Vorsorgevollmacht. Am 17.10.2016 wurde der Erblasser aufgrund weit fortgeschrittener Demenz in die DD Klinik in Ort 3 eingeliefert und sodann ab dem 15.11.2016 stationär in der Pflegeeinrichtung EE betreut.

Am 15.08.2020 heiratete der Antragsteller einen neuen Lebenspartner.

Die Beteiligte zu 1 hat die am 05.06.2005 errichtete letztwillige Verfügung des Erblassers form- und fristgerecht aufgrund eines Motivirrtums angefochten, soweit dort der Antragsteller zum Erben bestimmt ist. Zur Begründung ihrer Anfechtung hat sie vorgetragen, dass der Erblasser bei Kenntnis der Tatsache, dass der Antragsteller sich einem neuen Lebensgefährten zuwendet und diesen auch heiratet, sein Testament geändert hätte.

Das AG hat mit angefochtenem Beschluss die für die Erteilung des Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet. Die Erbenstellung des Antragstellers und der

Beteiligten zu 1 ergäben sich aus der letztwilligen Verfügung des Erblassers vom 05.06.2005. Danach seien die Beteiligten zu 1 und der Antragsteller zu Erben bestimmt worden. Eine wirksame Anfechtung der Beteiligten zu 1 läge nicht vor. Diese sei zwar anfechtungsberechtigt, aber es läge kein Anfechtungsgrund vor. Es sei nicht davon auszugehen, dass der Erblasser seine letztwillige Verfügung geändert hätte, wenn ihm bekannt geworden wäre, dass der Antragsteller sich einem neuen Lebenspartner zuwendet und diesen auch heiratet. Maßgeblich sei letztendlich, dass die Beziehung des Erblassers mit dem Antragsteller an der Demenzerkrankung des Erblassers scheiterte und nicht aufgrund eines Fehlverhaltens des Antragstellers.

Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 1 mit ihrer form- und fristgerecht erhobenen Beschwerde. Eine Auslegung des Testaments vom 05.06.2005 ergebe bereits, dass eine Erbenstellung des Antragstellers nicht vorliege. Es sei der wirkliche Wille des Erblassers, dass sein Lebenspartner erbe. Zum Zeitpunkt des Erbfalls sei der Antragsteller aber nicht mehr der Lebenspartner des Erblassers gewesen. Auf die Anfechtung käme es daher gar nicht mehr an.

Soweit das AG darauf abstelle, dass es sich nicht um eine willentliche Beendigung der Lebenspartnerschaft gehandelt habe, könne dem nicht gefolgt werden. Der Erblasser habe immer deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er von einer dauerhaft bestehenden Lebenspartnerschaft ausgehe. Zudem habe der Antragsteller auch zugesichert, dass er den Erblasser pflegen wolle. Der Antragsteller habe aber die Erwartungen des Erblassers nicht erfüllt. Dies ergebe sich nicht zuletzt aus dem Umstand, dass der Antragsteller schon sechs Monate vor dem Tod des Erblassers seinen neuen Lebenspartner ehelichte. Hätte der Erblasser von diesem Umstand gewusst, hätte er sein Testament geändert. Er hätte das Bestehen einer ehelichen Partnerschaft neben der nichtehelichen Partnerschaft in gesunden Zeiten unter keinen Umständen akzeptiert. Aus dem Umstand, dass der Erblasser infolge seiner Erkrankung zur Änderung des Testaments nicht mehr in der Lage war, kann nichts anderes folgen. Der Beschluss sei daher aufzuheben.

Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

Das AG hat zu Recht und mit zutreffender Begründung die für die Erteilung des Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet.

Der Antragsteller ist zu gleichen Teilen mit der Beteiligten zu 1 Erbe des am (...) 2021 verstorbenen Erblassers A geworden.

Das Testament vom 05.06.2005 ist nicht dahin gehend auszulegen, dass der Antragsteller nur Erbe sein sollte, wenn er zum Zeitpunkt der Erbfolge noch der Lebenspartner des Erblassers ist. Ein entsprechender ausdrücklicher Wille diesbezüglich findet sich nicht im Testament. Ein entsprechender Wille kann auch nicht aus der Verwendung des Begriffs „Lebenspartner“ vor dem Namen des Antragstellers abgeleitet werden. Hierbei handelt es sich lediglich um

einen Zusatz, um die Person des Erben näher zu kennzeichnen. Gleichmaßen ist der Erblasser bei der Beteiligten zu 1 verfahren. Auch hier hat er die Person der Beteiligten zu 1 durch den Zusatz „Tochter“ näher gekennzeichnet.

Das Testament vom 05.06.2005 ist auch nicht aufgrund der von der Beteiligten zu 1 erklärten Anfechtung wegen eines Motivirrtums nichtig. Wie das AG zutreffend festgestellt hat, fehlt es an einem Anfechtungsgrund. Ein Motivirrtum des Erblassers im Sinne des § 2078 Absatz 2 BGB kann nicht festgestellt werden. Etwaige Zweifel gehen zulasten der Beteiligten zu 1, die bezüglich der Voraussetzung der Anfechtung die Feststellungslast trägt.

Gemäß § 2078 Abs. 2 BGB kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, soweit der Erblasser zu der Verfügung durch die irrige Annahme oder Erwartung des Eintritts oder Nichteintritts eines Umstands bestimmt worden ist. Darunter fällt jeder Motivirrtum, auch der durch arglistige Täuschung herbeigeführte. Es ist gleichgültig, ob sich der Irrtum auf die Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft bezieht (BayObLG, Beschluss vom 14.08.2002, 1 Z BR 58/02, juris Rdnr. 18-19). Die Anfechtung kann nur auf solche irrigen Vorstellungen und Erwartungen gestützt werden, die der Erblasser bei der Errichtung der Verfügung tatsächlich gehabt hat; dazu gehören auch Vorstellungen und Erwartungen, die er zwar nicht in sein Bewusstsein aufgenommen, aber als selbstverständlich seiner Verfügung zugrunde gelegt hat (BGH, NJW 1963, 246, 247; BayObLG, FamRZ 1984, 1270, 1271 m. w. N.)

Mit der Beschwerde ist vorliegend davon auszugehen, dass jedenfalls die Vorstellung des Erblassers seiner letztwilligen Verfügung als selbstverständlich zugrunde lag, dass der Antragsteller und der Erblasser fortdauernd Lebenspartner sind. Dies gilt auch, obwohl eine eingetragene Lebenspartnerschaft zwischen dem Antragsteller und dem Erblasser nicht bestand. Soweit die Beschwerdeführerin auch auf die Zusicherung der fortwährenden Pflege abstellt, lag diese Vorstellung zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments ersichtlich noch nicht vor. Jedenfalls vermochte die Beschwerdeführerin mit ihrer Beschwerde keine Umstände vorzutragen, dass ein entsprechendes Pflegemotiv des Erblassers bereits bei Testamentserrichtung vorlag.

Weiter erfordert aber die Anfechtung wegen eines Motivirrtums auch, dass der Irrtum für die Verfügung bestimmend oder zumindest derartig mitbestimmend gewesen ist, dass der Erblasser diese ohne die irrige Vorstellung nicht getroffen hätte. Danach ist eine Verfügung von Todes wegen, durch die der Erblasser (u. a.) seinen Lebenspartner bedacht hat, zwar dann grundsätzlich unwirksam, wenn die Lebenspartnerschaft nicht mehr besteht. Eine Ausnahme gilt aber dann, wenn anzunehmen ist, dass der Erblasser die Verfügung auch für einen solchen Fall getroffen hätte. Dabei kommt es auf den hypothetischen Willen des Erblassers zur Zeit der Errichtung der Verfügung von Todes wegen an (vgl. BGH, Urteil vom 03.05.1961, V ZR 154/59, juris).

Vorliegend ist aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalles von einer derartigen Ausnahme auszugehen.

Mit dem AG ist der Senat davon überzeugt, dass es dem hypothetischen Willen des Erblassers zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments entsprach, dass, wenn er davon Kenntnis gehabt hätte, dass er bei bestehender Lebenspartnerschaft an Demenz erkrankt und er infolgedessen stationär untergebracht werden muss, sodass im Ergebnis die bis zur Demenzerkrankung gelebte Partnerschaft in ihrer bisherigen Form faktisch nicht mehr fortgeführt werden kann, er weiterhin den Antragsteller mit seinem hälftigen Erbe bedacht und das Testament nicht geändert hätte. Insoweit reicht es nicht aus, allein auf das Bestehen oder Nichtbestehen der Lebenspartnerschaft als (mit-)bestimmendes Motiv für die Errichtung des Testaments abzustellen. Erforderlich ist auch, auf die weiteren tatsächlichen Umstände abzustellen. Das AG führt insoweit zu Recht aus, dass die Beziehung des Erblassers mit dem Antragsteller nicht daran scheiterte oder beendet wurde, weil beide sich auseinandergelebt hatten oder sich der Antragsteller während laufender Lebenspartnerschaft einem neuen Lebenspartner in schuldhafter Weise zugewandt hatte, sondern dass die Beziehung letztlich aufgrund der Demenz des Erblassers faktisch nicht mehr gelebt werden konnte und damit nicht willentlich vom Erblasser oder Antragsteller beendet wurde. Dieser Umstand ist bei der Erforschung des hypothetischen Willens des Erblassers miteinzubeziehen. Im Ergebnis gelangt auch die Beschwerdeführerin zu diesem Ergebnis, indem sie anführt, dass der Erblasser das Bestehen einer ehelichen Partnerschaft zu dem heutigen Ehegatten neben der nichtehelichen Partnerschaft zum Antragsteller in gesunden Zeiten unter keinen Umständen akzeptiert hätte. Dem vermag der Senat vollumfänglich zu folgen. Nur berücksichtigt diese Aussage nicht, dass der Erblasser seit 2016 eben nicht mehr gesund, sondern an Demenz erkrankt war und in der Folge nicht mehr handlungsfähig war und stationär gepflegt werden musste. Dieser Umstand ist mit zu berücksichtigen. Bis zur Einweisung haben der Erblasser und der Antragsteller die Lebenspartnerschaft ohne Einschränkung gelebt und geführt. Sie hatte bis zu diesem Zeitpunkt Bestand. Gegenteiliges wird auch von der Beschwerdeführerin nicht vorgebracht.

Im Ergebnis ist damit nicht davon auszugehen, dass der Erblasser bei Kenntnis von seiner schwerwiegenden Demenzerkrankung anders testiert hätte. Es fehlt damit an der erforderlichen Kausalität für eine wirksame Anfechtung. Die Beschwerde ist daher zurückzuweisen.“

3 Die Ausführungen der Beteiligten zu 1 im Schriftsatz vom 20.09.2022 geben zu einer anderen Betrachtungsweise keine Veranlassung.

4 Im Hinblick auf die Verwendung des Begriffs „Lebenspartner“ bleibt es bei der bisherigen Wertung durch den Senat. Aus der Bewilligungsurkunde vom 28.04.2016 folgt nichts anderes, zumal diese elf Jahre nach dem Testament errichtet wurde und somit nur bedingte Aussagekraft zum damaligen Willen des Erblassers hat. Die konkrete Ausgestaltung des eingeräumten Wohnrechts kann nicht mit den Voraussetzungen für die Erbeinsetzung und der damit verbundenen Absicherung des Antragstellers gleichgesetzt

werden. Beim Wohnrecht geht es um das konkrete Zusammenleben, das bei einem Streit faktisch den Beteiligten und insbesondere dem Erblasser nicht mehr zumutbar ist.

5 Im Übrigen verbleibt es bei der vom Senat vorgenommenen Auslegung des hypothetischen Willens des Erblassers. Die Beteiligte zu 1 berücksichtigt im Rahmen ihrer Auslegung nicht hinreichend den maßgeblichen Umstand der Demenzerkrankung des Erblassers. Dieser Umstand ist mit zu berücksichtigen. Insoweit hatte der Senat bereits ausgeführt, dass bis zur Einweisung der Erblasser und der Antragsteller die Lebenspartnerschaft ohne Einschränkung gelebt und geführt hatten. Sie hatte bis zu diesem Zeitpunkt Bestand. Auch danach besuchte der Antragsteller den Erblasser regelmäßig einmal wöchentlich an seinem freien Tag und hat damit auch nach der Demenzerkrankung seine Verbundenheit zum Erblasser zum Ausdruck gebracht. Insoweit reicht es nicht aus, allein auf das Bestehen oder Nichtbestehen der Lebenspartnerschaft als (mit-)bestimmendes Motiv für die Errichtung des Testaments abzustellen. Erforderlich ist auch, auf die weiteren tatsächlichen Umstände abzustellen. Das AG hat insoweit zu Recht ausgeführt, dass die Beziehung des Erblassers mit dem Antragsteller nicht daran scheiterte oder beendet wurde, weil beide sich auseinandergelebt hatten oder sich der Antragsteller während laufender Lebenspartnerschaft einem neuen Lebenspartner in schuldhafter Weise zugewandt hatte, sondern dass die Beziehung letztlich aufgrund der Demenz des Erblassers faktisch nicht mehr gelebt werden konnte und damit nicht willentlich vom Erblasser oder Antragsteller beendet wurde. Hätte der Erblasser Kenntnis davon gehabt, dass er bei bestehender Lebenspartnerschaft an Demenz erkrankt, er infolgedessen stationär untergebracht werden muss, sodass im Ergebnis die bis zur Demenzerkrankung gelebte Partnerschaft in ihrer bisherigen Form faktisch nicht mehr fortgeführt werden kann und sich sein Partner auch nach der Unterbringung in einem Pflegeheim sich weiterhin um ihn kümmert und sich nicht von ihm abwendet, hätte er zur Überzeugung des Senats weiterhin den Antragsteller auch für den Fall der Heirat des Partners mit einem neuen Lebenspartner mit seinem hälftigen Erbe bedacht und das Testament nicht geändert.

(...)



11. Hemmung der Abschmelzungsfrist bei am gesamten Gebäude vorbehaltenem Wohnungsrecht

OLG München, Urteil vom 08.07.2022, 33 U 5525/21

BGB § 2325

LEITSÄTZE:

1. **Das dem Erblasser eingeräumte Wohnungsrecht hemmt im vorliegenden Einzelfall den Beginn der Abschmelzungsfrist gemäß § 2325 Abs. 3 BGB, weil es an allen relevanten Räumen des verschenkten Hauses besteht, sodass der Erwerber insoweit keine eigene Nutzungsmöglichkeit hatte (Anschluss an BGH, Urteil vom 29.06.2016, IV ZR 474/15, ZEV 2016, 445 = ErbR 2016, 570).**
2. **In einem solchen Fall sind die Unterschiede zwischen einem vorbehaltenen Nießbrauch und dem tatsächlich vereinbarten Wohnungsrecht so gering, dass die Interessen des Pflichtteilsberechtigten, denen bei der Beurteilung der Frage der Hemmung des Fristenlaufs gemäß § 2325 Abs. 3 BGB besonderes Gewicht zukommt, es rechtfertigen, den Lauf der Frist gemäß § 2325 Abs. 3 BGB als gehemmt anzusehen (Anschluss an BGH, Urteil vom 19.07.2011, X ZR 140/10, NJW 2011, 3082).**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Kläger macht einen Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen den Beklagten geltend.

2 Die Kläger sind Brüder sowie Erben zu $\frac{1}{3}$ nach ihrem am x.x.2017 verstorbenen Vater (...) (nachfolgend: Erblasser). Der bereits an die Miterben zu gleichen Teilen ausbezahlte Barnachlass des Erblassers betrug 9.535,95 €.

3 Mit Übergabevertrag vom 30.11.2010 (...) hatte der Erblasser die im Grundbuch von (...), Bl. 2144, eingetragenen Grundstücke Fl. Nr. 93, 119/3, 579, 618 und 974 an den Beklagten übertragen, wobei der Beklagte bestimmte Verpflichtungen gegenüber dem Erblasser übernahm und der Erblasser sich zudem ein lebenslanges Wohnungsrecht an dem auf dem Grundstück Fl. Nr. 93 errichteten Wohnhaus vorbehielt, das ihn berechtigte, „die Räume des bestehenden Bauernhauses alleine zu benützen“ sowie ein Mitbenutzungsrecht bezüglich der sonstigen Gebäude und Flächen des Grundstücks Fl. Nr. 93. Die Eigentumsumschreibung vom Erblasser auf den Beklagten erfolgte am 13.01.2011. In der Folgezeit bewohnte und nutzte der Erblasser das Haus und die sonstigen Gebäude und Flächen wie zuvor.

4 Laut Verkehrswertgutachten des Sachverständigen (...) hatte das mit einem Wohnhaus und Betriebsgebäuden bebaute Grundstück Fl. Nr. 93 zur Zeit der Übergabe nach Abzug der Belastungen einen Verkehrswert von 493.000 €, die übrigen Grundstücke – land- und forstwirtschaftliche Flächen – einen Verkehrswert von 162.000 €.

5 Mit Schreiben vom 16.02.2018 (...) forderte der Kläger den Beklagten unter Fristsetzung zum 15.03.2018 zur Zahlung

von Pflichtteilsergänzungsansprüchen in Höhe von 110.057,31 € auf, mit Schreiben vom 26.11.2018 unter Fristsetzung zum 15.01.2019 zur Zahlung von 79.112,16 €.

6 Der Kläger hat vor dem LG zunächst einen Pflichtteilsergänzungsanspruch in Höhe von 79.112,16 € geltend gemacht. Er hat die Ansicht vertreten, dass der rechnerische Nachlass 540.409,02 € betrage. Das Grundstück Fl. Nr. 93 sei insoweit mit dem vollen Verkehrswert anzusetzen, da wegen des dem Erblasser eingeräumten Wohn- und Mitbenutzungsrechts keine Abschmelzung gemäß § 2325 Abs. 3 BGB vorzunehmen sei. Von den übrigen Grundstücken seien gemäß § 2325 Abs. 3 BGB 40 % des Verkehrswerts anzusetzen. Abzüglich der latenten, indexierten Betriebsaufgabesteuer ergebe sich für die dem Beklagten lebzeitig zugewendeten Grundstücke ein Wert von 523.095,71 €. Zu addieren sei daneben der tatsächlich vorhandene Nachlass (9.535,95 €) sowie die indexierte Schenkung an den Kläger (7.777,36 €). Der Pflichtteil des Klägers von unstreitig $\frac{1}{6}$ betrage damit 90.068,17 €. Hiervon seien die Schenkung des Erblassers an den Kläger (7.777,36 €) sowie der bereits ausbezahlte Erbteil (3.178,65 €) in Abzug zu bringen.

7 Der Beklagte hat erstinstanzlich insbesondere vorgebracht, dass bei der Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs eine Abschmelzung für alle ihm übertragenen Grundstücke mit Ausnahme von 4 % der Fläche des Grundstücks Fl. Nr. 93 vorzunehmen sei. Dieser prozentuale Wert entspreche der überbauten Grundstücksfläche von 71,25 m² im Verhältnis zur Gesamtgrundstücksfläche. Der Kläger habe bei seiner Berechnung im Übrigen die fiktive latente Steuer zu niedrig angesetzt.

8 Auf die tatsächlichen Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils und die dort gestellten Anträge wird ergänzend Bezug genommen.

9 Im Verlauf des Rechtsstreits hat der Beklagte insgesamt 33.775 € an den Kläger gezahlt. Der Kläger hat deshalb mit Schriftsatz vom 04.03.2019 die Klage in Höhe von 32.186 € teilweise für erledigt erklärt, mit Schriftsatz vom 18.03.2019 in Höhe von weiteren 1.589 €. Der Beklagte hat den Erledigungserklärungen des Klägers jeweils zugestimmt.

10 Mit Endurteil vom 08.07.2021 hat das LG die Klage nach Einholung eines Sachverständigengutachtens (...) zur Höhe der anzusetzenden Betriebsaufgabesteuer mit Ausnahme einer Zinsforderung abgewiesen. Es hat im Wesentlichen ausgeführt, dass der Erblasser dem Beklagten einen landwirtschaftlichen Betrieb im Rahmen eines „typischen Hofübergabevertrages“ zugewendet habe; die Gestaltung sei von der tradierten vorweggenommenen Erbfolge und einem Nebeneinanderleben von Altenteiler und Übernehmer geprägt. Die Frist gemäß § 2325 Abs. 3 Satz 1 BGB habe daher im Jahre 2011 für alle Grundstücke zu laufen begonnen, die Schenkung sei insgesamt nur mit $\frac{4}{10}$ des Wertes zu berücksichtigen.

11 Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner Berufung. Er rügt die fehlerhafte Anwendung von § 2325 Abs. 3 BGB und vertritt weiterhin die Ansicht, dass bei der Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs der volle Verkehrswert

des bebauten Grundstücks Fl. Nr. 93 anzusetzen sei. Denn aufgrund des vorbehaltenen Wohnungsrechts sei der Beginn der Abschmelzungsfrist gemäß § 2325 Abs. 3 BGB gehemmt gewesen.

12 Der Kläger beantragt:

Unter Abänderung des am 08.07.2021 verkündeten Endurteils des LG München II, 1 O 255/19, wird der Beklagte weiter verurteilt, wegen einer Forderung in Höhe von 46.411,51 € nebst Zinsen hieraus von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit 16.03.2018 die Zwangsvollstreckung in die im Grundbuch von (...) Bl. 2144 eingetragenen Grundstücke Fl. Nr. 93, 119/3, 579, 618 und 974 zugunsten des Klägers zu dulden.

13 Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

14 Der Beklagte verteidigt die Rechtsanwendung durch das Erstgericht und macht geltend, dass es angesichts der Gesamtgröße des Grundstücks Fl. Nr. 93 von 1.763 m² und der geringen Grundfläche des Wohnhauses von 71,25 m² ausgeschlossen sei, das ganze Grundstück von der Abschmelzung auszunehmen. Bereits der Sachverständige (...) habe die Fl. Nr. 93 bei seiner Bewertung aufgeteilt. Selbst bei großzügiger Betrachtungsweise könne eine Abschmelzung allenfalls für eine Hälfte des 963 m² großen Teilgrundstücks, auf dem sich das Wohnhaus befinde, ausgeschlossen sein.

15 Hinsichtlich des weiteren Vorbringens der Parteien im Berufungsverfahren wird auf die im Berufungsrechtszug gewechselten Schriftsätze und auf die Niederschrift über die mündliche Verhandlung vom 23.05.2022 Bezug genommen.

16 II. Die zulässige Berufung hat in der Sache überwiegend Erfolg. Dem Kläger steht der geltend gemachte und mit der Berufung weiter verfolgte Pflichtteilergänzungsanspruch gemäß §§ 2329, 2325 BGB zu, sodass der Beklagte mangels ausreichenden Nachlasses die Zwangsvollstreckung in die im Tenor bezeichneten Grundstücke zu dulden hat.

17 1. Zwischen den Parteien des Rechtsstreits ist weder die Pflichtteilsberechtigung des Klägers noch die grundsätzliche Einstandspflicht des Beklagten als Erwerber der streitgegenständlichen Grundstücke in Streit. Einzig die Frage, ob eine Abschmelzung gemäß § 2325 Abs. 3 BGB (auch) im Hinblick auf das Grundstück mit Wohnhaus (Fl. Nr. 93) zu erfolgen hat, wird von den Parteien unterschiedlich beurteilt.

18 2. Dem Kläger stehen als pflichtteilsberechtigtem Abkömmling, der den Erblasser gesetzlich beerbt hat, Pflichtteilergänzungsansprüche gemäß § 2325 Abs. 1 BGB zu, weil der Erblasser dem Beklagten eine ausgleichspflichtige Schenkung gemacht hat.

19 a) Allerdings bleibt eine Schenkung gemäß § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB unberücksichtigt, wenn zwischen der Leistung des Schenkungsgegenstandes und dem Eintritt des Erbfalls mehr als zehn Jahre vergangen sind, wobei die Frist grundsätzlich erst mit dem Eintritt des Leistungserfolges (und nicht der Leistungshandlung) zu laufen beginnt (BGH, Urteil vom 17.09.1986, IVa ZR 13/85, NJW 1987, 122; Urteil

vom 19.07.2011, X ZR 140/10, NJW 2011, 3082 f.; Staudinger/*Herzog*, Neub. 2021, § 2325 Rdnr. 160; Burandt/Rojahn/*Horn*, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 2325 Rdnr. 95). Bei einer Grundstücksschenkung tritt dieser Leistungserfolg (erst) mit der Umschreibung des Grundstücks im Grundbuch ein (BGH, Urteil vom 19.07.2011, X ZR 140/10, NJW 2011, 3082 f., 3083).

20 Inwieweit der Beginn der Zehn-Jahres-Frist bei einer Grundstücksschenkung bei vorbehaltenen Nutzungsrechten gehemmt ist, ist umstritten. Während die herrschende Meinung beim vorbehaltenen Nießbrauch davon ausgeht, dass der Fristenlauf des § 2325 Abs. 3 BGB grundsätzlich gehemmt ist, weil der Erblasser den Genuss des verschenkten Gegenstandes nicht entbehren muss (BGH, Urteil vom 27.04.1994, IV ZR 132/93, NJW 1994, 1791; Burandt/Rojahn/*Horn*, Erbrecht, § 2325 Rdnr. 100), ist das beim Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB nur ausnahmsweise der Fall (BGH, Urteil vom 29.06.2016, IV ZR 474/15, ZEV 2016, 445; OLG Karlsruhe, ZEV 2008, 244; *Herrler*, ZEV 2008, 461). Dies wird mit dem Unterschied zwischen einem Nießbrauch als umfassendem Nutzungsrecht und dem (schwächeren) Wohnungsrecht als einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit begründet. Maßgeblich sind hier die Umstände des Einzelfalles, insbesondere, inwieweit der Übergeber die Immobilie im Wesentlichen weiter nutzt, wobei allein auf die rechtlich vereinbarte und nicht auch auf eine mögliche faktische Nutzung abzustellen ist (BGH, Urteil vom 29.06.2016, IV ZR 474/15, ZEV 2016, 445; Staudinger/*Herzog*, a. a. O. Rdnr. 174).

21 b) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze begann im vorliegenden Fall entgegen der Ansicht des LG die Frist des § 2325 Abs. 3 BGB hinsichtlich des Grundstücks Fl. Nr. 93 nicht mit der Eintragung des Beklagten als Eigentümer im Grundbuch zu laufen, vielmehr war die Frist aufgrund des vorbehaltenen Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts bis zum Erbfall gehemmt.

22 aa) Anders als vom LG angenommen, handelte es sich bei der Übereignung der Grundstücke seitens des Erblassers an den Beklagten schon nicht um die Übergabe eines landwirtschaftlichen Betriebes. Denn ausweislich des notariellen Vertrages vom 30.11.2010 (...) war der ursprüngliche landwirtschaftliche Betrieb zum Zeitpunkt der Übergabe schon aufgegeben worden; er wurde vom Erwerber auch nicht wieder aufgenommen. Es ist deshalb angezeigt, die Grundstücke im Hinblick auf den Beginn der Abschmelzungsfrist gemäß § 2325 Abs. 3 BGB einzeln zu betrachten.

23 bb) Entscheidend ist insoweit, dass der Erblasser als bisheriger Eigentümer des verschenkten Grundstücks Fl. Nr. 93 den gesamten Schenkungsgegenstand aufgrund des Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts weiter wie zuvor nutzen durfte und auch genutzt hat.

24 (1) Ausweislich des Übergabevertrags vom 30.11.2010 (...) erstreckte sich das Wohnungsrecht auf „die Räume des bestehenden Bauernhauses“, wobei der Erblasser berechtigt war, diese alleine zu nutzen. Soweit die Räume im Urkundstext sodann beschrieben wurden („nämlich Küche, Bad, WC und Wohnzimmer im Erdgeschoß sowie zwei

Schlafzimmer im Obergeschoß“), ändert dies nichts daran, dass diese Räumlichkeiten nach dem in erster Instanz unbestritten gebliebenen Vortrag des Klägers (...) die gesamte relevante Wohnfläche des Anwesens darstellten.

25 Soweit der Beklagte diesen Vortrag erstmals in seiner Berufungserwidern vom 25.10.2021 (...) bestritten hat, hat er dieses Bestreiten nach dem Hinweis des Senats auf seinen entgegenstehenden erstinstanzlichen Vortrag ausweislich des Schriftsatzes vom 20.04.2022 (...) nicht aufrechterhalten.

26 (2) Damit ist der Entscheidung zugrunde zu legen, dass das Wohnungsrecht letztlich am gesamten Gebäude bestand und der Beklagte als dessen Eigentümer von einer eigenen Nutzung des Gebäudes ausgeschlossen war. Hinsichtlich der sonstigen Gebäude und des Hofes hatte der Erblasser ausweislich der notariellen Urkunde (...) weiterhin ein Mitbenutzungsrecht.

27 Eine Möglichkeit des Beklagten, das Grundstück wirtschaftlich durch Veräußerung oder Verpachtung zu nutzen, bestand damit de facto nicht. Auch eine eigene tatsächliche Nutzung des Grundstücks zu Wohnzwecken durch den Beklagten war ausgeschlossen.

28 Das führt dazu, dass im vorliegenden Fall der Unterschied zwischen dem eingeräumten Wohnungsrecht und einem Nießbrauch, der darüber hinaus zu einer (entgeltlichen) Überlassung der Räume an Dritte berechtigen würde (§ 1030 Abs. 1, § 1059 Satz 2 BGB), tatsächlich so gering ist, dass der Beginn der Frist gemäß § 2325 Abs. 3 BGB gehemmt war. Nur so können im konkreten Fall die Interessen des Pflichtteilsberechtigten, denen besonderes Gewicht bei der Frage zukommt, ob der Fristenlauf gemäß § 2325 Abs. 3 BGB gehemmt ist (BGH, Urteil vom 19.07.2011, X ZR 140/10, NJW 2011, 3082 Rdnr. 18), angemessen berücksichtigt werden. Diesen Interessen würde es aber widersprechen, den Eigentümerwechsel bei ansonsten unveränderter und auch unangefochtener Nutzung des Grundstücks durch den Erblasser bei gleichzeitig tatsächlich nicht bestehender Nutzungsmöglichkeit des Erwerbers für einen Fristbeginn als ausreichend anzusehen. Der vom Gesetzgeber beabsichtigte und von der Rechtsprechung anerkannte Schutz vor „böswilligen Schenkungen“ (BGH, Urteil vom 27.04.1994, IV ZR 132/93, NJW 1994, 1791) liefe andernfalls leer.

29 (3) Schließlich unterscheidet sich der hier vorliegende Einzelfall auch maßgeblich von dem der Entscheidung des BGH vom 29.06.2016 (IV ZR 474/15, ZEV 2016, 445) zugrunde liegenden Sachverhalt. Denn dort hatte der Erblasser nach der Übertragung des Gegenstandes unter gleichzeitigem Vorbehalt des dinglichen Wohnungsrechts eine deutliche Einschränkung seiner rechtlichen und wirtschaftlichen Stellung hinnehmen müssen, da er sich das Wohnungsrecht bei einem dreistöckigen Haus nur an einer Etage und dem Garten vorbehalten hatte, sodass der neue Eigentümer sowohl rechtlich als auch tatsächlich nach dem Eigentümerwechsel umfangreiche Nutzungsmöglichkeiten hatte. Auch in dem vom OLG Karlsruhe (a. a. O.) entschiedenen Fall erstreckte sich das Wohnungsrecht lediglich auf eine

der im Gebäude befindlichen Wohnungen, sodass die Fälle von vornherein nicht vergleichbar sind.

30 c) Die Abschmelzungsfrist ist auch nicht anteilig nur hinsichtlich der auf das Gebäude entfallenden Fläche oder einen „Umgriff“, sondern bezüglich des gesamten Grundstücks Fl. Nr. 93 gehemmt. Denn auch insoweit blieb der Erblasser nach der Umschreibung im Grundbuch „Herr im Haus“.

31 Kann der Übergeber auch nach der Übertragung des Eigentums an dem Gebäude dieses aufgrund eines umfassenden Wohnungsrechts unter Ausschluss des neuen Eigentümers nutzen, ist der Fristenlauf insgesamt, also bezüglich des gesamten Grundstücks gehemmt, denn in einem solchen Fall verzichtet der Erblasser gerade nicht darauf, den Gegenstand (im Sinne des gesamten Grundstücks) im Wesentlichen weiterhin selbst zu nutzen (BGH, Urteil vom 29.06.2016, IV ZR 474/15, ZEV 2016, 445; Urteil vom 27.04.1994, IV ZR 132/93, NJW 1994, 1791).

32 Der Senat teilt den in dieser Rechtsprechung zum Ausdruck kommenden „ganz oder gar nicht-Ansatz“ des BGH, wonach das vorbehaltene Wohnungsrecht an einzelnen Räumen den Fristbeginn gemäß § 2325 Abs. 3 BGB grundsätzlich nicht, also auch nicht teilweise, wohl aber in Ausnahmefällen, dann aber umfassend hindert.

33 An dieser Beurteilung ändert auch der Umstand nichts, dass der vorgerichtlich tätige Sachverständige (...) bei der Ermittlung des Grundstückwertes von einer Teilung des fraglichen Grundstücks Fl. Nr. 93 ausgegangen ist (...). Denn dies ist ausweislich des Gutachtens ausschließlich zu Bewertungszwecken im Hinblick auf § 34 BauGB bzw. das Leibgeding erfolgt. Angesichts des Umstandes, dass sich der Erblasser in Bezug auf das ungeteilte Grundstück sowohl das Recht zur Gartennutzung als auch das Aufenthaltsrecht im gesamten Betriebsbereich (und damit letztlich auf dem gesamten Grundstück) vorbehalten hatte, hätte die vom Sachverständigen für die Bewertung angenommene Bebaubarkeit eine Teilung des Grundstücks erforderlich gemacht. Eine solche aber ist gerade nicht erfolgt. Ob aus dem genannten Grund der Wert des Grundstücks tatsächlich niedriger anzusetzen gewesen wäre, ist für die Entscheidung des Senats ohne Belang, da das Erstgericht den Wert des Grundstücks insoweit für den Senat bindend festgestellt hat.

34 3. Der Pflichtteilsergänzungsanspruch des Klägers berechnet sich damit aus dem nicht abgeschmolzenen Wert des Grundstücks Fl. Nr. 93, im Übrigen unter Ansatz der zwischen den Parteien unstreitigen bzw. von der Berufung nicht angegriffenen Positionen des LG. Gemäß § 2329 BGB hat der Beklagte, da der Wert des Nachlasses insoweit nicht ausreicht, die Zwangsvollstreckung zu dulden und zwar in folgender Höhe:

Einzelpositionen	Berechnung	Ausgangswerte
Verkehrswert Fl. Nr. 119/3, 579, 618, 974		162.000 €
40 % von 162.000 €	64.800 €	
Verkehrswert Fl. Nr. 93	493.000 €	
abzüglich fiktive Betriebsaufgabesteuer	- 80.932 €	
Zwischensumme	476.868 €	
nach Indexierung 7,8 %	514.063,70 €	
zuzüglich Schenkung an den Kläger		5.522,50 €
indexiert 40,8 %	7.775,68 €	
tatsächlicher Nachlass	9.535,95 €	
Nachlass insgesamt	531.375,33 €	
abzüglich Kosten Steuerberater	- 3.355 €	
bereinigter Nachlass	528.020,33 €	
davon Pflichtteil 1/6	88.003,39 €	
abzüglich indexierte Schenkung an Kläger	- 7.775,68 €	
abzüglich an Kläger ausgesetzter Erbteil	- 3.178 €	
Pflichtteilergänzungsanspruch	77.049,71 €	
Erledigterklärung	- 32.186 €	
Erledigterklärung	- 1.589 €	
Verbleibender Anspruch	43.274,71 €	

(...)

ANMERKUNG:Von Notar Dr. **Stefan Bandel**, Passau

Die Entscheidung des OLG München betrifft mit dem Pflichtteilergänzungsanspruch eines der größten Gestaltungsprobleme notarieller Tätigkeit. Kern ist die Frage, ob für eine Leistung die Abschmelzungsfrist des § 2325 Abs. 3 BGB zu laufen beginnt oder nicht, wenn sich der Veräußerer Nutzungsrechte vorbehält. Die Entscheidung liefert einen weiteren Mosaikstein, ohne dass hierdurch ein vollständigeres und klareres Bild entsteht. Vielmehr bedeutet die von der Rechtsprechung stets betonte Maßgeblichkeit der Umstände des Einzelfalles, dass es kaum sichere Gestaltungsgrenzen gibt.

1. Entschiedener Sachverhalt

Der Erblasser überträgt dem Beklagten fünf Flurstücke. Eines davon, das 1.763 m² groß ist, ist auf einer Grundfläche von 71,25 m² mit einem Wohnhaus bebaut. An diesem behält sich der Erblasser ein lebenslanges Wohnungs-

recht vor, das ihn berechtigt, „die Räume des bestehenden Bauernhauses alleine zu benützen“ und sonstige Gebäude und Flächen des Grundstücks mit zu benutzen. In der Folgezeit nutzt er Haus und Grundstück bis zu seinem Tod gut sieben Jahre lang wie zuvor. Nach dem Tod des Erblassers verlangen die pflichtteilsberechtigten Kläger (= Brüder) vom Erwerber die volle Pflichtteilsergänzung für das gesamte Grundstück, während der Erwerber geltend macht, dass dieser Anspruch nur einen Grundstücksteil betreffe und/oder für sieben Jahre bereits abgeschmolzen sei.

2. Maßgebliche Rechtsprechung

§ 2325 BGB und insbesondere dessen Abs. 3 sind Rechtsgrundlage des Problems. Die eigentlichen Vorgaben liefert aber die obergerichtliche Rechtsprechung zur Auslegung dieser Vorschrift, die vor 28 Jahren mit einer Entscheidung des BGH¹ ihren Lauf nahm und im Jahr 2016 durch dessen zweite Entscheidung² etwas konkretisiert wurde. In der Literatur sind beide Entscheidungen umstritten³ und Folgeentscheidungen von OLGs⁴ ergeben kein klares Bild. Nach der zweiten Entscheidung des BGH ist die hier besprochene nun die zweite nachfolgende eines OLG. Allen drei Entscheidungen ist gemein, dass ein vorbehaltenes Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB Teil des Streitgegenstands war. Ausgangsfrage ist jeweils, ob trotz des vorbehaltenen Rechts der Lauf der Zehn-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB beginnt, das verschenkte Objekt also durch Zeitablauf aus der Grundlage des Pflichtteilsanspruchs in zehn Jahresschritten herausfällt.

Im Grundlagenfall aus dem Jahr 1994 hatte der BGH entschieden, dass die Frist nur beginnt, „wenn der Erblasser nicht nur seine Rechtsstellung als Eigentümer endgültig aufgibt, sondern auch darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand – sei es aufgrund vorbehaltenen dinglicher Rechte oder durch Vereinbarung schuldrechtlicher Ansprüche – im Wesentlichen weiterhin zu nutzen“. Voraussetzung ist demnach die Aufgabe des Genusses („Genussverzicht“) des Leistungsgegenstands. Diese Voraussetzung war im Entscheidungsfall nicht erfüllt, da sich der Veräußerer einen Nießbrauch am Leistungsgegenstand vorbehalten hatte.

Im Folgefall nahm er hingegen den Beginn der Frist ab Eigentumsumschreibung bei einem Wohnungsrecht an. Dieses berechtigte den Veräußerer nur zur alleinigen und ausschließlichen Nutzung einer von drei Etagen sowie zur Mitbenutzung des Grundstücks. Die Entscheidung brachte keine neuen Kriterien, sondern arbeitete nur heraus,

1 BGH, Urteil vom 27.04.1994, IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395.

2 BGH, Urteil vom 29.06.2016, IV ZR 474/15, BGHZ 211, 38 = DNotZ 2016, 805 = ErbR 2016, 570 m. Anm. *Gockel* = Mitt-BayNot 2017, 408 m. Anm. *Bernauer*.

3 Sehr kritisch z. B. mit guten Gründen MünchKomm-BGB/*Lange*, 9. Aufl. 2022, § 2325 Rdnr. 79.

4 Zu insgesamt acht Entscheidungen mit Wohnungsrecht vorbehalten vor der zweiten Entscheidung des BGH ausführlich *Gehse*, RNotZ 2009, 361.

dass die vorbehaltenene Nutzung im Entscheidungsfall nicht wesentlich genug war, um den Nichtbeginn der Frist zu rechtfertigen. Letztlich enthält dieser entschiedene Einzelfall immerhin die Aussagen, dass eine neben dem vorbehaltenen Recht stattfindende rein faktische Nutzung weiterer Räumlichkeiten rechtlich unerheblich ist. Entscheidend war „zudem, dass den Eltern jedenfalls kein weitgehend alleiniges Nutzungsrecht unter Ausschluss des übernehmenden B am Grundstück mehr zustand“.

Da der BGH allerdings auch die fehlende Übertragbarkeit (konkret: das fehlende Recht des Wohnungsberechtigten zu vermieten) und die Gefährdung des Wohnungsrechts durch einen dem Eigentümer gewährten Rangvorbehalt als weitere Gesichtspunkte aufgeführt hat, weshalb im konkreten Fall die vorbehaltenene Nutzung nicht wesentlich genug war, bietet die Entscheidung leider nur wenig klare Gestaltungsgrenzen.⁵

Einen kleinen Schritt weiter ging das OLG Zweibrücken,⁶ das den Vorbehalt eines Wohnungsrechts im Erdgeschoss sowie das Mitbenützungsrecht an gemeinschaftlichen Anlagen und Einrichtungen, d. h. von ca. 50 % der Gesamtnutzung, nebst eines in der Praxis üblichen, durch Vormerkung gesicherten Rükckerwerbsrechts als nicht wesentlich genug bewertete.

3. Die Entscheidung des OLG München

Das Besondere an der Entscheidung des OLG München ist, dass es bei ihr weniger auf den Nutzungsvorbehalt ankam, als vielmehr darauf, was Gegenstand der Leistung war, auf die sich der Nutzungsvorbehalt bezog.

Die Vorinstanz hatte angenommen, Leistungsgegenstand sei ein (ruhender) landwirtschaftlicher Betrieb. Im Verhältnis zu diesem war die vorbehaltenene Nutzung nicht wesentlich genug, weshalb die Zehn-Jahres-Frist zu laufen begann. Nicht so das OLG, das mit folgender Begründung in Rdnr. 22 zum Einzelgrundstück als Leistungsgegenstand kam:

„Denn ausweislich des notariellen Vertrages vom 30.11.2010 (K 1) war der ursprüngliche landwirtschaftliche Betrieb zum Zeitpunkt der Übergabe schon aufgegeben worden; er wurde vom Erwerber auch nicht wieder aufgenommen. Es ist deshalb angezeigt, die Grundstücke im Hinblick auf den Beginn der Abschmelzungsfrist gemäß § 2325 Abs. 3 BGB einzeln zu betrachten.“

Was kann man daraus nun lernen? Von beiden Instanzen wie auch den streitenden Parteien wurde nicht infrage gestellt, dass die mitüberlassenen, weiteren Grundstücke nicht von der vorbehaltenenen Nutzung betroffen waren und somit für diese die Zehn-Jahres-Frist zu laufen begann. Ein Schritt in Richtung einer gespaltenen Zehn-Jahres-

Frist⁷ für einen einzelnen Leistungsgegenstand ist dies aber sicher nicht, vielmehr lehnt das OLG München diese Forderung des Beklagten explizit ab.

Auch das OLG München scheint es für möglich zu halten, dass mehrere Grundstücke im Rechtssinn einen einheitlichen Leistungsgegenstand bedeuten können, wenn es sich dabei um einen landwirtschaftlichen Betrieb handelt, sagt dies aber nicht positiv aus und formuliert erst recht keine Kriterien, die hierfür erfüllt sein müssen. Jedenfalls muss die Landwirtschaft wohl aktiv betrieben werden/ worden sein, vielleicht reicht auch eine Wiederaufnahme durch den Erwerber. § 2312 BGB kommt einem in den Sinn, aber warum sollte die Privilegierung des Landguts bei der Ermittlung des Nachlasswertes eine weitere Privilegierung bei der Frage der Zehn-Jahres-Frist begründen? Auch sind gerade im Bereich der Landwirtschaft die Sachverhalte vielgestaltig, die Austragswohnung kann Teil eines Gebäudes, ein ganzes Austragshaus oder auch ein separates Grundstück mit Austragshaus sein. Manchmal gehören zum Hofgrundstück große landwirtschaftliche Flächen, manchmal auch Bauplätze. Kommt es darauf dann wirklich an?

Das von *Weidlich* aufgezeigte Dilemma, dass von einer geschickten oder weniger geschickten Definition des Leistungsgegenstands der vollständige Erhalt oder Verlust des Pflichtteilergänzungsanspruchs abhängt,⁸ wird auch hier wieder deutlich, anders als bei der Entscheidung des OLG Zweibrücken nun aber mit dem gegenteiligen Ergebnis, dass die Zehn-Jahres-Frist nicht zu laufen beginnt.

Die Maßgeblichkeit der Umstände des Einzelfalles verhindert auch präzise Kriterien für die Definition des Leistungsgegenstands. Solche sind allerdings abstrakt auch kaum zu leisten. Dort, wo ein Objekt gestaltbar (teilbar) ist, dürfte die Tendenz dahin gehen, dass ein Grundstück im Rechtssinne in der Regel einen eigenen Leistungsgegenstand bildet, ob auch ein nur katasterrechtlich eigenständiges Flurstück dem gleich steht, erscheint offen, wäre aus meiner Sicht aber zu bejahen, da in Bezug auf Nachlasswert und Pflichtteil kein qualitativer Unterschied besteht. Die bloße Teilbarkeit hingegen lässt die Gesamtheit des Leistungsgegenstands in der Regel unberührt. Die Entscheidungen zum Sachverhalt des OLG zeigen an, dass wirtschaftliche Zuordnungen den Leistungsgegenstand erweitern können (landwirtschaftlicher Betrieb statt Grundstück), selbst wenn das OLG in diesem Einzelfall den Weg nicht gegangen ist. Auch die Einschränkung des Leistungsgegenstands aufgrund wirtschaftlich zu trennender Teile (Wohnhaus und Betrieb stehen auf einem Grundstück, am gesamten Wohnhaus wird ein Wohnungsrecht vorbehalten), scheint nicht ausgeschlossen. Insofern ist die Entscheidung kein Beitrag zur Klarheit, sondern zeigt eher auf, wie offen die Beurteilung von

5 Nach MünchKomm-BGB/Lange, § 2325 Rdnr. 79, verfehlt der BGH das Ziel, Rechtsklarheit zu schaffen.

6 Urteil vom 01.09.2020, 5 U 50/19, MittBayNot 2021, 493, 494 f. m. Anm. *Weidlich*.

7 Dafür z. B. *N. Mayer* ZEV 1994, 325, 329; *Weidlich*, MittBayNot 2021, 493, 497; dagegen *Weber*, ZEV 2017, 252, 254.

8 *Weidlich*, MittBayNot 2021, 493, 497.

Sachverhalten mit einem teilbaren Leistungsgegenstand ist.

Sieht man über diese Schwäche hinweg, gibt es nun eine OLG-Entscheidung mehr, die aussagt, dass ein Wohnungsrecht, das (im Wesentlichen) alle Wohnräume eines Objekts umfasst, den Lauf der Zehn-Jahres-Frist hindert, und zwar, und darin liegt nun wieder eine Ausweitung, in Bezug auf ein großes Grundstück, auch wenn das Gebäude nur einen verhältnismäßig kleinen Teil dieses Grundstücks beansprucht.

Auch hier bleibt offen, ob mit geschickterer Gestaltung das Ergebnis auf einen kleineren Grundstücksteil, zum Beispiel einen Umgriff von 500 m² hätte begrenzt werden können. Das Recht, über das entschieden wurde, war insoweit in üblicher Weise umfassend formuliert:

„(...) sowie ein Mitbenutzungsrecht bezüglich der sonstigen Gebäude und Flächen des Grundstücks Fl. Nr. 93.“

Hätte man eine Teilfläche von zum Beispiel 1.200 m² herausgemessen und abgeteilt und nur die Restfläche belastet, wäre die Zehn-Jahres-Frist für die 1.200 m² wohl angelaufen. Hätte es stattdessen auch genügt, den Ausübungsbereich der Mitbenutzung auf 500 m² zu begrenzen, zum Beispiel durch Kennzeichnung der Mitbenutzungsfläche in einem Lageplan?

Die Gerichte mögen dies von Fall zu Fall entscheiden, doch was soll der Notar raten? Rät er zur Reduzierung des Leistungsgegenstands, ermöglicht er die Pflichtteilsfreiheit des nicht vom Nutzungsvorbehalt betroffenen weiteren Leistungsgegenstands, rät er hingegen zur Reduzierung des Nutzungsvorbehalts an einem möglichst umfangreichen Leistungsgegenstand, kann dies zu einem Lauf der Zehn-Jahres-Frist für die gesamte Leistung und damit ggf. zu einer vollständigen Pflichtteilsfreiheit führen, sieht die Rechtsprechung diesen Einzelfall hingegen anders, läuft gar keine Zehn-Jahres-Frist. In diesem Fall könnte dann ein möglichst umfassendes Nutzungsrecht vorteilhaft sein, weil es die Chance begründet, den Wert der Schenkung und damit die Höhe des Pflichtteilsergänzungsanspruchs erheblich zu mindern.⁹ Der Notar kann alle diese Optionen aufzeigen, nicht aber deren Erfolg im Einzelfall versprechen und wird stattdessen einen Belehrungshinweis formulieren, der infrage stellt, ob die formulierte Lösung erfolgreich sein wird.

4. Fazit

Das OLG München entscheidet einen weiteren Einzelfall zum Anlauf der Zehn-Jahres-Frist des § 2325 Abs. 3 BGB in vertretbarer und nicht überraschender Weise. Für den Gestalter bleiben folgende Erkenntnisse:

- a) Ein umfassender Nutzungsvorbehalt für den Veräußerer lässt die Zehn-Jahres-Frist nicht beginnen.

- b) Ein Wohnungsrecht, das an allen relevanten Räumen des verschenkten Hauses besteht, ist ein solcher umfassender Nutzungsvorbehalt. Die Tatsache, dass das Recht nach seinem gesetzlichen Inhalt keinem Dritten überlassen werden kann, ändert aus Sicht der Rechtsprechung nichts an dieser Wertung.¹⁰ Auch wenn das Haus nur einen kleineren Teil des Grundstücks erfasst, läuft die Zehn-Jahres-Frist für das gesamte Grundstück jedenfalls dann nicht, wenn dem Wohnungsberechtigten insoweit ein Mitbenutzungsrecht vorbehalten ist.
- c) Bei einem Grundstück mit Nutzungsvorbehalt läuft die Zehn-Jahres-Frist in der Regel ganz oder gar nicht, eine Aufteilung nach genutzten und ungenutzten Bereichen findet bisher nicht statt.
- d) Wem daran liegt, die Zehn-Jahres-Frist halbwegs sicher zum Laufen zu bringen, sollte den Inhalt eines Wohnungsrecht auf maximal 50 % der relevanten Räume beschränken.¹¹

10 So schon OLG München, Urteil vom 14.07.2016, 23 U 363/16, MittBayNot 2017, 411.

11 Großzügiger *Gockel*, ErbR 2016, 570, 575 und *Weidlich*, MittBayNot 2021, 493, 497, ohne jedoch eine höhere Grenze zu nennen, was man als Gestalter auch nicht verbindlich tun kann. In der Entscheidung des BGH umfasste das Wohnungsrecht nur eine von drei Etagen, bei der Entscheidung des OLG Zweibrücken blieb eine von zwei Wohnungen dem Eigentümer; zu Problemen solcher Grenzen im Detail *Gehse*, RNotZ 2009, 361, 368.

12. Kein Interessengegensatz bei Stellung als Miterbe, gesetzlicher Vertreter und Testamentsvollstrecker in Personalunion

OLG München, Beschluss vom 03.06.2022, 2 WF 232/22 e
BGB § 1909 Abs. 1 a. F. (§ 1809 Abs. 1 n. F.), § 1638 Abs. 1 a. F. (§ 1638 Abs. 1 n. F.), § 1629 Abs. 2 Satz 1 a. F. (§ 1629 Abs. 2 Satz 1 n. F.), § 1795 Abs. 2 a. F. (§ 1824 Abs. 2 n. F.), §§ 181, 1629 Abs. 2 Satz 3 a. F. (§ 1629 Abs. 2 Satz 3 n. F.), § 1796 Abs. 2 a. F. (§ 1789 Abs. 2 Satz 4 n. F.)

LEITSÄTZE:

1. § 1796 BGB setzt – anders als § 1795 BGB – einen sich aus dem Einzelfall ergebenden Interessenwiderstreit voraus. Ein „typischer“ Interessengegensatz wird im Regelfall die Annahme rechtfertigen, dass es auch im Einzelfall zu Konfliktsituationen kommen kann, denen durch die Bestellung eines Pflegers rechtzeitig vorgebeugt werden soll. Diese Risikogeneigtheit eines „typischen“ Interessengegensatzes führt indes nicht zwangsläufig zur Anordnung einer Pflegschaft. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Im Rahmen tatrichterlicher Verantwortung ist nach einer Abwägung aller Umstände zu entscheiden, ob

9 Siehe hierzu nur BeckOK-BGB/Müller-Engels Stand: 01.08.2022, § 2325 Rdnr. 40–43.

eine vorbeugende Pflegschaftsanordnung geboten oder ein Zuwarten – auch im wohlverstandenen Interesse des Vertretenen – ratsam erscheint. Letzteres mag sich anbieten, wenn ein minderjähriger Erbe von seinem zugleich zum Testamentsvollstrecker berufenen Elternteil gesetzlich vertreten wird und wenn aufgrund der bisherigen Erfahrungen und des engen persönlichen Verhältnisses der Beteiligten keinerlei Anlass zu der Annahme besteht, der Vertreter werde – unbeschadet seiner eigenen Interessen – die Belange des Vertretenen nicht im gebotenen Maße wahren und fördern. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin wenden sich gegen einen Beschluss des AG Weilheim vom 11.11.2021, mit dem die mit Beschluss vom 25.05.2021 angeordnete Pflegschaft für ihre Kinder B M, geboren am (...) 2008, und T M, geboren am (...) 2009, aufgehoben wurde.

2 Die Antragstellerin ist die Mutter von B und T M. Die Eheleute M verzogen berufsbedingt durch die Arbeitsstelle des Ehemannes, H M, vor etwa sieben Jahren nach Kanada. Im Jahr 2020 trennte sich die Antragstellerin von ihrem Ehemann und zog zurück nach Österreich. Die Eheleute haben für ihre beiden Söhne das gemeinsame Sorgerecht.

3 Aufgrund notariellen Testaments wurden die beiden Söhne gemeinsam mit ihrem Vater H Erben nach dem Tod des Großvaters väterlicherseits. In der Erbmasse befand sich unter anderem das Anwesen (...) S, vorgetragen im Grundbuch von A, Blatt (...) 99. Zum Testamentsvollstrecker wurde testamentarisch der Vater von B und T, H M, eingesetzt.

4 Im August 2020 veräußerte H M als Testamentsvollstrecker die in der Erbmasse befindlichen Grundstücke.

5 Mit Schriftsatz vom 20.01.2021 beantragte die Antragstellerin, für die Kinder einen Vermögenspfleger nach § 1773 Abs. 1 BGB einzusetzen, da der Vater und Miterbe von B und T, H M, nicht die für die Vermögenssorge geeignete Person sei. Es müsse sichergestellt werden, dass der Verkaufserlös für die Grundstücke, der sich in einer Größenordnung von mindestens 2,2 Millionen € bewege, mündelsicher angelegt werde. Hierfür sei H M nicht die geeignete Person.

6 Die Antragstellerin trägt vor, der Kindesvater sei im vorliegenden Fall von der Vertretung der Kinder ausgeschlossen, da er sich aufgrund seiner Stellung als Miterbe und Testamentsvollstrecker einerseits und Vater und gesetzlicher Vertreter der Kinder andererseits in einer Konfliktsituation befinde. Da ein tatsächlich bestehender Interessenswiderstreit vorliege, müsse gemäß § 1629 BGB ein Ergänzungspfleger bestellt werden. Das in Deutschland gelegene Vermögen sei durch den Vater und Testamentsvollstrecker vollständig verkauft und der Verkaufserlös nach Kanada transferiert worden. Damit sei das Vermögen jeglicher Überwachung entzogen. Es sei zu prüfen, ob der Verkauf der Liegenschaften im Sinne der vertretenen minderjährigen Kinder und auch der vereinbarte Kaufpreis angemessenen gewesen seien. Ferner sei zu prüfen, ob es wirtschaftlich sinnvoll gewesen ist, das Gut, das als landwirt-

schaftlicher Betrieb in Betracht komme, zu verkaufen, oder ob man eine Betriebsnachfolge durch die minderjährigen Kinder in Erwägung hätte ziehen müssen.

7 H M habe sich als Testamentsvollstrecker bei der Erfüllung von geltend gemachten Pflichtteilsansprüchen seiner Schwester nicht kooperativ gezeigt, sondern noch nicht einmal Auskunft über das Erbe erteilt. Dies zeige, dass die Gefahr bestehe, dass der Vater als Testamentsvollstrecker nicht in der gebotenen Weise mit dem Erbe der Söhne verfare. Schließlich habe H M der Antragstellerin den ihr zustehenden Unterhalt in Höhe von 900 kanadischen Dollar pro Monat nicht bezahlt, was einmal mehr zeige, dass dieser nicht bereit ist, ihm auferlegte Verpflichtungen zu erfüllen. Es bestehe die konkrete Gefahr, dass er auch im Hinblick auf die Vermögenssorge für seine Kinder falsche Entscheidungen treffe und das Vermögen veruntreue. Zwar sei die Mutter durch die angeordnete Testamentsvollstreckung zunächst von der Verwaltungsbefugnis über das Vermögen der Kinder ausgeschlossen, dem Erblasser sei allerdings nicht daran gelegen gewesen, sie endgültig auszuschließen. In diesem Sinne sei sie als Ersatztestamentsvollstreckerin benannt worden. Aus Sicht der Antragstellerin und aus ihren Erfahrungen mit H M bestehe die Gefahr, dass der Verkaufserlös letztendlich nicht den Kindern zugutekomme, sondern dass der Vater diesen für sich vereinnahme. Aus diesem Grund sei eine Ergänzungspflegschaft gemäß § 1909 BGB anzuordnen.

8 Mit Beschluss vom 25.05.2021 ordnete das AG Weilheim im Wege der einstweiligen Anordnung die Pflegschaft für B M und T M an. Als Pfleger wurde Rechtsanwalt S ausgewählt.

9 Das AG begründete den Beschluss damit, dass gemäß § 1909 Abs. 1 BGB die Pflegschaft anzuordnen war, da der Kindsvater von der Vertretung der Kinder nach § 1629 Abs. 2, § 1796 Abs. 1 BGB auszuschließen sei. Der Antragsgegner sei gesetzlicher Vertreter und zugleich Testamentsvollstrecker. Dies allein genüge zwar noch nicht für die Annahme einer Interessenskollision. Es sei im Einzelfall zu prüfen, ob und wann ein erheblicher Gegensatz im Sinne des § 1796 BGB bestehe. Im vorliegenden Fall sei der Testamentsvollstrecker zugleich auch Miterbe und bildet damit zusammen mit den Kindern eine Erbengemeinschaft. Es sei vorgetragen, dass der Kindsvater seinen Auskunftspflichten nicht ausreichend nachgekommen sei und die Gefahr bestehe, dass den Kindern der ihnen zustehende Erbeil nicht entsprechend der testamentarischen Anordnung ausgezahlt und übertragen werde. Es sei eine Interessenskollision gegeben bzw. es lasse sich eine solche nicht ausschließen. Aufgrund des Auslandsbezuges und der Eilbedürftigkeit erging die Entscheidung ohne vorherige Anhörung des Antragsgegners.

10 Am 20.10.2021 erstattete der eingesetzte Ergänzungspfleger, Rechtsanwalt S, seinen Bericht und teilte mit, er sehe keine Anhaltspunkte für Pflichtverletzungen des Testamentsvollstreckers zum Nachteil der minderjährigen Kinder. Die Grundstücke seien nicht unter Wert veräußert worden. Wegen seines weiteren Vortrags wird auf (...) Bezug genommen.

11 Mit Beschluss vom 11.11.2021 hob das AG Weilheim die angeordnete Pflegschaft auf, da der Grund für die Anordnung weggefallen sei. Es sei keine Pflichtverletzung des Testamentsvollstreckers H M ersichtlich. Die im Nachlass befindlichen Grundstücke seien zu einem angemessenen Kaufpreis veräußert worden. Es sei nicht zu erkennen, dass der Testamentsvollstrecker Pflichtverletzungen begangen hätte, die das Erbe der Pfleglinge beeinträchtigen würden.

12 Mit ihrer Beschwerde vom 30.11.2021, eingegangen bei dem AG Weilheim am 01.12.2021, wendet sich die Antragstellerin gegen den ihr am 23.11.2021 zugestellten Beschluss vom 11.11.2021 mit folgender Begründung:

13 Die angeordnete Pflegschaft sei zu Recht angeordnet worden und habe anzudauern, da die Vermögenssorge für die minderjährigen Kinder nicht gesichert sei und durch den Vater nicht ordnungsgemäß ausgeübt werde. Es seien keinerlei Nachweise dafür erbracht, dass der Erlös aus der Grundstücksveräußerung tatsächlich den Kindern zugutekomme bzw. für diese treuhänderisch angelegt werde. Der Vater als Testamentsvollstrecker und gleichzeitig Miterbe unterliege hierbei einer Interessenskollision, sodass bereits aus diesem Grunde eine Pflegschaft im Sinne einer Vermögenssorge erforderlich sei. Die Aussagen des eingesetzten Ergänzungspflegers seien unzureichend. Insbesondere habe der Ergänzungspfleger ohne weitere Nachweise und ohne Vorlage des Kaufvertrages für die Immobilien festgestellt, dass der Kaufpreis angemessen erscheine. Es sei nicht ersichtlich, ob der Kaufpreis für die Grundstücke auf ein Konto des Vaters bei der Kreissparkasse M geflossen sei. Auch hier lägen keine Belege vor. Für die telefonisch bestätigte Aussage einer Mitarbeiterin der Bank, ein Konto des Erblassers sei aufgelöst worden, sei kein schriftlicher Nachweis vorhanden. Auch seien die minderjährigen Kinder Pflichtteilsansprüchen ihrer Tante ausgesetzt, die bereits geltend gemacht worden seien. Vor diesem Hintergrund sei die Anordnung einer Pflegschaft erforderlich. Auch sei für die Kinder noch keine Anzeige eines Erwerbs von Todes wegen abgegeben worden. Es sei davon auszugehen, dass der Vater seine steuerlichen Pflichten für die Kinder noch nicht erfüllt habe, sodass auch aus diesem Grund eine Pflegschaft angezeigt sei. Insgesamt seien die durch das Gericht und den Ergänzungspfleger durchgeführten Ermittlungen fehlerhaft, dürftig und nicht vollständig. Die wenigen vorliegenden Nachweise würden die Aufhebung der Dauerpflegschaft nicht rechtfertigen.

14 Mit Schreiben vom 26.04.2022 berichtete der Ergänzungspfleger S und stellte fest, dass nach seinen Ermittlungen nicht festzustellen sei, dass der Testamentsvollstrecker die minderjährigen Kinder beeinträchtigende Pflichtverletzungen begangen habe. Wegen des weiteren Vortrags wird auf (...) Bezug genommen.

15 Mit Stellungnahme vom 17.05.2022 wendet sich die Antragstellerin gegen den Bericht des Ergänzungspflegers. Dieser habe nur unzureichend nachgeforscht. So sei ungeklärt, auf welches Konto der Kaufpreis für das Grundstück in A geflossen sei und was mit dem Geld weiter geschehen sei. Das Gericht möge hierzu Nachforschungen anstellen. Auch bestehe Aufklärungsbedarf bezüglich einer Auskunft

der Sparkasse zu einem Konto, auf das die Kaufpreise für verkaufte Waldgrundstücke geflossen sein sollen. Die angeordnete Testamentsvollstreckung schließe die Mutter nicht von der Vermögensverwaltung für die Kinder aus. Diese werde ihr aber vom Kindsvater nicht gewährt, so dass ein Ergänzungspfleger zu bestellen sei.

16 II. Die gemäß §§ 59 ff. FamFG zulässige Beschwerde der Antragstellerin ist unbegründet und deshalb zurückzuweisen.

17 1. Die Entscheidung ergeht gemäß § 68 Abs. 3 Satz 2 FamFG ohne weitere Anhörung und mündliche Verhandlung, da das AG alle zur Entscheidung erforderlichen Verfahrenshandlungen vorgenommen hat, und durch eine Wiederholung kein Erkenntnisgewinn zu erwarten ist.

18 Bei Ablehnung der Anordnung der Pflegschaft oder ihrer Aufhebung bestimmt sich die Beschwerdebefugnis nach § 59 FamFG (BeckOK-BGB/*Bettin*, Stand: 01.02.2022, § 1909 Rdnr. 17). Die Beschwerdeführerin ist als mitsorgerechtmäßige Mutter der betroffenen Kinder beschwerdebefugt.

19 2. Die Voraussetzungen für eine Ergänzungspflegschaft nach § 1909 BGB liegen nicht vor, da jedenfalls der Vater der Kinder B und T an der Vermögenssorge für die Minderjährigen nicht gehindert ist. Das Gesetz sieht die Eltern als die natürlichen Verwalter der Vermögensinteressen ihrer minderjährigen Kinder an. Die Bestellung eines Ergänzungspflegers allein zur Prüfung, ob der gesetzliche Vertreter die Rechte des Kindes pflichtgemäß wahrnimmt oder ob es etwa im Interesse des Kindes nötig sein könne, gegen ihn vorzugehen, findet im Gesetz keine Stütze. Vielmehr muss ein Interessenwiderstreit im konkreten Fall auftreten und die Befürchtung rechtfertigen, der Vertreter könnte aus Eigennutz die von ihm wahrzunehmenden Belange des Kindes vernachlässigen.

20 Der Umstand, dass der gesetzliche Vertreter in einer Person auch die Aufgaben als Testamentsvollstrecker über den vom Minderjährigen ererbten Nachlass wahrnimmt bzw. als Miterbe in einer Erbengemeinschaft mit seinen Kindern ist, erfordert ohne konkreten Anlass nicht die Anordnung einer Ergänzungspflegschaft. Eine konkrete Konfliktlage oder ein Interessengegensatz im Einzelfall und eine sich daraus ergebende Gefährdung der Vermögensinteressen der Kinder B und T ist nicht aufgezeigt worden. Der Senat geht deshalb davon aus, dass der Vater der minderjährigen Kinder bei der Ausübung seiner Ämter und bei der Wahrnehmung seiner Rechte und Ansprüche aus der Erbengemeinschaft zugleich im Interesse seiner Söhne handelt.

21 2.1. Nach § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB erhält, wer unter elterlicher Sorge steht, für Angelegenheiten, an denen die Eltern verhindert sind, einen Pfleger. Nach Satz 2 dieser Vorschrift erhält er zur Verwaltung des Vermögens, das er von Todes wegen erwirbt, insbesondere dann einen Pfleger, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung bestimmt hat, dass die Eltern das Vermögen nicht verwalten sollen. Die Voraussetzungen des § 1909 Abs. 1 Satz 2 BGB sind hier nicht erfüllt. Eine entsprechende letztwillige Verfügung durch den Großvater der Kinder steht hier nicht im Raume.



22 2.2. Es erscheint schon fraglich, ob überhaupt grundsätzlich die Voraussetzungen für die Bestellung eines Ergänzungspflegers vorliegen würden, wenn der Vater von der elterlichen Sorge in diesem Bereich ausgeschlossen wäre, nachdem die elterliche Sorge vorliegend beiden Elternteilen gemeinsam zusteht. Für den Fall, dass der Vater wegen seiner Stellung als Testamentsvollstrecker und/oder Miterbe von der Verwaltung des von den Kindern ererbten Vermögens ausgeschlossen wäre, wäre nicht die Bestellung eines Ergänzungspflegers die Folge, sondern die alleinige elterliche Sorge durch den anderen, nicht ausgeschlossenen Sorgeberechtigten.

23 Eine vom Großvater der Kinder getroffene Bestimmung, deren Mutter solle das von ihm ererbte Vermögen nicht verwalten, liegt, soweit das Gericht dies erkennen kann, nicht vor, sodass die Antragstellerin nicht gemäß § 1638 Abs. 1 Satz 1 BGB im Hinblick auf die durch die Erbschaft erworbenen Vermögensteile von der elterlichen Sorge ausgeschlossen ist. Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung muss nicht auch den Ausschluss der Verwaltung gemäß § 1638 Abs. 1 BGB enthalten; ein solcher ist neben der Anordnung einer Testamentsvollstreckung möglich (vgl. MünchKomm-BGB/Hinz, § 1638 Rdnr. 9; BayObLG, Beschluss vom 19.04.1989, BReg. 1 a Z 2/89, BeckRS 2009, 12353, beckonline; OLG Brandenburg, Beschluss vom 15.03.2019, 9 WF 265/18).

24 Wie die Beschwerdeführerin selbst vorträgt, ist sie durch das Testament des Erblassers von der Verwaltung des ererbten Vermögens als Sorgeberechtigte für ihre Kinder nicht ausgeschlossen worden. Im Kern rügt die Beschwerdeführerin, dass ihr die – teilweise – Vermögenssorge für ihre Söhne durch den Kindsvater und Testamentsvollstrecker verwehrt wird. Über die Bestellung eines Ergänzungspflegers erhofft sie sich mehr Zugriff auf Informationen über die ererbten Vermögenswerte der Kinder und deren Verbleib. Die Bestellung eines Ergänzungspflegers zu diesem Zweck sieht das Gesetz hingegen schon dem Wortlaut nach nicht vor. Der Antragstellerin bleibt es unbenommen, die ihr aus der elterlichen Sorge folgenden Rechte gegen den Vater und Testamentsvollstrecker bei den für die elterliche Sorge zuständigen Gerichten zu verfolgen. Die Bestellung eines Ergänzungspflegers allein zur Prüfung, ob der gesetzliche Vertreter die Rechte des Kindes pflichtgemäß wahrnimmt oder ob es etwa im Interesse des Kindes nötig sein könne, gegen ihn vorzugehen, findet im Gesetz keine Stütze.

25 Die von der Antragstellerin im Schriftsatz vom 17.05.2022 vertretene andere Ansicht lässt sich mit der zitierten Entscheidung des OLG Brandenburg vom 15.03.2019 nicht begründen, befasst sich diese doch allein mit der Frage eines Ausschlusses von der Vermögensverwaltung in einer letztwilligen Verfügung.

26 2.3. Für eine Pflegerbestellung wäre daneben nur dann Raum, wenn der Vater die Vermögenssorge für die minderjährigen Kinder in Ansehung des ererbten Vermögens nicht wahrnehmen könnte und deshalb, wie von § 1909 Abs. 1 Satz 1 BGB vorausgesetzt, beide Elternteile insoweit an der Ausübung der Vermögenssorge gehindert sind.

27 Abgesehen davon, dass die Mutter nicht an der Vermögenssorge gehindert ist, ist auch der Vater durch § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB an der Ausübung der Sorge im Hinblick auf das von seinen minderjährigen Söhnen ererbte Vermögen rechtlich nicht gehindert, weil die Rechte der Kinder aus dem vom Großvater ererbten Vermögen bis zum Erreichen von deren 24. Lebensjahr nicht von ihrem Vater als deren gesetzlichem Vertreter, sondern aufgrund der vom Großvater angeordneten Testamentsvollstreckung in dessen Stellung als Testamentsvollstrecker wahrgenommen werden. Theoretisch wären hier zwar Interessenskonflikte denkbar. Die Bestellung eines Ergänzungspflegers für die Minderjährigen rechtfertigen solche Interessenkollisionen indes schon deshalb nicht, weil die damit begründete gesetzliche Vertretungsmacht des Pflegers nichts daran ändern würde, dass die Minderjährigen als Erben – ebenso wie ein für sie bestellter Ergänzungspfleger durch die fortbestehende Testamentsvollstreckung beschränkt sind und bleiben. Der Umstand, dass der Vater gesetzlicher Vertreter der Minderjährigen und zugleich Testamentsvollstrecker über das von diesen ererbte Vermögen ist, begründet eine solche Verhinderung nicht. § 181 BGB setzt voraus, dass ein – hier gesetzlicher – Vertreter im Namen des Vertretenen Geschäfte mit sich selbst vornimmt, die nicht allein der Erfüllung einer Verbindlichkeit dienen. Das dem Vater übertragene Amt als Testamentsvollstrecker über den teilweise von den Minderjährigen ererbten Nachlass verlangt – für sich genommen – solche Geschäfte weder notwendig noch regelmäßig. Als Testamentsvollstrecker hat der Vater den Nachlass hier bis zum Erreichen des 24. Lebensjahres der Miterben zu verwalten und anschließend abzuwickeln, also insbesondere Nachlass- und Erblasserschulden – zum Beispiel auch die Pflichtteilsansprüche seiner Geschwister – zu erfüllen; außerdem hat er den Nachlass – hier bis zum Erreichen des 24. Lebensjahr der noch minderjährigen Miterben – zu verwalten. Weder die Regulierung der Nachlassverbindlichkeiten noch die Verwaltung des Nachlasses erfordern notwendig und vorhersehbar Rechtsgeschäfte des Testamentsvollstreckers mit den Erben, die für den Erben abzuschließen dem Vater als dessen gesetzlichem Vertreter nach § 181 BGB verwehrt wäre.

28 2.4. Auch die Stellung des Vaters als Miterbe neben seinen minderjährigen Kindern begründet keine rechtliche Verhinderung des Vaters an der gesetzlichen Vertretung der Minderjährigen mit der Folge der notwendigen Bestellung eines Ergänzungspflegers nach § 1909 Abs. 1, § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2 BGB.

29 Nach § 1629 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 1796 Abs. 2 BGB soll einem Elternteil das Sorgerecht nur entzogen werden, wenn das Interesse des Kindes zum Interesse des Elternteils als gesetzlichem Vertreter in erheblichem Gegensatz steht. Ein solcher Gegensatz kann – wie dargelegt – hier nicht in der Stellung des Vaters als Miterbe und in seiner gleichzeitigen Funktion als gesetzlicher Vertreter gesehen werden. Denn die Ansprüche aus der Erbschaft der Minderjährigen unterliegen nicht den sorgerechtlichen Befugnissen des Vaters als gesetzlichem Vertreter, sondern seiner Verwaltungsmacht als Testamentsvollstrecker. Einem etwaigen Interes-

senkonflikt in der Person des Vaters könnte deshalb auch nicht dadurch abgeholfen werden, dass dem Vater die Vermögenssorge für das von den Minderjährigen ererbte Vermögen entzogen und auf einen Pfleger übertragen würde; denn an der fortbestehenden Testamentsvollstreckung des Vaters würde sich dadurch nichts ändern.

30 2.5. Ein für § 1629 Abs. 2 Satz 3 i. V. m. § 1796 Abs. 2 BGB erheblicher Interessengegensatz könnte deshalb nur in dem Umstand gefunden werden, dass der Vater, der in Ansehung des von den Minderjährigen ererbten Vermögens dessen gesetzlicher Vertreter ist, dieses Vermögen zugleich als Testamentsvollstrecker verwaltet. Zwar werden in der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung die Voraussetzungen des § 1796 Abs. 2 BGB teilweise bejaht, wenn der gesetzliche Vertreter eines Erben zugleich als Testamentsvollstrecker eingesetzt ist. Der Testamentsvollstrecker habe gegenüber dem Erben die in §§ 2215 bis 2217 BGB bestimmten Pflichten und könne ihm unter den Voraussetzungen des § 2219 BGB schadensersatzpflichtig werden. Der sich daraus ergebende Interessengegensatz sei so erheblich, dass er die Wahrnehmung der Aufgaben der beiden Ämter durch ein und dieselbe Person ausschließe (BayObLG, Rpfleger 1977, 440; OLG Schleswig, OLGR 2007, 442; OLG Zweibrücken, Rpfleger 2004, 162; OLG Nürnberg, FamRZ 2002, 272; OLG Hamm, FamRZ 1993, 1122, 1123).

31 Der Senat vermag sich, dem BGH in seiner Entscheidung vom 05.03.2008, XII ZB 2/07, folgend, einer solch generalisierenden Betrachtungsweise nicht anzuschließen.

32 § 1796 BGB setzt – anders als § 1795 BGB – einen sich aus dem Einzelfall ergebenden Interessenwiderstreit voraus. Dabei wird nicht verkannt, dass ein „typischer“ Interessengegensatz im Regelfall die Annahme rechtfertigen wird, dass es auch im Einzelfall zu Konfliktsituationen kommen kann, denen durch die Bestellung eines Pflegers rechtzeitig vorgebeugt werden soll. Diese Risikogeneignetheit eines „typischen“ Interessengegensatzes führt indes nicht zwangsläufig zur Anordnung einer Pflugschaft. Vielmehr liegt es auch hier im Rahmen tatrichterlicher Verantwortung, nach einer Abwägung aller Umstände zu entscheiden, ob eine vorbeugende Pflugschaftsanordnung geboten oder ein Zuwarten – auch im wohlverstandenen Interesse des Vertretenen – ratsam erscheint. Letzteres mag sich für den Tatrichter namentlich dann anbieten, wenn ein minderjähriger Erbe von seinem zugleich zum Testamentsvollstrecker berufenen Elternteil gesetzlich vertreten wird und wenn aufgrund der bisherigen Erfahrungen und des engen persönlichen Verhältnisses der Beteiligten keinerlei Anlass zu der Annahme besteht, der Vertreter werde – unbeschadet seiner eigenen Interessen – die Belange des Vertretenen nicht im gebotenen Maße wahren und fördern.

33 So liegen die Dinge hier. Der Senat geht ebenso wie das AG in seiner angefochtenen Entscheidung davon aus, dass der Vater der minderjährigen Kinder bei der Ausübung seiner Testamentsvollstreckertätigkeit zugleich im Interesse seiner Kinder handelt.

34 So hat der als Ergänzungspfleger bestellte Rechtsanwalt S in seinem Bericht vom 26.04.2022 mitgeteilt, dass nach seinen Ermittlungen nicht zu erkennen sei, dass der testamentsvollstreckende Vater Pflichtverletzungen begangen hätte, die das Erbe der Kinder beeinträchtigen könnten.

35 Allein die Tatsache, dass die in der Erbschaft befindlichen Immobilien verkauft und der Erlös vermutlich nach Kanada transferiert wurde, lässt für sich nicht auf eine Benachteiligungsabsicht des Vaters schließen. Der Vater lebt berufsbedingt ebenso wie die Kinder seit sieben Jahren in Kanada und hat mit diesen dort seinen Lebensmittelpunkt. Eine Verwaltung von Landgütern in Deutschland dürfte sich nachvollziehbar schwierig gestalten. Eine Prognose, ob die derzeit 12 und 13 Jahre alten Kinder in Zukunft das landwirtschaftliche Anwesen übernehmen und weiterführen wollen, erscheint verfrüht. Im Rahmen einer dem Vater und Testamentsvollstrecker zuzugestehenden Dispositionsbefugnis ergeben sich aus dessen Handeln keine ausreichenden Anhaltspunkte für einen Missbrauch seiner Stellung als Testamentsvollstrecker zum Nachteil seiner Kinder.

36 Das Verhalten des Vaters bei Erfüllung etwaiger Pflichtteilsansprüche seiner Schwester und bei der Erfüllung von Unterhaltsansprüchen gegenüber der Antragstellerin lässt auch keinen Schluss darauf zu, dass der Vater in Ausübung der Testamentsvollstreckung zum Nachteil seiner miterbenden Kinder pflichtwidrig handeln könnte, betrifft sein Handeln doch das Verhältnis zu anderen Personen. Die Interessenlagen des Vaters und der Kinder bei Erfüllung und ggf. Abwehr unberechtigter Ansprüche gegen die Erbschaft ist gleichlaufend. Ein grundsätzlich das geltende Recht ignorierendes Verhalten des Vaters, wie es die Antragstellerin darzustellen versucht, ist in dem vorgetragenen Verhalten des Vaters hingegen nicht zu erkennen.

37 Die Bestellung eines Ergänzungspflegers allein zur Prüfung, ob der gesetzliche Vertreter die Rechte des Kindes pflichtgemäß wahrnimmt oder ob es etwa im Interesse des Kindes nötig sein könne, gegen ihn vorzugehen, findet im Gesetz keine Stütze. Für die Anordnung einer Pflugschaft zur „Wahrnehmung der Rechte gegenüber dem Testamentsvollstrecker“ fehlt es an einem erheblichen Interessengegensatz im Einzelfall.

(...)

13. Auslegung einer Bezugsberechtigung in einer Lebensversicherung

OLG Stuttgart, Urteil vom 27.01.2022, 7 U 172/21

VVG § 160

LEITSATZ:

Eine Bezugsrechtsbestimmung, welche die vorhandenen Kinder zu gleichen Teilen als Bezugsberechtigte bestimmt, beinhaltet für den Fall des Vorversterbens eines Kindes in der Regel die Bestimmung einer Ersatzbezugsberechtigung zugunsten der Abkömmlinge des vorverstorbenen Kindes.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Kläger nehmen die Beklagte auf teilweise Auskehr einer Leistung aus einer Lebensversicherung in Anspruch, weil die Beklagte diese ohne Rechtsgrund erlangt habe.

2 Die Beklagte ist die Tochter der am 23.11.2019 verstorbenen Versicherungsnehmerin. Die Kläger sind die drei Kinder einer weiteren, am 01.03.2017 vorverstorbenen Tochter der Versicherungsnehmerin. Diese hatte zum 01.02.2014 eine Rentenversicherung mit Rentenbeginn zum 01.02.2026 und einem Garantiekapital i. H. v. 306.713 € im Falle des vorherigen Todes abgeschlossen. Der Versicherungsschein enthält folgende Regelung zum Bezugsrecht (...):

„Für fällig werdende Leistungen haben Sie als Bezugsberechtigte benannt:

Solange die versicherte Person lebt: die Versicherungsnehmerin.

Bei Tod der versicherten Person: die Kinder der versicherten Person zu gleichen Teilen.

Sie können das Bezugsrecht ändern, solange der Versicherungsfall noch nicht eingetreten ist. Hierzu benötigen wir eine schriftliche Erklärung von Ihnen. Sofern Sie die Nutzung des Online Service (...) mit uns vereinbart haben, können Sie das Bezugsrecht dort jederzeit online ändern.“

3 Die Versicherungsnehmerin wurde von den Klägern zu je $\frac{1}{6}$ und von der Beklagten zu $\frac{1}{2}$ beerbt (...). Mit Schreiben vom 17.02.2020 (...) teilte der Versicherer der Beklagten mit, dass er die auch Überschussanteile enthaltende Versicherungssumme i. H. v. 307.384,84 € an die Beklagte überwiesen habe.

4 Die Kläger sind der Auffassung, die Zahlung sei i. H. v. 76.346,22 € zu Unrecht und ohne Rechtsgrund erfolgt. Denn das Vorversterben ihrer Mutter habe zur Folge gehabt, dass die auf diese entfallene Bezugsrechtsbestimmung ins Leere gegangen sei, weshalb das Bezugsrecht insoweit gemäß § 160 Abs. 3 VVG in den Nachlass der Versicherungsnehmerin gefallen sei. Sie haben die Beklagte daher in der Hauptsache auf Zahlung eines Kopfteils i. H. v. 25.448,74 € je Klagepartei, hilfsweise auf Rückzahlung von 76.346,22 € an die aus den Parteien bestehende Erbengemeinschaft und hilfsweise dazu auf die Feststellung der Zu-

stimmungspflicht der Beklagten zur Entnahme eines Betrags i. H. v. 25.448,74 € je Klagepartei aus dem Nachlass der Versicherungsnehmerin in Anspruch genommen.

5 Die Beklagte, die Klageabweisung beantragt hat, hat geltend gemacht, dass den Klägern keinerlei Ansprüche zustünden. Folge des Vorversterbens des zweiten Kindes der Versicherungsnehmerin sei, dass der entsprechende Anteil der Beklagten gemäß § 160 Abs. 1 Satz 2 VVG angewachsen sei, weshalb die Auszahlung der Versicherungssumme an die Beklagte der Rechtslage entsprochen habe.

6 Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in erster Instanz und den dort gestellten Anträgen wird auf den Tatbestand der angefochtenen Entscheidung sowie die dort gewechselten Schriftsätze verwiesen.

7 Das LG hat der Klage durch Urteil vom 04.05.2021, auf welches wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, mit dem Hauptantrag stattgegeben. Die Anwachsungsregel des § 160 Abs. 1 Satz 2 VVG komme nur zum Tragen, wenn sich aus der Auslegung der Bezugsrechtsbestimmung kein anderes Ergebnis ergäbe. Dies sei hier der Fall, weil die Einräumung des Bezugsrechts unter ergänzender Heranziehung des § 2068 BGB dahin gehend auszulegen sei, dass an die Stelle der vorverstorbenen Halbschwester der Beklagten deren Abkömmlinge, also die Kläger treten sollten. Der geltend gemachte Bereicherungsanspruch stehe den Klägern daher zu.

8 Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit welcher sie geltend macht, dass die Auslegung des LG rechtsirrig sei. Unabhängig davon stünde den Klägern der geltend gemachte Anspruch schon deshalb nicht zu, weil eine etwaige Rückabwicklung ausschließlich im Verhältnis zum Versicherer zu erfolgen habe.

9 Wegen des weiteren Vorbringens der Beklagten wird Bezug genommen auf die Berufungsbegründung vom 23.07.2021.

10 Die Beklagte beantragt,

das Urteil des LG Ulm vom 04.05.2021, 2 O 623/20 abzuändern und die Klage abzuweisen.

11 Die Kläger beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

12 Die Kläger verteidigen die angefochtene Entscheidung. In der Berufungsverhandlung, welche am 13.01.2022 vor dem Senat stattfand, haben die Kläger die Leistung des Versicherers an die Beklagte ausdrücklich genehmigt. Wegen der Einzelheiten der mündlichen Verhandlung, wird auf die Sitzungsniederschrift verwiesen.

13 II. Der zulässigen Berufung der Beklagten bleibt der Erfolg versagt. Die Auslegung der Bezugsrechtsbestimmung durch das LG trifft zu. Nachdem die Kläger die Leistung an die Beklagte genehmigt haben, können sie von dieser die Auszahlung des geltend gemachten Betrags beanspruchen (§ 816 Abs. 2 BGB).

14 1. Zu Recht hat das LG die Bezugsrechtsbestimmung dahin gehend ausgelegt, dass diese die Kläger als Ersatzbezugsberechtigte ausweist.

15 a) Soweit die Kläger erstinstanzlich eine Anwendung der Vorschrift des § 160 Abs. 3 VVG geltend gemacht haben und die Beklagte eine Anwendung des § 160 Abs. 1 Satz 2 VVG erreichen will, so ist das LG dem zu Recht nicht gefolgt. Denn es handelt sich insoweit jeweils um gesetzliche Auslegungsregeln, welche nur zur Anwendung gelangen, sofern nicht die vorrangige Auslegung der Bezugsrechtsbestimmung zu einem anderen Ergebnis führt (vgl. *Bruck/Möller/Winter*, VVG, 9. Aufl., § 160 Rdnr. 11; *HK-VVG/Brambach*, 4. Aufl., § 160 Rdnr. 1). So aber liegt es hier.

16 b) aa) Die Bestimmung der Bezugsberechtigung durch den Versicherungsnehmer ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die auf den Zeitpunkt ihrer Abgabe abstellend aus Sicht des Versicherers als objektivem Empfänger gemäß §§ 133, 157, 242 BGB auszulegen ist. Maßgeblich ist daher der bei der Festlegung des Bezugsrechts vorhandene und dem Versicherer gegenüber zum Ausdruck gebrachte Wille des Versicherungsnehmers, spätere Umstände sind grundsätzlich unerheblich (vgl. etwa BGH, Urteil vom 22.07.2015, IV ZR 437/14, *VersR* 2015, 1148 Rdnr. 14 m. w. N.; Senatsurteil vom 11.10.2018, 7 U 109/18, *VersR* 2019, 22, *juris* Rdnr. 22 f.).

17 Im Rahmen der Auslegung der Bezugsrechtsbestimmung ist gemäß § 133 BGB „der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“. Die einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung ist so auszulegen, wie der Versicherer sie nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte von seinem Empfängerhorizont aus verstehen musste. Innerhalb dieses normativen Rahmens kommt es darauf an, was der Erklärende gewollt und inwieweit er seinen Willen für den Erklärungsempfänger erkennbar zum Ausdruck gebracht hat. Der Empfänger darf der Erklärung dabei nicht einfach den für ihn günstigsten Sinn beilegen, sondern muss unter Berücksichtigung aller ihm bekannten Umstände mit gehöriger Aufmerksamkeit prüfen, was der Erklärende gemeint hat (vgl. BGH, Urteil vom 21.05.2008, IV ZR 238/06, *VersR* 2008, 1054 Rdnr. 30 m. w. N.).

18 b) Danach war die Bezugsrechtsbestimmung dahin gehend auszulegen, dass die Versicherungsnehmerin mit ihr die Versicherungssumme im Todesfall ihren beiden Kindern und im Falle des Vorversterbens eines Kindes an die diesen Stamm repräsentierenden Abkömmlinge zuwenden wollte (ebenso: *Bruck/Möller/Winter*, VVG, § 160 Rdnr. 11, 17; a. A.: *Prölss/Martin/Schneider*, VVG, 31. Aufl., § 160 Rdnr. 7 und *Schwintowski/Brömmelmeyer/Ortmann*, PK-VVG, 2. Aufl., § 160 Rdnr. 5 jew. unter Berufung auf die – eine im entscheidenden Punkt nicht vergleichbare Abonnementversicherung betreffende – Entscheidung des OLG Nürnberg, JR 1931, 44; *Leitzen*, RNotZ, 2009, 129, 139). Dieser Sinngehalt der Bezugsrechtsbestimmung entspricht dem für den Versicherer erkennbaren gewöhnlichen Willen eines Versicherungsnehmers, der seinen Kindern die Todesfallleistung zu gleichen Teilen zuwendet. Denn jedenfalls der Versicherungsnehmer, der sich von dem formalen Kriterium der Gleichbehandlung leiten lässt und alle seine Kinder zu gleichen Teilen an der Versicherungssumme teilhaben lassen

will, bringt damit zum Ausdruck, dass er nicht das – ob namentlich bezeichnete, oder nicht – Kind als Person, sondern als Erstes seines Stammes benennt. Dies entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung (vgl. OLG München, Beschluss vom 25.07.2016, 31 Wx 156/15, *FamRZ* 2016, 2154 *juris* Rdnr. 10, 14; KG, Beschluss vom 17.01.2020, 6 W 58/19, *ZEV* 2020, 485 Rdnr. 10; vgl. auch BGH, Urteil vom 05.07.1972, IV ZR 125/70, BGHZ 59, 343, *juris* Rdnr. 44). Da diese allgemeine Lebenserfahrung ihren Niederschlag auch in der gesetzlichen Auslegungsregel des § 2069 BGB gefunden hat, welche im Rahmen der Auslegung von Testamenten Anwendung findet, ist nicht zu beanstanden, dass sich das LG zur Gewinnung seines Auslegungsergebnisses ergänzend auch auf die erbrechtliche Auslegungsvorschrift des § 2068 BGB gestützt hat (ebenso: *Bruck/Möller/Winter*, VVG, § 160 Rdnr. 11, 17; *BeckOK-VVG/Reich*, VVG, Stand: 30.06.2016, § 160 Rdnr. 4, welche auf den gleichen Erwägungen beruht (vgl. *Staudinger/Otte*, Neub. 2019, § 2069 Rdnr. 1), wengleich sie den Fall betrifft, dass das bedachte Kind schon zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung verstorben war.

19 2. Infolgedessen können die Kläger von der Beklagten die Auskehr des beantragten Betrags beanspruchen (§ 308 ZPO). Entgegen der Auffassung der Kläger ergibt sich dieser Anspruch aber nicht aus § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB, sondern aus § 816 Abs. 2 BGB.

20 a) Bei Verfügungen unter Lebenden zugunsten Dritter auf den Todesfall muss zwischen dem Deckungsverhältnis – hier dem im Rahmen des Lebensversicherungsvertrages abgeschlossenen Vertrags (§§ 328, 331 BGB), kraft dessen den Parteien ein anteiliges Bezugsrecht für die Todesfallleistung eingeräumt wurde – und dem Zuwendungsverhältnis (Valutaverhältnis) zwischen dem Verfügenden und den Begünstigten unterschieden werden. Beide Rechtsverhältnisse unterliegen sowohl hinsichtlich der durch sie begründeten Rechtsbeziehungen als auch mit Blick auf die Anfechtung von Willenserklärungen dem allgemeinen Schuldrecht. Erbrechtliche Bestimmungen finden insoweit keine Anwendung. Die von einem Verstorbenen, wie hier, zu Lebzeiten begründete Bezugsberechtigung für die Todesfallleistung aus einer Lebensversicherung verschafft dem Begünstigten im Versicherungsfall eine im Deckungsverhältnis jedenfalls insoweit unentziehbare Rechtsstellung, als die Erben des Versicherungsnehmers die Bezugsberechtigung nicht mehr ändern oder widerrufen können (vgl. etwa BGH, Urteil vom 21.05.2008, IV ZR 238/06, *VersR* 2008, 1054 Rdnr. 19 m. w. N.).

21 b) Vor diesem Hintergrund kann zwar in Betracht kommen, dass die Erben des Versicherungsnehmers den Begünstigten gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB in Anspruch nehmen, weil es für den Erwerb der Versicherungssumme an einem Rechtsgrund im Valutaverhältnis fehlt (vgl. etwa BGH, Urteile vom 21.05.2008, IV ZR 238/06, *VersR* 2008, 1054 Rdnr. 21 ff.; vom 01.04.1987, IVa ZR 26/86, *VersR* 1987, 659, *juris* Rdnr. 13 ff., jew. m. w. N.). Einen solchen, in einem Mangel des Valutaverhältnisses wurzelnden Anspruch verfolgen die Kläger aber nicht. Sie machen der Sache nach vielmehr geltend, dass die Auszahlung des auf sie entfallen-

den Anteils der Versicherungssumme an die Beklagte durch die Bezugsrechtsbestimmung nicht gedeckt gewesen sei. Dies trifft zwar nach dem oben Gesagten zu, berechtigt die Kläger im Ausgangspunkt aber nicht zur Inanspruchnahme der Beklagten. Denn eine Auszahlung des Versicherers, die nicht der vertraglichen Vereinbarung entspricht, ist dem Verfügenden, bzw. seinen Erben nicht zurechenbar, da es an einer Anweisung zur Leistung fehlt. Der Bereicherungsausgleich vollzieht sich in diesen Fällen, worauf die Beklagte mit Recht hinweist, grundsätzlich im Wege der Nichtleistungskondition zwischen dem irrtümlich auszahlenden Versicherer und dem Empfänger der Zahlung (vgl. BGH, Urteile vom 29.10.2020, IX ZR 212/19, WM 2020, 2287 Rdnr. 25; vom 20.03.2001, XI ZR 157/00, juris Rdnr. 21; vom 20.06.1990, XII ZR 93/89, NJW-RR 1990, 1200, juris Rdnr. 9; MünchKomm-BGB/Schwab, 8. Aufl., § 812 Rdnr. 94 jew. m. w. N.; vgl. auch *Neuhaus*, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl., Kap. 4 Rdnr. 136 ff., 139).

22 c) Die Kläger können die Herausgabe des von der Beklagten als Nichtberechtigter Erlangten aber gemäß § 816 Abs. 2 BGB beanspruchen.

23 Ob sich im Streitfall bereits aus der Erhebung der Klage mit der erforderlichen Sicherheit der Schluss hätte ziehen lassen, dass die Kläger damit die bis dahin für sie nicht schuldbefreiende Leistung des Versicherers an die Beklagte schlüssig genehmigen wollten (vgl. dazu etwa BGH, Beschluss vom 12.07.2012, IX ZR 213/11, NJW-RR 2012, 1129 Rdnr. 16 f.), kann insoweit dahinstehen. Denn die Kläger haben die Genehmigung nunmehr ausdrücklich erklärt (...) und können folglich im begehrten Umfang die Herausgabe des wirksam an die Beklagte als Nichtberechtigter geleisteten Betrags beanspruchen (vgl. etwa dazu MünchKomm-BGB/Schwab, § 816 Rdnr. 98 m. w. N.).

(...)

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

14. Dynamische Verweisung in § 6 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 Nr. 3 lit. e GmbHG auf Tatbestände des Sportwettbetrugs

BGH, Beschluss vom 28.06.2022, II ZB 8/22 (Vorinstanz: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.01.2022, 3 Wx 227/21)

GmbHG § 6 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 Nr. 3 lit. e StGB §§ 265c-265e

LEITSATZ:

§ 6 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 Nr. 3 lit. e GmbHG verweist auch auf die §§ 265c bis 265e StGB.

15. Persönliche Haftung des Vertreters einer UG ohne Verwendung des Zusatzes „haftungsbeschränkt“

BGH, Urteil vom 13.01.2022, III ZR 210/20 (Vorinstanz: OLG Dresden, Urteil vom 12.08.2020, 5 U 2674/19)

BGB § 311 Abs. 2 und 3, § 179 (analog), § 826

LEITSATZ:

Weist eine Unternehmergesellschaft im Sinne von § 5a GmbHG nicht – wie im Gesetz vorgesehen – ihre Rechtsform und die Haftungsbeschränkung in der Firma aus, haftet ihr im Rechtsverkehr auftretender Vertreter für den dadurch erzeugten unrichtigen Rechtsschein gemäß § 311 Abs. 2 und 3 BGB, § 179 BGB analog (Anschluss an BGH, Urteil vom 12.06.2012, II ZR 256/11).

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2022, 869.

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

16. Unzulässigkeit der Teilungsversteigerung nach Vereinigung der Miteigentumsanteile bei einem Eigentümer

BGH, Beschluss vom 23.06.2022, V ZB 32/21 (Vorinstanz: LG Neuruppin, Beschluss vom 19.05.2021, 2 T 39/21)

ZVG § 180 Abs. 1

LEITSATZ:

Vereinigen sich die Miteigentumsanteile an einem Grundstück in der Hand eines Eigentümers und wird ein Anspruch des Übertragenden auf Rücküberweisung eines Miteigentumsanteils durch Vormerkung gesichert, kommt eine Teilungsversteigerung des Grundstücks in analoger Anwendung von § 180 Abs. 1 ZVG nicht in Betracht.

17. Anspruch auf Freigabe von Grundsicherheiten bei Übersicherung

BGH, Urteil vom 02.06.2022, V ZR 132/21 (Vorinstanz: OLG Hamm, Urteil vom 31.05.2021, 5 U 71/20)

BGB § 1191

LEITSÄTZE:

- 1. Die Pfändung und Einziehung des Anspruchs auf Rückgewähr einer Grundschuld umfasst grundsätzlich das Recht des Vollstreckungsgläubigers, im Wege der Vollstreckung die Löschung der Grundschuld zu verlangen.**
- 2. Wann, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form der Sicherungsnehmer dem Sicherungsgeber die Grundschuld zurückgewähren muss, bestimmt sich nach der Sicherungsvereinbarung. Ist ein weiterer Sicherungszweck vereinbart, der eine Revalutierung der Grundschuld erlaubt, kann die Rückgewähr erst dann verlangt werden, wenn eine solche Revalutierung endgültig nicht mehr in Betracht kommt; das ist (erst) der Fall, wenn die Geschäftsbeziehung endet oder wenn die Sicherungsvereinbarung geändert oder gekündigt wurde (Fortführung von Senat, Urteil vom 19.04.2013, V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 Rdnr. 12).**
- 3. Der Anspruch des Sicherungsgebers auf Teilfreigabe einer Sicherheit setzt den Eintritt einer insoweit endgültigen Übersicherung des Sicherungsnehmers und damit den Wegfall des Sicherungszwecks voraus. Das ist bei einer weiten Sicherungsvereinbarung (erst) der Fall, wenn die Geschäftsbeziehung zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer beendet oder wenn die Sicherungsvereinbarung geändert oder gekündigt wurde.**
- 4. Im Verlangen auf Rückgewähr einer nicht oder nicht voll valutierten Grundschuld liegt regelmäßig die konkludente Kündigung einer weiten Sicherungsabrede.**
- 5. Der Vollstreckungsgläubiger, der einen Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückgewähr einer Grundschuld pfändet, ist nicht berechtigt die Sicherungsvereinbarung oder die Geschäftsbeziehung zum Sicherungsnehmer zu kündigen; die Pfändung des Rückgewähranspruchs verschafft ihm nicht das Kündigungsrecht.**

SACHVERHALT:

1 Die beklagte Sparkasse steht seit 1993 mit Herrn S D (nachfolgend: Sicherungsgeber) in einer Geschäftsbeziehung. Der Sicherungsgeber führt bei der Beklagten ein Girokonto als Pfändungsschutzkonto, für welches ihm kein Kreditrahmen eingeräumt ist. Im April 2021 wies das Konto einen Sollsaldo von 3,50 € auf. Weitere zu sichernde Forderungen der Beklagten gegenüber dem Sicherungsgeber bestehen derzeit nicht.

2 Der Sicherungsgeber ist Eigentümer einer Eigentumswohnung. Zugunsten der Beklagten sind in Abteilung III des Grundbuchs unter der laufenden Nr. 3 eine brieflose Grundschuld i. H. v. 95.000 DM nebst 15 % Jahreszinsen sowie unter der laufenden Nr. 4 eine brief-

lose Grundschuld i. H. v. 50.000 DM nebst 15 % Jahreszinsen eingetragen. In der Zweckerklärung des Sicherungsgebers aus dem Jahr 1998 heißt es, dass die Grundschulden nebst Zinsen und Nebenleistung zur Sicherheit für alle bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der Beklagten gegen den Sicherungsgeber aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung dienen. Ferner enthält die Zweckerklärung folgende Bestimmung:

„1.6 Freigabe der Sicherheiten

Sobald die Sparkasse wegen aller ihrer Ansprüche – auch bedingter oder befristeter – gegen den Kreditnehmer befriedigt ist, ist sie – auf entsprechendes Verlangen – verpflichtet, ihre Rechte aus der/den Grundschuld(en) freizugeben. Sie ist schon vorher auf Verlangen zur Freigabe verpflichtet, soweit sie die Grundschuld(en) nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Kreditsicherung zur Sicherung ihrer Ansprüche nicht mehr benötigt.“

3 Ziffer 4 der Zweckerklärung enthält den Hinweis, dass ergänzend die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten Vertragsbestandteil sind und diese in den Kassenräumen der Sparkasse zur Einsichtnahme aushängen/ausliegen. Nr. 22 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthält folgende Regelung:

„Die Sparkasse ist auf Verlangen zur Freigabe von Sicherheiten nach ihrer Wahl verpflichtet, soweit der realisierbare Wert aller Sicherheiten den Gesamtbetrag aller Forderungen der Sparkasse nicht nur vorübergehend um mehr als 10 v. H. übersteigt.“

4 Der Sicherungsgeber hat gegenüber dem klagenden Land Steuerschulden nebst Zinsen i. H. v. 40.586,59 €. Aufgrund vollstreckbarer Anträge des FA sind im Januar 2015 in das Wohnungsgrundbuch unter der laufenden Nr. 5 und Nr. 6 zugunsten des klagenden Landes Zwangssicherungshypotheken i. H. v. 4.447,40 € und 40.536,59 € eingetragen worden.

5 Wegen der Steuerschulden des Sicherungsgebers erließ das FA gegenüber dem Sicherungsgeber und der Beklagten im Januar 2015 mehrere Pfändungs- und Einziehungsverfügungen, mit denen unter anderem Ansprüche des Sicherungsgebers auf Rückgewähr oder Teilrückgewähr der zugunsten der Beklagten eingetragenen Grundschulden sowie das Recht des Sicherungsgebers auf Zustimmung zur Löschung aus § 1183 BGB gepfändet wurden.

6 Das klagende Land verlangt von der Beklagten, die Löschung der Grundschulden zu bewilligen. Das LG hat der Klage stattgegeben. Auf die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten hat das OLG die Klage abgewiesen. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt das klagende Land seinen Antrag weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

7 I. Das Berufungsgericht meint, der Rückgewähranspruch des Sicherungsgebers gegen die Beklagte sei zwar mit Abschluss der Sicherungsabrede und der Eintragung der Grundschulden in das Grundbuch entstanden. Er sei aber nicht fällig, weil die aufschiebende Bedingung, unter der er stehe, noch nicht eingetreten sei. Erst nach Bedingungseintritt müsse der Sicherungsnehmer auf Verlangen die Grundschulden zurückgewähren. Zeitpunkt und Form der Rückgewährverpflichtung bestimme die Sicherungsvereinbarung. Bei der hier vorliegenden weiten Sicherungsvereinbarung, die eine Revalutierung der Grundschulden erlaube, trete die aufschiebende Bedingung nicht schon mit der Tilgung der Verbindlichkeit ein, die Anlass für die Bestellung der Grundschulden gewesen sei. Eine Rückgewähr könne erst dann verlangt werden, wenn der Sicherungszweck endgültig entfalle, weil keine Revalutierung mehr in Betracht

komme. Dass eine Neuvaluierung noch erfolgen könne, erscheine nicht ausgeschlossen. Unbeschadet dessen fehle es auch deshalb an dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung, unter der der gepfändete Rückgewähranspruch stehe, da nach der Zweckerklärung die Verpflichtung zur Freigabe erst auf Verlangen des Sicherungsgebers eintrete. An einem derartigen Freigabeverlangen fehle es. Die Geltendmachung des Freigabeanspruchs durch das klagende Land genüge nicht, denn in der Freigabeaufforderung liege eine konkludente Kündigung der Sicherungsvereinbarung, zu der nur der Sicherungsgeber und nicht auch der Pfändungsgläubiger berechtigt sei.

8 II. Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Nachprüfung stand.

9 1. Das Berufungsgericht stellt rechtsfehlerfrei und von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen fest, dass das klagende Land Ansprüche des Sicherungsgebers gegen die Beklagte auf Rückgewähr der Grundschuld wirksam gepfändet (§ 321 Abs. 1, § 309 AO) und sich zur Einziehung hat überweisen lassen (§§ 314, 315 AO).

10 a) Bei den Grundschulden handelt es sich um Sicherungsgrundschulden, welche alle bestehenden und künftigen Forderungen der Beklagten gegen den Sicherungsgeber aus der bankmäßigen Geschäftsbeziehung absichern. Ein Sicherungsgeber hat aus dem Sicherungsvertrag gegen den Sicherungsnehmer einen durch den Wegfall des Sicherungszwecks aufschiebend bedingten schuldrechtlichen Anspruch auf Abtretung, auf Verzicht oder auf Aufhebung des nicht valuierten Teils der Grundschulden (vgl. BGH, Urteil vom 24.03.2016, IX ZR 259/13, NJW 2016, 3239 Rdnr. 8), der bereits vor Bedingungseintritt abgetreten (vgl. Senat, Urteil vom 19.04.2013, V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 Rdnr. 7 m. w. N.) und gepfändet werden kann (vgl. Senat, Beschluss vom 12.10.2017, V ZB 131/16, NJW 2018, 710 Rdnr. 11).

11 b) Mit Überweisung der gepfändeten Forderung wird der Vollstreckungsgläubiger ermächtigt, das Recht des Vollstreckungsschuldners im eigenen Namen geltend zu machen (vgl. BFHE 150, 396, 398). Die Pfändung und Einziehung des Anspruchs auf Rückgewähr einer Grundschuld umfasst daher grundsätzlich das Recht des Vollstreckungsgläubigers, im Wege der Vollstreckung die Löschung der Grundschuld zu verlangen. Soweit unter Hinweis auf das Verbot der zwecklosen Pfändung (§ 803 ZPO) vertreten wird, eine Pfändung mit dem Ziel der Löschung der Grundschuld sei unzulässig, weil die Vollstreckung in den Rückgewähranspruch keine Befriedigung des Vollstreckungsgläubigers bewirke (vgl. *Clemente*, Recht der Sicherungsgrundschuld, 4. Aufl., Rdnr. 931; *Huber*, Die Sicherungsgrundschuld, S. 206 f.), überzeugt dies jedenfalls nicht, wenn der Pfändungsgläubiger – wie hier – gleichzeitig Gläubiger eines nachrangigen Rechts ist. Denn er hat ein unmittelbares Interesse an der Löschung der Grundschuld, da sich sein Recht mit Löschung der Grundschuld im Rang verbessert (vgl. *Gladenbeck/Samhat*, Kreditsicherung durch Grundschulden, 10. Aufl., Rdnr. 920; *Stöber/Relermeyer*, Forderungspfändung, 17. Aufl., Rdnr. F.120).

12 2. Richtig ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass dem Sicherungsgeber gegen die Beklagte kein Anspruch auf vollständige oder teilweise Rückgewähr der Grundschulden zusteht.

13 a) Unverzichtbare Voraussetzung für einen Rückgewähranspruch ist, dass die aufschiebende Bedingung, unter der der gepfändete Rückgewähranspruch steht, eingetreten ist. Denn erst ab Bedingungseintritt muss der Sicherungsnehmer dem Pfändungsgläubiger die Grundschuld zurückgewähren (Senat, Urteil vom 19.04.2013, V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 Rdnr. 11). Wann, unter welchen Voraussetzungen und in welcher Form der Sicherungsnehmer dem Sicherungsgeber die Grundschuld zurückgewähren muss, bestimmt sich nach der Sicherungsvereinbarung. Bei einem engen Sicherungszweck, bei dem die Grundschuld nur der Sicherung einer bestimmten Verbindlichkeit dient, tritt die aufschiebende Bedingung schon mit der Tilgung der Anlassverbindlichkeit ein. Ist dagegen ein weiterer Sicherungszweck vereinbart, der eine Revaluierung der Grundschuld erlaubt, kann die Rückgewähr erst dann verlangt werden, wenn eine solche Revaluierung endgültig nicht mehr in Betracht kommt; das ist (erst) der Fall, wenn die Geschäftsbeziehung endet (vgl. Senat, Urteil vom 19.04.2013, V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 Rdnr. 12; BGH, Urteil vom 19.04.2018, IX ZR 230/15, BGHZ 218, 261 Rdnr. 65) oder wenn die Sicherungsvereinbarung geändert oder gekündigt wurde (vgl. *Gladenbeck/Samhat*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 602; *Otte*, DNotZ 2011, 897, 899).

14 Soweit dem Urteil des BGH vom 10.11.2011 (IX ZR 142/10, BGHZ 191, 277 Rdnr. 14, 16) zu entnehmen sein könnte, dass die aufschiebende Bedingung bei einer weiten Sicherungsvereinbarung schon mit der vollständigen Tilgung der Schulden eintritt und die zulässige Revaluierung nur als auflösende Bedingung anzusehen ist, hat der IX. Zivilsenat auf Anfrage des erkennenden Senats mitgeteilt, dass er daran nicht festhält.

15 b) Daran gemessen besteht mangels Bedingungseintritts kein Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückgewähr der Grundschulden.

16 aa) Zutreffend verneint das Berufungsgericht zunächst einen Rückgewähranspruch aus der Sicherungsvereinbarung.

17 (1) Nach der formularmäßigen Zweckerklärung dienen die bestellten Grundschulden zur Sicherheit für alle bestehenden und künftigen, auch bedingten oder befristeten Forderungen der Beklagten gegen den Sicherungsgeber aus der bankmäßigen Geschäftsverbindung. Diese weite Sicherungsvereinbarung gestattet die Neuvaluierung der zugunsten der Beklagten bestellten Grundpfandrechte. Die Pfändung und Einziehung des Rückgewähranspruchs durch das klagende Land steht einer nachträglichen Neuvaluierung der Grundschulden im Rahmen der bestehenden Sicherungsvereinbarung nicht entgegen. Denn der Pfändungsgläubiger hat den Anspruch auf Rückgewähr nur in der Form gepfändet, wie er nach der Sicherungsvereinbarung besteht (vgl. Senat, Urteil vom 19.04.2013, V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 Rdnr. 14 für die insoweit vergleichbare

Rechtsposition des Zessionars). Der Pfändungsgläubiger muss vor der Pfändung getroffene Abreden zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer gegen sich gelten lassen. Er kann ebenso wenig wie der Zessionar des Rückgewähranspruchs verlangen, dass der Sicherungsgeber den Rückgewähranspruch fällig werden lässt (vgl. Senat, Urteil vom 18.07.2014, V ZR 178/13, BGHZ 202, 150 Rdnr. 20; BGH, Urteil vom 11.02.1988, IX ZR 77/87, NJW-RR 1988, 972 f.).

Deshalb kann der Sicherungsnehmer trotz der Pfändung des Rückgewähranspruchs die Grundsuld neu valutieren, wenn eine wirksame weite Sicherungsabrede getroffen wurde (vgl. *Gladenbeck/Samhat*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 911; *Stöber/Rellermeyer*, Forderungspfändung, Rdnr. F.116). Das ist auch hier möglich, weil die Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und dem Sicherungsgeber einschließlich der Sicherungsvereinbarung nach den Feststellungen des Berufungsgerichts unverändert besteht.

18 (2) Eine Beendigung der Geschäftsbeziehung oder der Sicherungsvereinbarung kann das klagende Land, wie das Berufungsgericht zutreffend sieht, auch nicht durch die Geltendmachung des Rückgewähranspruchs herbeiführen. Der Vollstreckungsgläubiger, der einen Anspruch des Sicherungsgebers auf Rückgewähr einer Grundsuld pfändet, ist nicht berechtigt, die Sicherungsvereinbarung oder die Geschäftsbeziehung zum Sicherungsnehmer zu kündigen; die Pfändung des Rückgewähranspruchs verschafft ihm nicht das Kündigungsrecht (vgl. *Hintzen*, Pfändung und Vollstreckung im Grundbuch, 6. Aufl., § 4 Rdnr. 116; *Huber*, Die Sicherungsgrundschuld, S. 201 f.; *Serick*, Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung, Band III, S. 252; *Stöber/Rellermeyer*, Forderungspfändung, Rdnr. F.118).

19 bb) Ein Rückgewähranspruch des Sicherungsgebers ergibt sich auch nicht aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, denn aus diesen folgen keine weitergehenden Ansprüche als aus der Sicherungsvereinbarung. Nr. 1.6 Abs. 1 Satz 1 der Sicherungsabrede verpflichtet die Beklagte zwar, ihre Rechte aus der Grundsuld auf Verlangen des Sicherungsgebers freizugeben, wenn sie wegen ihrer Ansprüche befriedigt ist. Damit ist aber nur das Recht des Sicherungsgebers angesprochen, den Sicherungsvertrag jederzeit zu kündigen, wenn die Grundsuld nicht mehr valutiert (vgl. *Staudinger/Wolfsteiner*, Neub. 2019, Vor §§ 1191 ff. Rdnr. 167; *Gladenbeck/Samhat*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 735).

20 3. Entgegen der Ansicht der Revision besteht auch kein Anspruch auf Freigabe der Grundschulden in Teilen.

21 a) Zwar bestimmt Nr. 1.6 Abs. 1 Satz 2 der Sicherungsabrede in Verbindung mit Nr. 22 Abs. 2 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Beklagten, dass die Beklagte schon vor vollständiger Befriedigung aller ihrer Ansprüche auf Verlangen zur Freigabe verpflichtet ist, soweit sie die Grundsuld(en) nach den Grundsätzen ordnungsgemäßer Kreditsicherung zur Sicherung ihrer Ansprüche nicht mehr benötigt bzw. soweit der realisierbare Wert aller Sicherheiten den Gesamtbetrag aller Forderungen der Beklagten

nicht nur vorübergehend um mehr als 10 v. H. übersteigt. Die Voraussetzungen für eine Teilfreigabe liegen jedoch nicht vor, da die Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und dem Sicherungsgeber einschließlich der Sicherungsvereinbarung unverändert fortbesteht.

22 b) Aus der Treuhandnatur des Sicherungsvertrags ergibt sich ungeachtet eines ausdrücklich vereinbarten Freigabeanspruchs die Pflicht des Sicherungsnehmers, die Sicherheit schon vor Beendigung des Vertrags zurückzugewähren, wenn und soweit sie endgültig nicht mehr benötigt wird. Diese Pflicht folgt gemäß § 157 BGB aus dem fiduziarischen Charakter der Sicherungsabrede sowie der Interessenlage der Vertragsparteien. Soweit Sicherheiten nicht nur vorübergehend nicht mehr benötigt werden, ist ihr weiteres Verbleiben beim Sicherungsnehmer ungerechtfertigt (vgl. BGH, Beschluss vom 27.11.1997, GSZ 1/97 und 2/97, BGHZ 137, 212, 219). Wenn sich aus der Sicherungsvereinbarung nichts anderes ergibt, muss daher die Grundsuld in diesen Fällen auf Verlangen des Sicherungsgebers auch in Teilen zurückgewährt werden (vgl. Senat, Urteil vom 19.04.2013, V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 Rdnr. 12; Urteil vom 08.12.1989, V ZR 53/88, NJW-RR 1990, 455; BGH, Urteil vom 19.04.2018, IX ZR 230/15, BGHZ 218, 261 Rdnr. 65).

23 c) Entgegen der Ansicht der Revision liegt eine lediglich vorübergehende Übersicherung des Sicherungsnehmers nicht nur dann vor, wenn eine Revaluierung oder das Entstehen sonstiger zu sichernder Forderungen gegen den Sicherungsgeber konkret absehbar ist und bevorsteht. Vorübergehend ist eine Übersicherung bei einer weiten Sicherungsabrede vielmehr solange, bis sie endgültig ist (vgl. BGH, Beschluss vom 27.11.1997, GSZ 1/97 und 2/97, BGHZ 137, 212, 219). Der Anspruch des Sicherungsgebers auf Teilfreigabe einer Sicherheit setzt daher nach gefestigter Rechtsprechung des BGH den Eintritt einer insoweit endgültigen Übersicherung des Sicherungsnehmers und damit den Wegfall des Sicherungszwecks voraus (vgl. Senat, Urteil vom 19.04.2013, V ZR 47/12, BGHZ 197, 155, Rdnr. 12; BGH, Urteil vom 14.05.1996, XI ZR 257/94, BGHZ 133, 25, 30; Urteil vom 10.11.2011, IX ZR 142/10, BGHZ 191, 277 Rdnr. 16; Urteil vom 19.04.2018, IX ZR 230/15, BGHZ 218, 261 Rdnr. 65). Das ist bei einer weiten Sicherungsvereinbarung (erst) der Fall, wenn die Geschäftsbeziehung zwischen Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer beendet (vgl. Senat, Urteil vom 19.04.2013, V ZR 47/12, BGHZ 197, 155 Rdnr. 12) oder wenn die Sicherungsvereinbarung geändert oder gekündigt wurde (vgl. *Gladenbeck/Samhat*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 602; *Otte*, DNotZ 2011, 897, 899). Denn dann ist eine Revaluierung der Grundsuld ungeachtet des vereinbarten weiten Sicherungszwecks sicher abgeschlossen (vgl. BGH, Urteil vom 10.11.2011, IX ZR 142/10, BGHZ 191, 277 Rdnr. 15). An einer Beendigung der gesamten Geschäftsbeziehung zwischen der Beklagten und dem Sicherungsgeber oder einer Änderung oder Kündigung der Sicherungsvereinbarung mangelt es aber, wie vorstehend bereits ausgeführt (vgl. Rdnr. 17).

24 d) Zutreffend nimmt das Berufungsgericht schließlich an, dass das klagende Land ein Teilfreigabeverlangen nicht wirksam geltend machen kann. Im Verlangen auf Rückge-

währ einer nicht oder nicht voll valuierten Grundschuld liegt zwar regelmäßig die konkludente Kündigung einer weiten Sicherungsabrede, da die Kündigung nicht ausdrücklich erklärt werden muss (vgl. *Gladenbeck/Samhat*, Kreditsicherung durch Grundschulden, Rdnr. 737). Die Pfändung des Rückgewähranspruchs verschafft dem Vollstreckungsgläubiger aber kein Kündigungsrecht (vgl. hierzu oben Rdnr. 18).

(...)

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

18. Unzulässige Berufsbezeichnung als „Notar und Mediator“

BGH, Beschluss vom 11.07.2022, NotZ(Brfg) 6/21
(Vorinstanz: OLG München, Beschluss vom 23.08.2021, VA-Not 2/20)

BNotO § 29 Abs. 1, § 67 Abs. 2 Satz 3 Nr. 7

LEITSÄTZE:

1. **Durch die Verwendung der Bezeichnung „Mediator“ gleichwertig neben der Amtsbezeichnung „Notar“ kann beim rechtsuchenden Publikum, dem die Tätigkeiten des Notars außerhalb der Beurkundung von Rechtsvorgängen regelmäßig wenig geläufig sind, der falsche Eindruck hervorgerufen werden, der die Bezeichnung „Notar & Mediator“ Führende über neben seinem Amt einen weiteren Beruf aus, der über das reguläre Tätigkeitsspektrum eines Notars hinausgehe.**
2. **Die Verwendung der Berufsbezeichnung „Notar & Mediator“ in der Öffentlichkeit (zum Beispiel auf Briefbögen oder im Internetauftritt) unterliegt daher als irreführende Selbstdarstellung des Notars dem Verbot berufswidriger Werbung gemäß § 29 Abs. 1 BNotO.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Parteien streiten über die Zulässigkeit der Führung der Bezeichnung „Notar & Mediator“.

2 Der Kläger ist hauptberuflicher Notar in Bayern. Er ist zudem ausgebildeter und zertifizierter Mediator. Hierauf will er in der Öffentlichkeit durch Führung der Bezeichnung „Notar & Mediator“ hinweisen. Dementsprechend machte er gegenüber der beklagten LNotK, zuletzt mit Schreiben vom 01.09.2020, geltend, dass die Bezeichnung „Mediator“ gerechtfertigt und zulässig sei. Mit Schreiben vom 11.11.2020 teilte ihm der Präsident der beklagten Kammer daraufhin unter dem Betreff „Hinweis auf Ihre Tätigkeit als Mediator“ mit, dass und warum die Kammer die Führung der Berufsbezeichnung „Mediator“ im Zusammenhang mit der Amtsbezeichnung als Notar nicht mit Abschnitt VII der „Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Landesnotarkammer Bayern nach § 67 Abs. 2

BNotO“ (im Folgenden: Richtlinien) für vereinbar halte. Das Schreiben, dem eine Rechtsbehelfsbelehrung nicht beigelegt war, endet mit dem Satz: „Ich fordere Sie auf, die Führung der Berufsbezeichnung ‚Mediator‘ zu unterlassen.“ Die mit der Ankündigung der Beschreitung des Rechtswegs verbundene Aufforderung des Klägers, ihre Rechtsauffassung aufzugeben, lehnte die Beklagte mit weiterem Schreiben vom 01.12.2020 ab. Zugleich erläuterte sie, dass es sich nach ihrem Verständnis bei dem Schreiben vom 11.11.2020 nicht um einen Bescheid, sondern nur um die Mitteilung ihrer Rechtsauffassung gehandelt habe. Für den Fall, dass der Kläger die Berufsbezeichnung „Notar & Mediator“ entgegen ihrer Rechtsauffassung führe, kündigte sie eine Entscheidung des Vorstands über die Ergreifung aufsichtsrechtlicher Maßnahmen an.

3 Hierauf hat der Kläger Klage mit den Anträgen erhoben, den Bescheid der Beklagten vom 11.11.2020 aufzuheben, hilfsweise festzustellen, dass der Kläger zur Führung der Tätigkeitsbezeichnung „Mediator“ berechtigt sei. Das OLG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung hat es nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seinem Antrag auf Zulassung der Berufung.

4 II. Der zulässige Antrag auf Zulassung der Berufung ist nicht begründet.

5 1. Das OLG hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt, die Anfechtungsklage sei bereits unzulässig, weil es sich bei dem Schreiben der Beklagten vom 11.11.2020 mangels Regelungswirkung nicht um einen Verwaltungsakt handele. Die hilfsweise erhobene Feststellungsklage sei als vorbeugende Feststellungsklage hingegen zulässig, aber unbegründet. Der Kläger sei gemäß § 29 Abs. 1, § 67 Abs. 2 Satz 1 und 3 Nr. 7 BNotO i. V. m. Abschnitt VII Nr. 1.3 lit. c und e, Nr. 1.4 und 2.1 der Richtlinien nicht berechtigt, neben der Amtsbezeichnung „Notar“ die Tätigkeitsbeschreibung „Mediator“ zu führen. Denn dies stelle eine unzulässige Werbung dar. Dem Beklagten gehe es durch die zusätzliche Tätigkeitsbezeichnung als „Mediator“ darum, die eigenen besonderen Qualitäten gegenüber den von ihm sog. „Hobbymediatoren“ (Notare ohne zertifizierte Mediatorenausbildung) plakativ herauszustellen. Den angesprochenen Verkehrskreisen werde der Eindruck vermittelt, der Kläger besitze berufsübergreifende, ihn gegenüber „gewöhnlichen“ Notaren besonders auszeichnende Fähigkeiten. Der rechtsuchende Bürger solle durch diese reklamehafte Darstellung dazu verleitet werden, sich an den Kläger aufgrund dessen scheinbar größeren Wissens und breiteren Leistungsspektrums zu wenden. Diese Art der wertenden Selbstdarstellung widerspreche nicht nur Abschnitt VII Nr. 2.1 der Richtlinien, wonach der Notar im Zusammenhang mit seiner Amtsbezeichnung nur akademische Grade und bestimmte Titel führen dürfe, sondern erfülle auch den Tatbestand der irreführenden Werbung. Einem durchschnittlichen Angehörigen des angesprochenen Publikums werde regelmäßig nicht bekannt sein, dass grundsätzlich jeder Notar aufgrund seines Tätigkeitsspektrums als Mediator in Betracht komme. Dem unbefangenen Betrachter erschließe sich nicht, weshalb eine von einem bestimmten Berufsbild ohnehin umfasste Tätigkeit zusätz-

lich zur Berufsbezeichnung genannt werde. Er werde deshalb ohne Weiteres von einem Zweitberuf ausgehen. Aufgrund der kumulativen Nennung ohne Hervorhebung einer der Tätigkeitsbezeichnungen bzw. ohne nähere Erläuterungen dränge sich dieser Eindruck geradezu auf.

6 2. Ein Grund zur Zulassung der Berufung gemäß § 124 Abs. 2 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO liegt nicht vor.

7 a) Die Zulassung der Berufung ist nicht wegen ernstlicher Zweifel an der Richtigkeit der angefochtenen Entscheidung (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO i. V. m. § 111d Satz 2 BNotO) geboten.

8 aa) Ernstliche Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils bestehen, wenn der Antragsteller im Zulassungsverfahren einen einzelnen tragenden Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung der angefochtenen Entscheidung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt hat und sich dies auf die Richtigkeit des Ergebnisses auswirken kann (st. Senatsrechtsprechung, zum Beispiel Senat, Beschlüsse vom 20.07.2015, NotZ(Brfg) 12/14, DNotZ 2015, 872 Rdnr. 19 [insoweit nicht in BGHZ 206, 248 abgedruckt]; vom 23.11.2015, NotSt(Brfg) 5/15, DNotZ 2016, 311 Rdnr. 5; vom 20.07.2020, NotZ(Brfg) 5/19, ZNotP 2020, 48 Rdnr. 2; vom 15.11.2021, NotZ(Brfg) 3/21, ZNotP 2022, 206 Rdnr. 8 und vom 14.03.2022, NotZ(Brfg) 10/21, juris Rdnr. 9; jew. m. w. N.; siehe auch BeckOK-BNotO/Herrmann, Stand: 31.07.2021, § 111d BNotO Rdnr. 3; Kopp/R.-W. Schenke, VwGO, 27. Aufl., § 124 Rdnr. 7).

9 bb) Diese Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Das OLG ist zu Recht davon ausgegangen, dass das Führen der Berufsbezeichnung „Notar & Mediator“ nach § 29 Abs. 1, § 67 Abs. 2 Satz 1 und 3 Nr. 7 BNotO i. V. m. Abschnitt VII Nr. 1.3 lit. c und e der Richtlinien der LNotK Bayern als amtswidrige irreführende Selbstdarstellung nicht zulässig ist. Die dagegen von dem Kläger vorgebrachten Einwände greifen nicht durch.

10 (1) Der Kläger ist der Auffassung, die schlichte Angabe „Mediator“ erfülle nicht das Merkmal „gewerblichen Verhaltens“ im Sinne des § 29 Abs. 1 BNotO. Eine berufswidrige Werbung bzw. eine dem öffentlichen Amt widersprechende Werbung des Klägers liege offensichtlich nicht vor. Auch die Richtlinien der LNotK enthielten keine tragfähige Rechtsgrundlage für ein Verbot der Zusatzbezeichnung „Mediator“. Aus Abschnitt VII Nr. 2.1 der Richtlinien könne nur entnommen werden, dass akademische Grade und Titel wie Justizrat und Professor zulässig seien. Ein Umkehrschluss, dass andere Zusatzbezeichnungen wie hier „Notar & Mediator“ unzulässig seien, könne daraus nicht hergeleitet werden. Ebenso wenig handele es sich um eine nach Abschnitt VII Nr. 1.4 der Richtlinien untersagte Angabe eines Tätigkeits- oder Interessenschwerpunktes. Da der Kläger nur wahrheitsgemäß auf seine spezielle Ausbildung als (zertifizierter) Mediator hinweise, scheide eine rechtlich relevante Irreführung im Sinne von Abschnitt VII Nr. 1.3 lit. e der Richtlinien von vornherein aus. Mit der Bezeichnung „Mediator“ werde nicht die Ausübung einer weiteren beruflichen Tätigkeit behauptet. Sie sei zulässig, da sie lediglich einen Hinweis auf einen Teilbereich der notariellen Amtstätigkeit impliziere.

11 (2) Diese Ausführungen sind nicht geeignet, die angefochtene Entscheidung in Frage zu stellen. Durch die Verwendung der auch in ihrem optischen Erscheinungsbild gleichwertigen Berufsbezeichnungen „Notar & Mediator“ wird beim rechtsuchenden Publikum der unzutreffende Eindruck erweckt, der Notar übe neben seinem Amt einen weiteren Beruf aus. Er habe eine weitere berufliche Qualifikation erworben, die ihn zu Tätigkeiten berechtige, die außerhalb des regulären notariellen Tätigkeitsspektrums lägen. In dem Gebrauch der Bezeichnung „Notar & Mediator“ liegt daher eine gegen § 29 Abs. 1, § 67 Abs. 2 Satz 1 und 3 Nr. 7 BNotO i. V. m. Abschnitt VII Nr. 1.3 lit. c und e der Richtlinien verstoßende irreführende Selbstdarstellung.

12 Gemäß § 29 Abs. 1 BNotO hat der Notar jedes gewerbliche Verhalten, insbesondere eine dem öffentlichen Amt widersprechende Werbung zu unterlassen. Dem Notar, der gemäß § 1 BNotO ein öffentliches Amt ausübt, ist grundsätzlich jedes Verhalten untersagt, das den Eindruck erwecken könnte, seine Unparteilichkeit und Unabhängigkeit werde durch ein gewerbliches, gewinnorientiertes Marktverhalten beeinflusst (Senat, Beschluss vom 11.05.2009, NotZ 17/08, DNotZ 2010, 75 Rdnr. 13). Soweit § 29 Abs. 1 BNotO eine berufswidrige Werbung verbietet, ist dies als flankierende Maßnahme zur Sicherung einer ordnungsgemäßen Berufsausübung der Notare gerechtfertigt (BVerfG, DNotZ 1998, 69, 72; 2009, 792 Rdnr. 15). Werbung, die eine wertende Selbstdarstellung des Notars oder seiner Dienste enthält, ist deshalb verboten (Abschnitt VII Nr. 1.3 lit. c der Richtlinien; siehe auch Senat, Beschluss vom 23.04.2018, NotZ(Brfg) 6/17, DNotZ 2018, 930 Rdnr. 33). Irreführende Werbung ist stets standeswidrig (Abschnitt VII Nr. 1.3 lit. e der Richtlinien; BeckOK-BNotO/Frisch, § 29 Rdnr. 26).

13 Mediation ist Teil der notariellen Amtstätigkeit nach § 24 BNotO (Arndt/Lerch/Sandkühler, BNotO, 8. Aufl., § 29 Rdnr. 16). Sie kann von jedem Notar durchgeführt werden. Demgemäß bestimmt § 126 Abs. 1 Satz 1 GNotKG, dass für die Tätigkeit des Notars als Mediator durch öffentlich-rechtlichen Vertrag eine Gegenleistung in Geld zu vereinbaren ist. Es ist deshalb bereits verfehlt, wenn der Kläger geltend macht, die meisten Notare seien lediglich „Hobbymediatoren mit allen Risiken für die Verbraucher“ (OLGU 14 Abs. 1). In diesem Zusammenhang muss allerdings auch berücksichtigt werden, dass es dem rechtsuchenden Publikum häufig nicht bekannt sein dürfte, dass jeder Notar bereits im Rahmen seiner Amtstätigkeit zur Mediation berufen ist (vgl. Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl., VII RLEmBNotK Rdnr. 39).

14 Vor diesem Hintergrund kann durch die Verwendung der Bezeichnung „Mediator“ gleichwertig neben der Amtsbezeichnung „Notar“ beim rechtsuchenden Publikum, dem die Tätigkeiten des Notars außerhalb der Beurkundung von Rechtsvorgängen regelmäßig wenig geläufig sind, der falsche Eindruck hervorgerufen werden, der die Bezeichnung „Notar & Mediator“ Führende übe neben seinem Amt einen weiteren Beruf aus, der über das reguläre Tätigkeitsspektrum eines Notars hinausgehe, sodass der Titelführende jenseits der notariellen Tätigkeit ein Mehr an Leistungen im Bereich der Rechtspflege erbringe. Die schlichte Angabe

„Notar & Mediator“ wird in der Laiensphäre nicht als bloßer Hinweis auf die jedem Notar mögliche Mediationstätigkeit bzw. auf eine Ausbildung des Notars zum zertifizierten Mediator verstanden. Vielmehr besteht die Gefahr, dass die Bezeichnung „Mediator“ in dieser Weise mit einer in einem rechtsförmlichen Verfahren verliehenen Berufsbezeichnung ähnlich der Fachanwaltsbezeichnung im anwaltlichen Berufsrecht verwechselt werden kann (Rundschreiben der BNotK 22/2000 Nr. II 1). Die Verwendung der gleichwertigen Berufsbezeichnung „Notar & Mediator“ in der Öffentlichkeit (zum Beispiel auf Briefbögen oder im Internetauftritt) unterliegt daher als irreführende Selbstdarstellung des Notars dem Verbot berufswidriger Werbung gemäß § 29 Abs. 1 BNotO.

15 Daran vermag auch der Hinweis des Klägers auf das Rundschreiben Nr. 4/2015 der Notarkammer Mecklenburg-Vorpommern nichts zu ändern. Ungeachtet dessen, dass abweichende Regelungen im Bereich anderer Notarkammern – hier der LNotK Bayern – möglich sind, befasst sich das Rundschreiben nicht mit der Verwendung der gleichwertigen Bezeichnung „Notar & Mediator“ gegenüber dem rechtsuchenden Publikum. Darin wird lediglich dargelegt, dass es zulässig sei, wenn der Notar einen untergeordneten und nicht in besonderer Weise hervorgehobenen Hinweis auf die Mediationstätigkeit auf dem Briefkopf führe. Für zulässig erklärt wird die Verwendung des Begriffs des Mediators bzw. zertifizierten Mediators lediglich, wenn Platzierung und Gestaltung die vorgenannten Voraussetzungen erfüllen sowie ausgeschlossen ist, dass dadurch der Eindruck eines Zweitberufs erweckt wird (Frenz/Miermeister, a. a. O.). Daran fehlt es vorliegend, da durch die Verwendung der gleichwertigen Bezeichnung „Notar & Mediator“ beim rechtsuchenden Publikum, wie ausgeführt, der irreführende Eindruck hervorgerufen wird, der Notar übe neben seiner notariellen Amtstätigkeit aufgrund einer zusätzlichen beruflichen Qualifikation eine weitere berufliche Tätigkeit aus.

16 Da die Führung der Bezeichnung „Notar & Mediator“ in der Öffentlichkeit mit § 29 Abs. 1 BNotO i. V. m. Abschnitt VII Nr. 1.3 lit. c und e der Richtlinien unvereinbar ist, kann dahinstehen, ob zugleich die Tatbestände der unzulässigen Angabe eines Tätigkeits- oder Interessenschwerpunktes (Abschnitt VII Nr. 1.4 der Richtlinien) oder der unzulässigen Titelführung im Sinne von Abschnitt VII Nr. 2.1 der Richtlinien erfüllt sind.

17 (3) Der weitere Einwand des Klägers, die Richtigkeit des angefochtenen Urteils sei auch deshalb ernsthaften Zweifeln ausgesetzt, weil das darin gebilligte Verbot der Führung der Bezeichnung „Notar & Mediator“ gegen das Gebot der Verhältnismäßigkeit verstoße und daher mit dem Grundrecht der Berufsausübung aus Art. 12 Abs. 1 GG unvereinbar sei, greift ebenfalls nicht durch.

18 Der Kläger, der als Notar einen staatlich gebundenen Beruf ausübt, kann für seine berufliche Tätigkeit grundsätzlich den Schutz des Art. 12 Abs. 1 GG beanspruchen. Zu den dadurch geschützten berufsbezogenen Handlungen gehört die berufliche Außerdarstellung einschließlich der Werbung für die Inanspruchnahme ihrer Dienste. Regelungen der Berufsausübung müssen dem Rechtssatzvorbehalt des

Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG genügen und durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gedeckt sein. Darüber hinaus ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit einzuhalten. Das gewählte Mittel muss zur Erreichung des verfolgten Zwecks geeignet und erforderlich sein und auch die Grenze der Angemessenheit und Zumutbarkeit wahren (zum Beispiel BVerfG, DNotZ 2005, 931, 932 und 2009, 702 Rdnr. 40).

19 Ob der Kläger – wie er geltend macht – sich hinsichtlich des Verbots, die Bezeichnung „Notar & Mediator“ zu führen, auf den Schutz der Berufsfreiheit berufen kann, kann letztlich dahinstehen. Jedenfalls wird die durch § 29 Abs. 1, § 67 Abs. 2 Satz 1 und 3 Nr. 7 BNotO in Verbindung mit den Richtlinien der LNotK geschützte ordnungsgemäße Berufsausübung durch eine amtswidrige irreführende Selbstdarstellung in Frage gestellt. Ein solches Verhalten zu verhindern, stellt ein legitimes Ziel des Gesetzgebers dar (vgl. BVerfG, DNotZ 2009, 792 Rdnr. 17). Das Verbot ist auch eine verhältnismäßige Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit zur Wahrung einer geordneten Rechtspflege. Es ist geeignet und erforderlich, die durch Verwendung der Bezeichnung „Notar & Mediator“ mögliche Fehlvorstellung bei dem rechtsuchenden Publikum hinsichtlich der Ausübung eines Zweitberufs zu vermeiden und zu gewährleisten, dass die Notare in einheitlicher Weise in der Öffentlichkeit in Erscheinung treten (vgl. Senat, Urteil vom 23.04.2018, NotZ(Brfg) 6/17, DNotZ 2018, 930 Rdnr. 24). Das Verbot steht auch nicht im engeren Sinn außer Verhältnis zu der Berufsausübungsfreiheit des Klägers, der dadurch – wie die Beklagte zu Recht anführt – nicht daran gehindert wird, auf seine Ausbildung als zertifizierter Mediator und seine Mediatorentätigkeit allgemein hinzuweisen, zum Beispiel im Rahmen der (zurückhaltenden) Gestaltung von Werbemedien wie Visitenkarten, Broschüren und des Internetauftritts (Homepage). Hierdurch kann auch dem Informationsinteresse des rechtsuchenden Publikums angemessen Rechnung getragen werden (vgl. Lerch/Sandkühler, a. a. O.).

20 (4) Da das OLG zu Recht angenommen hat, dass der Kläger nicht berechtigt ist, neben der Amtsbezeichnung „Notar“ gleichwertig die Tätigkeitsbezeichnung „Mediator“ zu führen, kann offenbleiben, ob das Schreiben der beklagten Notarkammer vom 11.11.2020 als Verwaltungsakt im Sinne von § 35 Satz 1 VwVfG i. V. m. § 64a Abs. 1 BNotO anzusehen ist. Die erhobene Anfechtungsklage wäre dann zwar statthaft, müsste aber als unbegründet abgewiesen werden. Die Zulassung der Berufung nach § 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO scheidet aus, wenn ein Urteil zwar möglicherweise zu Unrecht mit der Unzulässigkeit der Klage begründet worden ist, aber, wie hier, feststeht, dass der mit der Klage geltend gemachte Anspruch jedenfalls nicht besteht (vgl. VGH München, NVwZ-RR 2004, 223; Kopp/W.-R. Schenke, a. a. O. Rdnr. 7a). Im vorliegenden Fall kommt hinzu, dass das OLG den Hilfsantrag auf Feststellung, dass der Kläger zur Führung der Tätigkeitsbezeichnung „Mediator“ berechtigt sei, als zulässig erachtet und dessen Begründetheit nach umfassender Prüfung verneint hat.

21 b) Aus den vorgenannten Gründen ist die Zulassung der Berufung auch nicht wegen grundsätzlicher Bedeutung der Sache (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO, § 111d Satz 2 BNotO) ver-

anlasst. Die Frage, ob der Kläger als hauptberuflicher Notar berechtigt ist, in der Öffentlichkeit die Bezeichnung „Notar & Mediator“ zu führen, lässt sich auf der Grundlage von § 29 Abs. 1 BNotO in Verbindung mit den hierzu ergangenen Richtlinien der Notarkammer und anhand der zitierten Rechtsprechung des BVerfG und des BGH ohne Weiteres beantworten. Weiterer Klärungsbedarf besteht nicht, insbesondere nicht im Hinblick darauf, ob und inwieweit einem Notar die Führung sonstiger Zusatzbezeichnungen gestattet ist.

(...)

19. Notarielle Belehrungspflichten bei Veräußerung eines Grundstücks ohne eigenen Zugang zu öffentlicher Straße

OLG Hamm, Urteil vom 11.08.2021, 11 U 114/20

BNotO § 19 Abs. 1

LEITSATZ:

Wird ein abzutrennendes Grundstück ohne eigenen Zugang zu einer öffentlichen Straße veräußert, kann es zu den Pflichten des den Kaufvertrag beurkundenden Notars gehören, die Beteiligten über die Möglichkeit der Vereinbarung eines Wegerechts und dessen Absicherung durch eine Grunddienstbarkeit zu belehren. Der Minderwert eines Grundstücks, der daraus resultiert, dass die dingliche Sicherung eines – im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung begründeten – Wegerechts unterbleibt, kann ein vom Notar zu ersetzender Schaden sein. Die Haftung eines Notars für den Schaden ist aufgrund einer anderweitigen Ersatzmöglichkeit derzeit ausgeschlossen, wenn der geschädigte Käufer aufgrund einer anwaltlichen Pflichtverletzung einen Anspruch auf Ersatz des Schadens gegen seinen Prozessbevollmächtigten hat.

ÖFFENTLICHES RECHT

20. Erschließungssicherung bei Bauvorhaben

OVG Saarlouis, Beschluss vom 10.08.2022, 2 A 209/21

BauGB § 30 Abs. 1

GG Art. 3 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Der Begriff der planungsrechtlich gesicherten Erschließung in den §§ 30 bis 35 BauGB ist ein bundesrechtlicher Begriff, der nicht durch Landesrecht konkretisiert oder modifiziert wird. Zu ihm gehört eine Sicherung nicht nur in tatsächlicher, sondern vor allem in rechtlicher Hinsicht. Die konkrete Erschließung muss auf Dauer zur Verfügung stehen.

2. Daraus folgt, dass eine rein schuldrechtliche Vereinbarung des Bauherrn mit einem privaten Nachbarn hierfür nicht ausreicht. Hingegen bestehen aus bundesrechtlicher Sicht keine Bedenken, eine gesicherte Zufahrt nicht nur anzunehmen, wenn die Zufahrt zum öffentlichen Straßennetz öffentlichrechtlich, zum Beispiel durch eine Baulast, sondern beispielsweise auch dann, wenn sie dinglich, etwa durch eine Grunddienstbarkeit, gesichert ist.

(...)

21. Fristbeginn zur Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts nach § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB

VGH Mannheim, Urteil vom 30.09.2021, 3 S 2595/20

BauGB § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 24 Abs. 3 Satz 1, § 28 Abs. 2, §§ 144, 145 Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. Die Frist zur Ausübung des Vorkaufsrechts nach § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB beginnt erst zu laufen, wenn der Gemeinde alle Wirksamkeitsvoraussetzungen, insbesondere auch die Erteilung der erforderlichen sanierungsrechtlichen Genehmigung oder der Eintritt der Genehmigungsfiktion, durch den Verkäufer oder Käufer mitgeteilt worden sind. Dies gilt aus Gründen der Rechtssicherheit auch dann, wenn bei kleineren Gemeinden alle maßgeblichen Informationen vorhanden sind oder die Zuständigkeiten in einer Hand liegen (wie VGH Baden-Württemberg, Urteil vom 01.03.1996, 3 S 13/94).
2. Der mit der Vorkaufsrechtsausübung verbundene Eingriff in die Privatautonomie kann es erfordern, zum Ausübungszeitpunkt höhere Anforderungen an die Präzisierung der Sanierungsziele zu stellen als bei Erlass der Sanierungssatzung. Der Gemeinderatsbeschluss über die Ausübung des Vorkaufsrechts ersetzt nicht ohne Weiteres die Willensbildung der Gemeinde über die Fortschreibung und Konkretisierung der Sanierungsziele, auch wenn beide Entscheidungen zeitgleich ergehen können.

Die Entscheidung und deren Konsequenzen für die notarielle Praxis bespricht Notar a. D. Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz in MittBayNot 2022, 407.

STEUERRECHT

22. Wertfeststellung einer Stiftung & Co. KG für Erbschaftsteuerzwecke

BFH, Urteil vom 27.04.2022, II R 9/20

BewG § 95 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5, § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Nr. 4, Satz 2
EStG § 15 Abs. 3 Nr. 2
KStG § 1 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 5, § 8 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Eine Stiftung & Co. KG ist keine gewerblich geprägte Personengesellschaft.
2. Für eine vermögensverwaltende Stiftung & Co. KG, bei der ausschließlich eine Stiftung persönlich haftende Gesellschafterin ist, ist ein Wert nach § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BewG festzustellen.
3. Das Erbschaftsteuerfinanzamt entscheidet, ob eine Wertfeststellung dem Grunde nach erforderlich ist. Dem zur Wertfeststellung nach § 151 Abs. 1 Satz 1 BewG berufenen Finanzamt obliegt die Entscheidung über die Qualifikation des Feststellungsgegenstands nach den Kategorien des § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 4 BewG.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

19 2. Für eine vermögensverwaltende Stiftung & Co. KG, bei der ausschließlich eine Stiftung persönlich haftende Gesellschafterin ist, ist ein Wert nach § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BewG festzustellen. § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BewG ist nicht anwendbar.

20 a) Die vermögensverwaltende Stiftung & Co. KG ist keine gewerblich geprägte Personengesellschaft i. S. von § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG (ebenso - für Ertragsteuern und zum Bewertungsrecht - Urteile des FG Saarland vom 18.11.2010, 1 K 2455/06, EFG 2011, 2067, Rdnr. 34, und des Hessischen FG vom 14.11.2012, 10 K 625/08, Deutsches Steuerrecht 2013, 1011, Rdnr. 85; Kraeusel/Feldgen, eKomm Stand 26.06.2021, § 15 EStG Rdnr. 346; Korn/Bodden, § 15 EStG Rdnr. 160.3, 295; Stenger/Loose/Dötsch, Bewertungsrecht, § 97 BewG Rdnr. 914; Herrmann/Heuer/Raupach/Stapperfend, § 15 EStG Rdnr. 1455; Kirchhof/Seer/Krumm, EStG, 21. Aufl. 2022, § 15 Rdnr. 138; Brandis/Heuermann/Bode, § 15 EStG Rdnr. 277, 282; Schmidt/Wacker, EStG, 41. Aufl. 2022, § 15 Rdnr. 216; BeckOK EStG/Schenke, Stand 01.03.2022, EStG § 15 Rdnr. 2430).

21 b) Gegenstand der Feststellung nach § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BewG ist der Wert des Betriebsvermögens oder des Anteils am Betriebsvermögen. Die Vorschrift nimmt Bezug auf §§ 95 bis 97 BewG. Nach § 95 Abs. 1 Satz 1 BewG umfasst das Betriebsvermögen alle Teile eines Gewerbebetriebs i. S. des § 15 Abs. 1 und 2 EStG, die bei der steuerlichen Gewinnermittlung zum Betriebsvermögen gehören. Nach § 97 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BewG bilden einen Gewerbe-

betrieb u. a., alle Wirtschaftsgüter, die einer Gesellschaft i. S. d. § 15 Abs. 3 EStG mit Geschäftsleitung oder Sitz im Inland gehören. Dazu gehören auch die gewerblich geprägten Personengesellschaften i. S. von § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG. Andere Unternehmensformen eines Gewerbebetriebs kommen im Streitfall ersichtlich nicht in Betracht.

22 c) Nach § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG gilt als Gewerbebetrieb in vollem Umfang die mit Einkünfteerzielungsabsicht unternommene Tätigkeit einer Personengesellschaft, die keine Tätigkeit i. S. des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ausübt und bei der ausschließlich eine oder mehrere Kapitalgesellschaften persönlich haftende Gesellschafter sind und nur diese oder Personen, die nicht Gesellschafter sind, zur Geschäftsführung befugt sind (gewerblich geprägte Personengesellschaft). Stiftungen sind keine Kapitalgesellschaften i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG. § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 6 KStG zählt die unbeschränkt körperschaftsteuerpflichtigen Körperschaften, Personenvereinigungen und Vermögensmassen auf. Dazu gehören nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG die Kapitalgesellschaften (insbesondere Europäische Gesellschaften, AG, KGaA, GmbH), ferner nach § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG die nichtrechtsfähigen Vereine, Anstalten, Stiftungen und anderen Zweckvermögen des privaten Rechts. Zwar öffnet § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG den Begriff der Kapitalgesellschaft („insbesondere“). Der Gesetzgeber meinte damit aber Gesellschaften ohne deutsches oder europäisches Gründungsstatut, die aufgrund eines Typenvergleichs einer Kapitalgesellschaft entsprechen (vgl. BT-Drucks. 16/2710, S. 30). Ungeachtet der Reichweite der Öffnungsklausel kann § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG Stiftungen zudem schon deshalb nicht erfassen, weil Stiftungen in § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG anderweit ausdrücklich genannt sind.

23 d) Der Kapitalgesellschaftsbegriff des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG kann nicht durch normenspezifische Auslegung auf Stiftungen erweitert werden.

24 aa) § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG wurde geschaffen, um der vormaligen Geprägetheorie des BFH eine gesetzliche Grundlage zu geben. Der BFH war in früherer Zeit davon ausgegangen, dass die Tätigkeit einer GmbH & Co. KG jedenfalls dann stets einen Gewerbebetrieb darstellte, wenn die geschäftsführende GmbH der alleinige Komplementär war (grundlegend BFH, Urteil vom 17.03.1966, IV 233, 234/65, BFHE 84, 471, BStBl III 1966, 171, Leitsatz). Er hatte sich darauf gestützt, dass einerseits die Tätigkeit einer Kapitalgesellschaft stets als Gewerbebetrieb galt, dass andererseits eine Komplementärin durch persönliche Haftung und Geschäftsführung die KG prägte. Der Große Senat des BFH hatte in seinem Beschluss vom 25.06.1984, GrS 4/82 (BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751, unter C.III.3. sowie D.3.) diese Rechtsprechung aufgegeben. Mit § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG sollte die vormalige Geprägerechtsprechung gesetzlich verankert werden (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 19.07.1985, BT-Drucks. 10/3663, S. 6, 8, sowie Bericht des Finanzausschusses vom 10.12.1985, BT-Drucks. 10/4513, S. 22).

25 bb) Ungeachtet der Frage, ob im Rahmen von § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG ein von § 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG abweichendes Begriffsverständnis dem Grunde nach überhaupt möglich ist,

weist eine Stiftung & Co. KG, bei der die geschäftsführende Stiftung alleinige Komplementärin ist, die konstitutiven Merkmale der Gepräge Theorie nicht auf. Deren Ausgangspunkt war der Umstand, dass die allein unbeschränkt haftende und geschäftsführende Komplementärin zwingend Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt, wenn sie Kapitalgesellschaft ist. Mit dieser Eigenschaft prägt sie die KG unter der weiteren, für sich allein aber gerade nicht ausreichenden Voraussetzung, dass eine zur Vertretung der GmbH & Co. berechnete natürliche Person fehlt. Anders als eine GmbH erzielt eine Stiftung nicht kraft Rechtsform Einkünfte aus Gewerbebetrieb. Gemäß § 8 Abs. 2 KStG sind bei unbeschränkt Steuerpflichtigen i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 KStG alle Einkünfte als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu behandeln. Stiftungen sind Steuerpflichtige i. S. des § 1 Abs. 1 Nr. 5 KStG und fallen nicht in den Anwendungsbereich des § 8 Abs. 2 KStG. Die Qualifizierung der Einkünfte einer Stiftung bestimmt sich demzufolge gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 KStG nach den einschlägigen Bestimmungen des EStG.

26 cc) Für eine analoge Anwendung des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG oder des § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BewG i. V. m. §§ 95, 97 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 BewG fehlt es nicht nur an einer gesetzlichen Lücke, sondern auch an einer Vergleichbarkeit der Sachverhalte. Tragender Grund der früheren Rechtsprechung und des heutigen Gesetzes sind nicht die von den Klägern genannten Strukturmerkmale. Vielmehr ist der Umstand entscheidend, dass die Kapitalgesellschaft von Rechts wegen gewerbliche Einkünfte erzielt. Zwar kann eine ausländische Gesellschaft auch dann, wenn sie nach ausländischem Recht keine Einkünfte aus Gewerbebetrieb kraft Rechtsform erzielt, als Kapitalgesellschaft qualifiziert werden und auf dieser Grundlage eine Personengesellschaft gewerblich prägen (BFH, Urteil vom 14.03.2007, XI R 15/05, BFHE 217, 438, BStBl II 2007, 924, unter II.1.a). Ist die Komplementärin aber nicht als Kapitalgesellschaft zu qualifizieren und erzielt sie selbst auch keine gewerblichen Einkünfte, fehlt auch bei weiter Auslegung der Anknüpfungspunkt für eine gewerbliche Prägung der Personengesellschaft. Die auf § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 KStG beschränkte und Nr. 5 nicht umfassende Verweisung des § 8 Abs. 2 KStG zeigt vielmehr, dass der Wille des Gesetzgebers nicht dahin geht, allen anonymisierten Strukturen Einkünfte aus Gewerbebetrieb zuzuschreiben. Eine Analogie kommt daher nicht in Betracht.

27 3. Nach diesen Maßstäben verletzt der angefochtene Bescheid die Kläger nicht in ihren Rechten.

28 Das FA war nicht daran gebunden, dass das Erbschaftsteuerfinanzamt eine Wertfeststellung nach § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BewG angefordert hatte, sondern hatte selbst zu entscheiden, ob die Wertfeststellung nach § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 oder Nr. 4 BewG vorzunehmen ist.

29 Die Feststellung nach § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BewG ist materiell-rechtlich zutreffend, da die Klägerin zu 3. als Stiftung & Co. KG insbesondere keine gewerblich geprägte Personengesellschaft ist, die eine Feststellung nach § 151 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BewG gerechtfertigt hätte. Soweit sie bisher seitens der Finanzverwaltung ertragsteuerrechtlich als

Personengesellschaft i. S. von § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG behandelt worden sein sollte, bindet das im vorliegenden Verfahren nicht.

(...)

23. Beendigung der Selbstnutzung eines Familienheims

BFH, Urteil vom 01.12.2021, II R 18/20 (Vorinstanz: FG Düsseldorf, Urteil vom 08.01.2020, 4 K 3120/18)

ErbStG § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 5

LEITSÄTZE:

- Der Erwerber eines erbschaftsteuerrechtlich begünstigten Familienheims ist aus zwingenden Gründen an dessen Nutzung zu eigenen Wohnzwecken gehindert, wenn die Selbstnutzung objektiv unmöglich oder aus objektiven Gründen unzumutbar ist. Zweckmäßigkeitserwägungen reichen nicht aus.**
- Gesundheitliche Beeinträchtigungen können zwingende Gründe darstellen, wenn sie dem Erwerber eine selbstständige Haushaltsführung in dem erworbenen Familienheim unmöglich machen.**

24. Zurechnung von Grundstücken einer Untergesellschaft

BFH, Urteil vom 01.12.2021, II R 44/18 (Vorinstanz: FG München, Urteil vom 24.10.2018, 4 K 1101/15)

FGO § 120

GrEStG § 1 Abs. 2a, § 6 Abs. 3 Satz 2, § 23

LEITSÄTZE:

- Ein inländisches Grundstück „gehört“ einer Gesellschaft i. S. d. § 1 Abs. 2a GrEStG nur dann, wenn es ihr im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld für den nach § 1 Abs. 2a GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegenden Vorgang aufgrund eines zuvor unter § 1 Abs. 1 bis 3a GrEStG fallenden und verwirklichten Erwerbsvorgangs grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen ist.**
- Ein Grundstück einer Untergesellschaft ist einer Obergesellschaft grunderwerbsteuerrechtlich nur zuzurechnen, wenn die Obergesellschaft selbst es aufgrund eines Erwerbsvorgangs nach § 1 Abs. 1 bis 3a GrEStG erworben hat.**

AUS DEN GRÜNDEN:

11. Mit notarieller Vereinbarung vom xx.xx.2011 trat A die von ihm allein gehaltenen Anteile an einer GmbH & Co. KG (A-KG) und deren Komplementärin (A-GmbH) mit Wirkung

zum yyyy.2011 an eine luxemburgische Personengesellschaft (A-S. e. c. s.) ab. Deren Gesellschaftsvermögen wiederum hielt allein A. Weiterer Gesellschafter der A-S. e. c. s. war eine Kapitalgesellschaft luxemburgischen Rechts, deren Anteile ebenfalls von A gehalten wurden.

2 Die A-KG war als Kommanditistin zu 100 % an der Klägerin und Revisionsbeklagten (Klägerin), einer GmbH & Co. KG, beteiligt. Die Klägerin ist Alleingesellschafterin einer Holding AG (X-AG). Die X-AG wurde im Rahmen einer Bargründung durch die Klägerin und durch natürliche Personen 1994 gegründet. Die Klägerin hatte bei Gründung zunächst 99,97 % der Aktien übernommen. Infolge einer noch 1994 durchgeführten Kapitalerhöhung, an der nur die Klägerin teilnahm, hielt die Klägerin 99,99 % der Aktien. Die X-AG erwarb nach der Kapitalerhöhung Grundstücke. Im Jahre 2002 übernahm die Klägerin die bislang nicht von ihr gehaltenen Aktien (0,01 %) der X-AG und war ab diesem Zeitpunkt zu 100 % an der X-AG beteiligt.

3 Infolge der 2011 durchgeführten Konzernumstrukturierung erließ der Beklagte und Revisionskläger (FA) am 22.11.2013 gegenüber der Klägerin einen unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 Abs. 1 AO) stehenden Bescheid über die gesonderte Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer (Feststellungsbescheid). Der Feststellungsbescheid beruht auf einer verbindlichen Auskunft, die der Klägerin mit Bescheid vom 14.10.2011 erteilt worden war. Ausgehend davon stellte das FA fest, dass die im Vermögen der X-AG befindlichen Grundstücke grunderwerbsteuerrechtlich zum Vermögen der Klägerin gehörten und die Konzernumstrukturierung im Hinblick auf die in die A-S. e. c. s. eingebrachten Grundstücke der X-AG nach § 1 Abs. 2a GrEStG in der im Streitjahr geltenden Fassung (GrEStG a. F.) zwar steuerbar, nach § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG a. F. jedoch steuerbefreit sei.

4 Am aa.aa.2013, mit dinglicher Wirkung zum bb.aa.2013, verkaufte die Klägerin 5,1 % der Anteile an der X-AG an eine luxemburgische Kapitalgesellschaft (B-S. a. r. l.), deren alleinige Gesellschafterin die A-S. e. c. s. war. Mit Vertrag vom cc.aa.2013 brachte die A-S. e. c. s. ihre Anteile an der A-KG und der A-GmbH in eine neu gegründete Kapitalgesellschaft luxemburgischen Rechts ein, an der die A-S. e. c. s. und die B-S. a. r. l. beteiligt waren. Durch Vertrag vom dd. aa.2013 wurde die A-KG mit Wirkung zum ee. bb.2013 in eine KGaA deutschen Rechts umgewandelt.

5 Am 04.04.2014 erließ das FA einen nach § 164 Abs. 2 AO geänderten Feststellungsbescheid „für die am xx.xx.2011 (...) beurkundete und verwirklichte Übertragung von mindestens 95 vom Hundert der Anteile im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG für die im Vermögen der X-AG befindlichen Grundstücke“. Der Anteil von A am Vermögen der A-S. e. c. s. habe sich durch den Anteilsverkauf durch die Klägerin vom aa.aa.2013 innerhalb von fünf Jahren um 5,1 % vermindert. Zudem habe A durch den Formwechsel seine restliche gesamthänderische (sachenrechtliche) Mitberechtigung an den Grundstücken der X-AG innerhalb von fünf Jahren verloren. Auch die restliche (94,9 %) Begünstigung nach § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG a. F. sei daher rückwirkend zu versagen. Den gegen diesen Änderungsbescheid eingelegten

Einspruch der Klägerin wies das FA mit Einspruchsentscheidung vom 25.03.2015 als unbegründet zurück.

6 Die Klage hatte Erfolg. Nach Auffassung des FG ist der angefochtene Bescheid schon deshalb rechtswidrig, weil die Klägerin den Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG a. F. nicht erfüllt habe. Die Grundstücke der X-AG seien der Klägerin mangels vorherigen Erwerbs grunderwerbsteuerrechtlich nicht zuzurechnen. Allein die Stellung der Klägerin als Gründungsgesellschafterin der X-AG (in Höhe von 99,97 %) reiche für eine Zurechnung der Grundstücke der X-AG nicht aus. Der Erwerb der Grundstücke durch die X-AG führe nicht automatisch zu einem grunderwerbsteuerrechtlichen Erwerb durch die Klägerin.

7 Die Absenkung der Beteiligungsgrenze für Anteilserwerbe (i. S. v. § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG a. F.) ab dem 01.01.2000 durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 – StEntlG 1999/2000/2002 – (BGBl. 1999 I, S. 402) habe mangels Erwerbstatbestand nicht zu einer grunderwerbsteuerrechtlichen Zurechnung der Grundstücke der X-AG an die Klägerin geführt. Ebenso wenig habe der Erwerb der restlichen 0,01 % der Anteile durch die Klägerin und die damit verbundene Aufstockung der Beteiligung auf 100 % im Jahre 2002 den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG a. F. verwirklicht. Zwar setze der für Beteiligungserwerbe seit dem 01.01.2000 (vgl. § 23 Abs. 6 Satz 2 GrEStG) und damit auch im Jahre 2002 geltende Erwerbstatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG a. F. nur mehr eine Beteiligung von mindestens 95 % voraus. Allerdings sei ein Übertragungsakt, an dessen Ende eine Vereinigung von mindestens 95 % der Anteile stehe, nicht mehr steuerbar, wenn bereits zuvor die kritische Grenze von 95 % überschritten gewesen sei, selbst wenn dieser Zeitpunkt vor dem Absenken der Beteiligungsgrenze gelegen haben sollte.

8 Das Urteil ist in EFG 2019, 65 veröffentlicht.

9 Dagegen richtet sich die Revision des FA. Es vertritt die Ansicht, dass der Klägerin zum Zeitpunkt der Anteilsübertragung vom xx.xx.2011 die von der X-AG erworbenen Grundstücke grunderwerbsteuerrechtlich im Zeitpunkt der Übertragung der Anteile zuzurechnen gewesen seien. Maßgebend sei für § 1 Abs. 2a GrEStG a. F. allein die Beteiligungsquote, nicht die Frage, zu welchem Zeitpunkt die X-AG als Untergesellschaft die Grundstücke erworben habe.

10 Das FA beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

11 Die Klägerin beantragt,

die Revision als unzulässig zu verwerfen, hilfsweise als unbegründet zurückzuweisen.

12 Die Revision sei bereits unzulässig, da sich das FA in der Revisionsbegründung nicht mit der Rechtsfrage befasst habe, ob der Verkauf der 5,1 % Anteile an der X-AG den Tatbestand des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG a. F. erfülle. Als Revisionskläger hätte es darlegen müssen, dass alle streitigen Rechtsfragen in seinem Sinne zu entscheiden gewesen wären.

13 Die Revision sei aber auch unbegründet. Das FG habe zu Recht die Grundstücke der Klägerin nicht grunderwerbsteuerrechtlich zugerechnet. Im Übrigen lägen auch die Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG a. F. nicht vor, da die Veräußerung der 5,1 % der Anteile an der X-KG nicht zu einer Herabsetzung der Beteiligung des A geführt hätten.

14 Die Beteiligten haben übereinstimmend auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet (§ 90 Abs. 2 FGO).

15 II. Die Revision ist zulässig. Die Begründung genügt den Anforderungen des § 120 Abs. 3 Nr. 2 lit. a FGO.

16 1. Nach § 120 Abs. 3 Nr. 2 lit. a FGO muss die Begründung der Revision die Angabe der Revisionsgründe in Gestalt einer bestimmten Bezeichnung der Umstände enthalten, aus denen sich die Rechtsverletzung ergibt. Die Begründungspflicht soll das Revisionsgericht entlasten und bei seiner Arbeit unterstützen (BFH, Beschluss vom 07.06.2018, IV R 11/14, BFH/NV 2018, 963, Rdnr. 20, m. w. N.).

17 Betrifft das Urteil einen einheitlichen Streitgegenstand, bei dem über mehrere Rechtsfragen gestritten wird, die kumulativ im Sinne des Revisionsklägers beantwortet werden müssen, um seinem Klageantrag entsprechen zu können, bedarf die Begründung der Revision einer Darlegung der Gründe, weshalb alle Rechtsfragen im Sinne des Revisionsklägers beantwortet werden müssen. Das gilt auch dann, wenn das FG sein Urteil allein auf die Verneinung einer der Rechtsfragen gestützt hat. Da in einem solchen Fall eine Auseinandersetzung mit dem Urteil des FG in Bezug auf die nicht erörterten Streitfragen allerdings nicht in Betracht kommt, können insoweit Bezugnahmen auf früheres Vorbringen ausreichen, wenn dieses schlüssige Ausführungen zu den betreffenden Rechtsfragen beinhaltet (vgl. dazu BFH-Beschluss, BFH/NV 2018, 963 Rdnr. 22).

18 2. Nach diesen Grundsätzen musste das FA zu den Voraussetzungen des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG a. F. Stellung nehmen. Ausdrücklich enthält die Revisionsbegründung dazu keine Ausführungen. Die Bezugnahme auf die Ausführungen des FG unter I. der Urteilsgründe und den darin enthaltenen Verweis auf die Ausführungen in der Einspruchsentscheidung, die sich eingehend mit § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG a. F. befasste, reicht jedoch noch aus, um die Anforderungen an die Revisionsbegründung zu erfüllen.

19 III. Die Revision ist jedoch unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Zutreffend hat das FG den angefochtenen Bescheid bereits deshalb aufgehoben, weil die Übertragung der Anteile im Jahre 2011 den Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG a. F. nicht erfüllt. Auf die Frage, ob die Übertragungen und Umwandlungen im Jahre 2013 nach § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG a. F. zu einem rückwirkenden Wegfall einer Begünstigung hätten führen können, kommt es daher nicht an.

20 1. Der Übergang von mindestens 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen an einer Personengesellschaft unterliegt nur dann nach § 1 Abs. 2a GrEStG a. F. der Grunderwerbsteuer, wenn der Gesellschaft im Zeitpunkt des

Übergangs der Anteile ein inländisches Grundstück „gehört“.

21 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 als ein auf die Übereignung eines Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft gerichtetes Rechtsgeschäft (§ 1 Abs. 2a GrEStG a. F.).

22 b) Ob ein Grundstück i. S. d. § 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 11.12.2014, II R 26/12, BFHE 247, 343 = BStBl. II 2015, S. 402 Rdnr. 18; Viskorf/Meßbacher-Hönsch, GrEStG, 20. Aufl., § 1 Rdnr. 736, 863; Pahlke, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 6. Aufl., § 1 Rdnr. 277; Hofmann, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, 11. Aufl., § 1 Rdnr. 98; Behrens/Wachter/Behrens, Grunderwerbsteuergesetz, § 1 Rdnr. 330). Diese zu § 1 Abs. 3 GrEStG entwickelten Grundsätze gelten auch für § 1 Abs. 2a GrEStG. Das folgt aus dem insoweit identischen Wortlaut und der systematischen Stellung der Vorschriften zueinander.

23 c) Danach „gehört“ ein inländisches Grundstück der Gesellschaft, wenn es ihr im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld für den nach § 1 Abs. 2a GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegenden Vorgang aufgrund eines unter § 1 Abs. 1 bis 3a GrEStG fallenden und verwirklichten Erwerbsvorgangs grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen ist (vgl. BFH-Urteil, BFHE 247, 343 = BStBl. II 2015, S. 402 Rdnr. 18 m. w. N.).

24 Ein Grundstück „gehört“ nicht (mehr) zum Vermögen der Gesellschaft, wenn es zwar noch in ihrem Eigentum steht, es aber vor dem Übergang der Anteile am Gesellschaftsvermögen Gegenstand eines Veräußerungsvorgangs i. S. d. § 1 Abs. 1 bis 3a GrEStG war (vgl. BFH-Urteile vom 15.12.2010, II R 45/08, BFHE 232, 218 = BStBl. II 2012, S. 292 Rdnr. 12, und in BFHE 247, 343 = BStBl. II 2015, S. 402 Rdnr. 18). Umgekehrt „gehört“ ein Grundstück (noch) nicht der Gesellschaft, wenn es ihr im Zeitpunkt des Übergangs der Anteile am Gesellschaftsvermögen nicht aufgrund eines Erwerbsvorgangs nach § 1 Abs. 1 bis 3a GrEStG grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen ist.

25 d) Diese Grundsätze gelten auch bei mehrstöckigen Beteiligungen, bei denen eine Obergesellschaft an einer grundbesitzenden Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist. Ein Grundstück der Untergesellschaft ist der Obergesellschaft grunderwerbsteuerrechtlich nur zuzurechnen, wenn die Obergesellschaft selbst es aufgrund eines Erwerbsvorgangs nach § 1 Abs. 1 bis 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.

26 e) Diese Sichtweise ist durch den Regelungszweck des § 1 Abs. 2a GrEStG gedeckt. Aus § 1 Abs. 2a GrEStG wie auch aus § 1 Abs. 2b bis 3a GrEStG folgt, dass Grundstücke einer Gesellschaft dem Gesellschafter nicht automatisch, sondern nur dann zuzurechnen sind, wenn die jeweiligen Erwerbstatbestände aufgrund von Vorgängen des Rechtsverkehrs erfüllt sind.

27 Deshalb kann einer Obergesellschaft auch nicht allein wegen der Beteiligung an einer Untergesellschaft deren Grundstück nach § 1 Abs. 2 GrEStG zugerechnet werden. Anders als zum Beispiel einem Treugeber, der aufgrund der Treuhandabrede bei einem Grundstückserwerb durch den Treuhänder zugleich den Tatbestand des § 1 Abs. 2 GrEStG verwirklicht, steht einem Gesellschafter die Verwertungsbefugnis an dem Grundstück der Gesellschaft nicht zu. Die Einwirkungsmöglichkeiten eines Gesellschafters auf Gesellschaftsebene reichen für eine Verwertungsbefugnis i. S. d. § 1 Abs. 2 GrEStG nicht aus. Das folgt aus der Systematik des Grunderwerbsteuerrechts, das Gesamthandsgemeinschaften und Kapitalgesellschaften als eigene Rechtssubjekte behandelt (BFH, Urteil vom 20.04.2016, II R 54/14, BFHE 253, 276 = BStBl. II 2016, S. 715 Rdnr. 13 m. w. N.; Viskorf/Meßbacher-Hönsch, GrEStG, § 1 Rdnr. 649).

28 f) Da die Ergänzungstatbestände § 1 Abs. 2a bis 3a GrEStG jeweils auch den mittelbaren Übergang von Beteiligungen an grundbesitzenden Gesellschaften erfassen, besteht auch keine Notwendigkeit, einer Obergesellschaft allein aufgrund ihrer Beteiligung an einer Untergesellschaft deren Grundstücke zuzurechnen. Eine Besteuerungslücke entsteht dadurch nicht.

29 2. Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das FG zu Recht entschieden, dass die notarielle Vereinbarung vom xx.xx.2011 bereits den Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG a. F. nicht erfüllt und der angefochtene Feststellungsbescheid daher rechtswidrig ist.

30 a) Dabei kann letztlich dahinstehen, ob der angefochtene Feststellungsbescheid bereits deshalb rechtswidrig ist, weil er mit dem xx.xx.2011 ein falsches Datum für den Erwerbsvorgang benennt oder ob er auch dahin gehend ausgelegt werden könnte, dass er den für die Besteuerung nach § 1 Abs. 2a GrEStG a. F. maßgeblichen dinglichen Übergang der Anteile am yyyy.2011 erfasst (zur Bedeutung des Stichtags in Fällen gesonderter Feststellung vgl. BFH, Urteil vom 04.03.2020, II R 35/17, BFHE 268, 545 = BStBl. II 2020, S. 514). Die Frage muss nicht abschließend beantwortet werden, weil der Bescheid auch aus den vom FG genannten Gründen rechtswidrig ist.

31 b) § 1 Abs. 2a GrEStG a. F. ist im Streitfall nicht erfüllt, weil im Zeitpunkt der wirksamen Übertragung der Anteile am yyyy.2011 der Klägerin kein Grundstück i. S. d. § 1 Abs. 2a GrEStG a. F. „gehörte“. Die Grundstücke, die die X-AG 1994 erworben hatte, waren der Klägerin grunderwerbsteuerrechtlich nicht zuzurechnen. Sie hatte in Bezug auf diese Grundstücke zuvor keinen Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 1 bis 3a GrEStG verwirklicht. Die Mehrheitsbeteiligung an der X-AG allein führte nicht dazu, der Klägerin die Grundstücke beim Erwerb durch die X-AG zuzurechnen.

32 aa) Zutreffend hat das FG entschieden, dass allein die Absenkung der Beteiligungsgrenze für Anteilserwerbe nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG a. F. ab dem 01.01.2000 durch das StEntlG 1999/2000/2002 nicht zu einem Erwerbsvorgang und in der Folge zu einer Zurechnung der 1994 von der X-AG erworbenen Grundstücke geführt hat. Es fehlt insoweit an einem Akt des Rechtsverkehrs.

33 bb) Durch den Erwerb der restlichen 0,01 % Anteile durch die Klägerin im Jahre 2002 ist der Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG a. F. ebenfalls nicht verwirklicht worden.

34 Nach § 23 Abs. 6 Satz 2 GrEStG ist u. a. § 1 Abs. 3 GrEStG a. F., der eine Herabsetzung auf 95 % vorsah, erstmals auf Erwerbsvorgänge anzuwenden, die nach dem 31.12.1999 verwirklicht werden. War die Grenze von 95 % bereits vorher überschritten, führt der Zuerwerb weiterer Anteile nach dem Wortlaut und Wortsinn des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG a. F. nicht zu einer Tatbestandsverwirklichung, weil es durch den Erwerb nicht „erstmalig“ zu einer Anteilsvereinigung kommt (absolut herrschende Meinung, beruhend auf BFH, Urteil vom 23.03.1977, II R 18/74, BFHE 122, 162 = BStBl. II 1977, S. 565, zu § 1 Abs. 3 GrEStG Berlin; gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 1 Abs. 3 GrEStG in der Fassung der Bekanntmachung des Steuerentlastungsgesetzes 1999/2000/2002 vom 02.12.1999, BStBl. I 1999, S. 991; vgl. ferner *Pahlke*, GrEStG, § 23 Rdnr. 28; *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, Kommentar, § 23 Rdnr. 17; *Behrens/Wachter/Behrens*, GrEStG, § 1 Rdnr. 488, jeweils m. w. N.).

35 Eine anderweitige Auslegung des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG a. F. ist nicht möglich, da dies eine steuerverschärfende teleologische Extension einer intertemporalen Anwendungsvorschrift wäre. Wie vom FG zutreffend ausgeführt, fehlt es an einer dafür erforderlichen Regelungslücke. Vielmehr hat der Gesetzgeber in § 23 Abs. 6 Satz 2 GrEStG klar zum Ausdruck gebracht, dass die alte Regelung nicht über den 31.12.1999 hinaus weiter anwendbar sein sollte.

36 c) Auf die Frage, ob durch die späteren Einbringungen und Umwandlungen der Tatbestand des § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG a. F. verwirklicht wurde, kommt es folgerichtig nicht mehr an.

(...)

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht und Steuerberater Dr. **Stefan Behrens**, Clifford Chance, Frankfurt a. M.

Der BFH hat mit Urteil II R 44/18 vom 01.12.2021 entschieden, dass ein inländisches Grundstück einer Personengesellschaft im Sinne von § 1 Abs. 2a GrEStG gehört,

„wenn es ihr im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld für den nach § 1 Abs. 2a GrEStG der Grunderwerbsteuer unterliegenden Vorgang aufgrund eines zuvor unter § 1 Abs. 1 bis 3a GrEStG fallenden und verwirklichten Erwerbsvorgangs grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen ist“.

Das Urteil bezieht sich auf die vor dem 01.07.2021 bestehende Rechtslage, hat in der Praxis aber auch für die seit 01.07.2021 bestehende Rechtslage und damit für den neuen Ergänzungstatbestand des § 1 Abs. 2b GrEStG, d. h. für die Zurechnung von Grundstücken zu Kapitalgesellschaften Bedeutung. Im folgenden Beitrag wird zu den grunderwerbsteuerlichen Auswirkungen dieses Urteils Stellung genommen.

1. Grundstückszurechnung in Beteiligungsketten

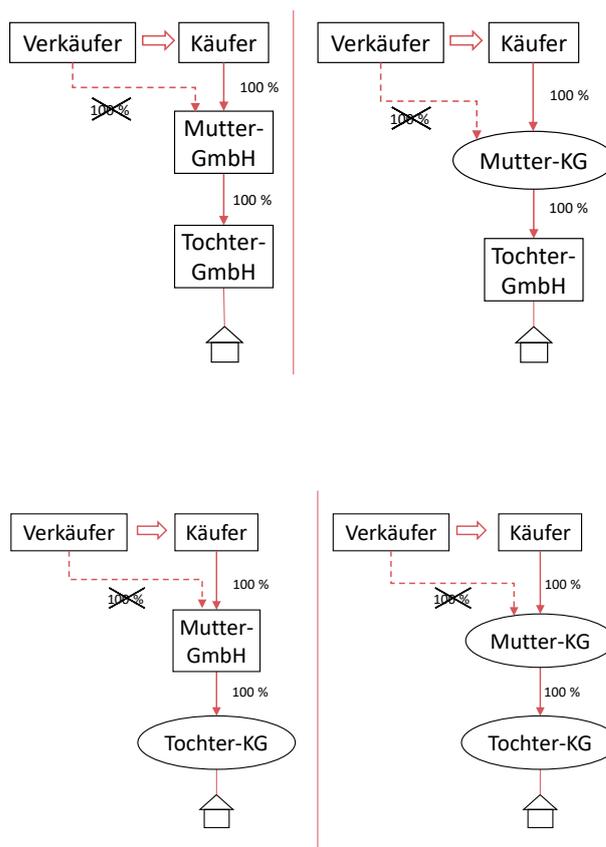
- a) Die Ergänzungstatbestände in § 1 Abs. 2a und (seit dem 01.07.2021) § 1 Abs. 2b GrEStG

§ 1 Abs. 2a GrEStG unterwirft den unmittelbaren und/oder mittelbaren Übergang von mindestens 90 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen einer Personengesellschaft auf neue Gesellschafter innerhalb von zehn Jahren der Grunderwerbsteuer, wenn ein inländisches Grundstück nach grunderwerbsteuerrechtlichen Grundsätzen zum Gesellschaftsvermögen gehört. § 1 Abs. 2b GrEStG unterwirft – seit dem 01.07.2021 – den unmittelbaren und/oder mittelbaren Übergang von mindestens 90 % der Anteile an einer Kapitalgesellschaft auf neue Gesellschafter innerhalb von zehn Jahren der Grunderwerbsteuer, wenn zum Vermögen der Kapitalgesellschaft nach grunderwerbsteuerrechtlichen Grundsätzen ein inländisches Grundstück gehört. Steuerschuldner und zur Erstattung der Grunderwerbsteuer-Anzeige verpflichtet ist gemäß § 13 Nr. 6, Nr. 7, § 19 Abs. 1 Nr. 3a, Nr. 3b GrEStG jeweils die grundbesitzende Personen- bzw. Kapitalgesellschaft selbst.

Anteilsübergänge auf sog. neue Gesellschafter oberhalb von an der grundbesitzenden Personen- oder Kapitalgesellschaft beteiligten Personengesellschaften werden gemäß dem jeweiligen Satz 2 von § 1 Abs. 2a bzw. Abs. 2b GrEStG im Wege der Durchrechnung der prozentualen Beteiligungen über die (ggf. mehreren) Personengesellschafts-Beteiligungsebenen berücksichtigt (sog. Durchrechnungsmethode). Bei zwischengeschalteten Kapitalgesellschaften gilt demgegenüber gemäß dem jeweiligen Satz 4 von § 1 Abs. 2a bzw. Abs. 2b GrEStG ein „Alles-oder-nichts-Prinzip“: Eine an der grundbesitzenden Personen- oder Kapitalgesellschaft beteiligte Kapitalgesellschaft wird ihrerseits zum sog. Neugesellschafter der grundbesitzenden Personen- oder Kapitalgesellschaft oder einer zwischengeschalteten Kapitalgesellschaft (d. h. die von ihr gehaltene Beteiligung gilt als in vollem

Umfang auf einen neuen Gesellschafter übergegangen), wenn mindestens 90 % der Anteile an ihr auf sog. Neugesellschafter übergehen.²

Bei Beteiligungsketten stellt sich, wenn (in einem Rechtsakt oder sukzessiv über zehn Jahre) 90 % der Anteile an der Ober-Gesellschaft auf (einen oder mehrere) neue Gesellschafter übergehen, die Frage, welche Gesellschaften gemäß § 1 Abs. 2a bzw. Abs. 2b GrEStG Grunderwerbsteuer-Anzeigen abzugeben haben bzw. auf welcher Ebene Steuer nach § 1 Abs. 2a bzw. Abs. 2b GrEStG angefallen ist. Diese Fallkonstellationen lassen sich wie folgt veranschaulichen:



- b) Grundstückszurechnung nach Verwaltungsansicht der Länder

In allen vier Fällen rechnen die obersten Finanzbehörden der Länder bisher das Grundstück der Tochter-Gesellschaft allein aufgrund der mindestens 90%igen (bis 30.06.2021: der mindestens 95%igen) Beteiligung der Mutter- an der Tochter-Gesellschaft nicht nur der Toch-

1 Bei § 1 Abs. 2b GrEStG zählen neben unmittelbaren auch mittelbare Anteilsübergänge auf neue Gesellschafter dann mit, wenn sie nach dem 30.06.2021 erfolgt sind, vgl. § 23 Abs. 23 GrEStG sowie Tz. 5.2.3.1 Abs. 1 der gleichlautenden Ländererlasse zu § 1 Abs. 2b GrEStG vom 10.05.2022, BStBl. I 2022, S. 822 ff., gleichlautender Ländererlass vom 29.06.2021, BStBl. I 2021, S. 1006 Anm. 3. Unabhängig von der Beteiligungsebene gelten in Beteiligungsketten alle mit Ablauf des 30.06.2021 Beteiligten als Alt-Gesellschafter bezogen auf die Kapitalgesellschaft, an der sie unmittelbar oder mittelbar über Personengesellschaften beteiligt sind.

2 Auf die Frage, ob sich nach Auffassung der Verwaltung die Altgesellschaftereigenschaft hinsichtlich einer zwischengeschalteten Kapitalgesellschaft daraus ergeben kann, dass der Gesellschafter mehr als zehn Jahre an dieser zwischengeschalteten Kapitalgesellschaft beteiligt ist, d. h. ob auf allen Beteiligungsebenen derselbe Zehn-Jahres-Zeitraum gilt, wird in diesem Beitrag nicht eingegangen; hierzu vgl. *Behrens/Wagner/Krohn*, DB 2022, 1987, 1667.

ter-, sondern zugleich auch der Mutter-Gesellschaft zu.³ Ob FAs in den dargestellten Konstellationen entsprechenden Fällen tatsächlich aufgrund ein- und desselben Anteilsgeschäfts gegenüber beiden Gesellschaften generell Grunderwerbsteuer festsetzen, ist nicht bekannt.⁴ In der Praxis sollte jedoch nicht nur die Tochter-Gesellschaft, sondern auch die (unmittelbar und/oder mittelbar zu 90 % oder mehr beteiligte) Mutter-Gesellschaft eine (vorsorgliche) Grunderwerbsteueranzeige bei dem jeweils zuständigen FA einreichen.

- c) Grundstückszurechnung auf Grundlage des BFH-Urteils II R 44/18

Nach der besprochenen Entscheidung setzt die Zurechnung des von einer Untergesellschaft erworbenen Grundstücks zu deren (unmittelbar und/oder mittelbar zu mindestens 90 % beteiligten) Ober-Gesellschaft(en) voraus, dass die Ober-Gesellschaft aufgrund eines früheren unter § 1 Abs. 3 oder Abs. 3a GrEStG fallenden Erwerbvorgangs als Erwerblerin des Grundvermögens anzusehen

- 3 Nach Tz. 1.2 der gleichlautenden Ländererlasse zu § 1 Abs. 2a GrEStG vom 18.02.2014 BStBl. I 2014, S. 561, vertraten die obersten Finanzbehörden der Länder die Ansicht, dass „Grundstücke, die der Personengesellschaft nach § 1 Abs. 3 GrEStG zuzurechnen“ seien, ebenfalls zu ihrem Vermögen gehörten. Damit war gemeint, dass Grundstücke einer Tochter-Gesellschaft allein aufgrund mindestens (bis einschließlich 30.06.2021) 95%iger Beteiligung i. S. v. § 1 Abs. 3 GrEStG der Mutter-Gesellschafter an der Tochter-Gesellschaft auch zum Vermögen der Mutter-Personengesellschaft zu rechnen seien; unter Verweis auf BFH, Urteil vom 18.09.1974, II B 69/73, BStBl. II 1974, S. 751. In den nachfolgenden gleichlautenden Ländererlassen zu § 1 Abs. 2a GrEStG vom 12.11.2018, BStBl. I 2018, S. 1314, wurde der Wortlaut dieser Anweisung geändert: In Tz. 3, auch in den gleichlautenden Ländererlassen zu § 1 Abs. 2 a, Abs. 2b GrEStG vom 10.05.2022, heißt es seitdem, dass ein Grundstück der Gesellschaft gehört, „wenn es ihr im Zeitpunkt der Entstehung der Steuerschuld aufgrund eines unter § 1 Abs. 1, 2, 3 oder 3a GrEStG fallenden Erwerbsvorgangs grunderwerbsteuerrechtlich zuzurechnen ist“. Ein Grundstück gehöre nicht mehr zum Vermögen der Gesellschaft, wenn es vor Entstehung der Steuerschuld Gegenstand eines Veräußerungsvorgangs i. S. v. § 1 Abs. 1, 3 oder 3a GrEStG war. Soweit bekannt, wird diese Formulierung von den obersten Finanzbehörden der Länder nicht anders ausgelegt als die in den Erlassen vom 18.02.2014.
- 4 Gemäß Tz. 7 der gleichlautenden Ländererlasse zu § 1 Abs. 2a und Abs. 2b GrEStG vom 10.05.2022, BStBl. I 2022, S. 801 ff. und BStBl. I 2022, S. 822 ff. sind „§ 1 Abs. 2a und § 1 Abs. 2b GrEStG gleichrangig; es besteht kein Vorrang“. Für aus Personen- und Kapitalgesellschaften gebildete Beteiligungsketten könnte dies bedeuten, dass tatsächlich auf Ebene jeder Gesellschaft Steuer nach § 1 Abs. 2a bzw. Abs. 2b GrEStG festgesetzt werden soll. Die Oberfinanzdirektion Rheinland nahm in einer Verfügung vom 04.02.2011 betr. Verwirklichung des § 1 Abs. 2a GrEStG und Zurechnung von Grundstücken bei mehrfachstöckigen Personengesellschaftsstrukturen, S 4501-1001-St 235, juris, allerdings an, dass Steuer nach § 1 Abs. 2a GrEStG auf Ebene der untersten Personengesellschaft in der Kette, die eine mind. 95%ige Beteiligung an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft hält, zu erheben ist; ebenso die Finanzverwaltung im Verfahren 4 K 1101/15 vor dem FG Köln, erste Instanz zu BFH II R 44/18.

ist.⁵ Die Zurechnung von Grundstücken einer Tochter- zur Mutter-Gesellschaft für Zwecke von § 1 Abs. 2a bis Abs. 3a GrEStG hängt danach davon ab, ob (i) zunächst das Grundstück von der Unter-Gesellschaft und dann mindestens 90 % der Anteile an der Unter-Gesellschaft in nach § 1 Abs. 3 oder Abs. 3a GrEStG steuerbarer Weise bei der Ober-Gesellschaft vereinigt werden oder (ii) umgekehrt. Im Fall (ii) liegt kein Erwerb im Sinne von § 1 Abs. 3 oder Abs. 3a GrEStG durch die Ober-Gesellschaft vor, so dass das Grundstück der Unter-Gesellschaft auch nach der besprochenen Entscheidung (entgegen der bisherigen Verwaltungsansicht) nicht zum Vermögen der Ober-Gesellschaft gerechnet werden kann.

Die zu § 1 Abs. 3 GrEStG entwickelten Grundsätze⁶ würden – so der BFH – auch für § 1 Abs. 2a GrEStG gelten.⁷ Weil die Ergänzungstatbestände in § 1 Abs. 2a bis 3a GrEStG jeweils auch den mittelbaren Übergang von Beteiligungen an grundbesitzenden Gesellschaften erfassten, bestehe auch keine Notwendigkeit, einer Obergesellschaft allein aufgrund ihrer Beteiligung an einer Untergesellschaft deren Grundstücke zuzurechnen. Eine Besteuerungslücke entstehe dadurch nicht.⁸

Ob die besprochene Entscheidung so zu verstehen ist, dass nach Ansicht des BFH durch ein- und denselben Anteilsübergang Grunderwerbsteuer gleichzeitig auf mehreren Ebenen einer Beteiligungskette anfallen können, ist unklar.⁹ Die Ausführungen in Rdnr. 24 und Rdnr. 25 dieses Urteils sprechen eher dafür, dass der BFH das Grundstück der Untergesellschaft nur zum Vermögen der Obergesellschaft rechnen will, die dieses Grundstück zuvor steuerbar nach § 1 Abs. 3 oder Abs. 3a GrEStG fiktiv erworben hatte.¹⁰ Völlig eindeutig ist dies allerdings nicht, sodass auch auf Grundlage der besprochenen Entscheidung das Risiko einer Mehrfachbesteuerung besteht. Dieses Risiko besteht allerdings nur in der Konstellation, dass die Obergesellschaft zuvor in Bezug auf ein Grundstück ihrer Untergesellschaft einen der Tatbestände in § 1 Abs. 3, Abs. 3a GrEStG verwirklicht hat.

5 So zuvor bereits *Viskopf*, DStR 2021, 74.

6 Vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 11.12.2014, II R 26/12, BStBl. II 2015, S. 402.

7 Die in der Literatur vertretene Gegenmeinung, vgl. Behrens/Wachter/*Behrens*, GrEStG, 1. Aufl. 2018, § 1 Rdnr. 331, 337, erwähnt der BFH nicht.

8 Vgl. Rdnr. 28 der besprochenen Entscheidung. Warum eine Notwendigkeit der Zurechnung des Grundstücks einer Untergesellschaft zum Vermögen einer Ober-Gesellschaft in den Fällen bestehen soll, in denen die Ober-Gesellschaft in Bezug auf das Grundstück der Unter-Gesellschaft einen Tatbestand nach § 1 Abs. 3 oder Abs. 3a GrEStG verwirklicht hatte, erläutert der BFH – wohl weil diese Frage im entschiedenen Fall nicht entscheidungserheblich war – nicht.

9 Der BFH formuliert in ständiger Rechtsprechung, dass ein Grundstück nicht mehr zum Vermögen der Gesellschaft gehöre, wenn die Gesellschaft das Grundstück steuerbar veräußert habe. Dies ist in den Fällen von § 1 Abs. 3 Nr. 3, Nr. 4 GrEStG auch fiktiv nicht der Fall. Vgl. *Behrens/Wagner/Krohn*, DB 2022, 1987, 1991.

10 Vgl. auch *Broemel/Mörwald*, DStR 2022, 1689, 1690.



Bei grundbesitzenden Kapitalgesellschaften ist der Anwendungsbereich von § 1 Abs. 3, Abs. 3a GrEStG durch das Inkrafttreten von § 1 Abs. 2b GrEStG erheblich eingeschränkt, weil der Erwerb von 90 % der Anteile einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft seit dem 01.07.2021 unter § 1 Abs. 2b GrEStG fällt. Nach Tz. 8 der gleichlautenden Ländererlasse vom 10.05.2022¹¹ soll § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 3 oder Abs. 3a i. V. m. Abs. 3 Nr. 1, Nr. 3 GrEStG allerdings im Zeitpunkt des *Signing* auf Ebene des Anteilserwerbers anwendbar sein, jedoch nur vorübergehend bis zum *Closing*. Weil die obersten Finanzbehörden der Länder den auf § 1 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 3 oder Abs. 3a i. V. m. Abs. 3 Nr. 1, Nr. 3 GrEStG beruhenden Besteuerungsanspruch mit *Closing* entfallen lassen, ist das in der Regel zeitlich vor dem dinglichen Anteilsübergang liegende *Signing* meines Erachtens auch auf Grundlage der besprochenen Entscheidung nicht geeignet, eine Grundstückszurechnung zur Anteilserwerberin (d. h. zur Obergesellschaft) zu bewirken.

- d) Grundstückszurechnung nach vom Autor vertretener Ansicht

Es ist in allen Fällen ausgeschlossen, das Grundstück einer Tochter-(oder Enkel- etc.)Gesellschaft für die Zwecke von § 1 Abs. 2a oder Abs. 2b GrEStG zugleich auch als zum Vermögen der Mutter-Gesellschaft gehörend zu werten.¹² Bei § 1 Abs. 2a, Abs. 2b GrEStG geht es darum, das Grundstück einer fiktiv neuen Personen- bzw. Kapitalgesellschaft zuzurechnen. Es geht *nicht* darum, das Grundstück einem oder mehreren Gesellschaftern der grundbesitzenden Gesellschaft zuzurechnen.¹³ Diese den Tatbeständen von § 1 Abs. 2a und Abs. 2b zugrunde liegende Fiktion des Erwerbs der Gesellschaftsgrundstücke durch eine fiktiv neue Gesellschaft muss auch für die Frage, welche Grundstücke zum Vermögen der Gesellschaft gehören, maßgebend sein. In allen oben (am Ende von 1. a)) dargestellten Fällen ist Grunderwerbsteuer meines Erachtens nur gegenüber der jeweiligen Tochter-Gesellschaft festzusetzen. Grunderwerbsteuer-Anzeigen sollten jedoch auf Grundlage der Ansicht der obersten Finanzbehörden der Länder erstattet werden.

2. Exkurs: Besteuerung sowohl bei *Signing* als auch bei *Closing*

Bei der Veräußerung von mindestens 90 % der Anteile an einer grundbesitzenden Gesellschaft auf einen Erwerber liegt nach Tz. 8 der gleichlautenden Ländererlasse vom 10.05.2022

- sowohl eine Anteilsvereinigung bzw. Anteilsübertragung (bei unbedingt wirksamer schuldrechtlicher

Verpflichtung zur Anteilsübertragung gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 3 oder Abs. 3a i. V. m. Abs. 3 Nr. 1, Nr. 3 GrEStG)

- als auch ein mindestens 90%iger Gesellschafterwechsel (bei dinglicher Erfüllung des Anspruchs auf Übertragung des Anteils gemäß § 1 Abs. 2a oder Abs. 2b GrEStG)

vor. Der Einleitungssatz von § 1 Abs. 3 und Abs. 3a GrEStG, wonach die Anteilsvereinigung in der jeweiligen Ausgestaltung nur greift, „soweit eine Besteuerung nach den Absätzen 2a und 2b nicht in Betracht kommt“, wird in den gleichlautenden Ländererlassen vom 10.05.2022 erstmals – nach Ansicht des Autors, weil die Gesetzesformulierung „in Betracht kommt“ weiter ist als „zeitgleich verwirklicht“, gesetzeswidrig – derart eng ausgelegt, dass das „In-Betracht-Kommen“ mit dem zeitgleichen Verwirklichen von § 1 Abs. 2a, Abs. 2b GrEStG gleichgestellt wird. Tz. 8 regelt allerdings weiter, dass der von den obersten Finanzbehörden der Länder für das *Signing* angenommene Besteuerungsanspruch bei Grundstücksidentität im Zeitpunkt des Closings wieder wegfällt,¹⁴ vorausgesetzt, die Steuerfestsetzung oder Besteuerungsgrundlagenfeststellung steht unter dem Vorbehalt der Nachprüfung oder ist mit dem Einspruch angefochten,¹⁵ die Verwaltung wird die Rechtzeitigkeit und Vollständigkeit der Anzeige des *Signing* als weitere Voraussetzung ansehen.

Durch das Jahressteuergesetz 2022 soll das Verhältnis zwischen § 1 Abs. 2a, Abs. 2b GrEStG einerseits und § 1 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 3, Abs. 3a i. V. m. Abs. 3 Nr. 1, Nr. 3 GrEStG andererseits nach den Empfehlungen der Ausschüsse des Bundesrats in BR-Drucks. 457/1/22 vom 17.10.2022, denen die Bundesregierung gemäß BT-Drucks. 20/4229 vom 02.11.2022 zugestimmt hat, neu geregelt werden, jedoch nicht in diesen Vorschriften von § 1 GrEStG selbst, sondern in neuen Regelungen in § 16 Abs. 4a, Abs. 5 Satz 3 GrEStG-Entwurf. Der bisher jeweils abschließend im zweiten Halbsatz von § 1 Abs. 3 und Abs. 3a GrEStG geregelte, nach den Empfehlungen des Bundesrats im Wortlaut unverändert bleibende Vorrang von § 1 Abs. 3, Abs. 3a GrEStG gegenüber § 1 Abs. 2a, Abs. 2b GrEStG soll durch § 16 Abs. 4a Satz 1 GrEStG dahin gehend konkretisiert werden, dass § 1 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 3, § 1 Abs. 3a i. V. m. Abs. 3 Nr. 1, Nr. 3 GrEStG im Zeitpunkt des *Signing*, d. h. des unbedingten Wirksamwerdens des Anspruchs auf Anteilsübertragung, zunächst als verwirklicht gilt, insoweit auch eine Veranlagung zu erfolgen hat, die Bescheide jedoch nach dem *Closing*, d. h. nach dem Anteilsübergang, im Falle der rechtzeitigen und in allen Tei-

11 Vgl. gleichlautende Ländererlasse zu § 1 Abs. 2a und zu § 1 Abs. 2b GrEStG, BStBl. I 2022, S. 801 ff. bzw. 822 ff. Gegen diese neue Verwaltungsansicht vgl. *Behrens/Klinger*, DStR 2021, 1670; *Behrens/Wagner/Krohn*, DB 2022, 1667.

12 So zu § 1 Abs. 2a GrEStG bereits *Behrens/Wachter/Behrens*, GrEStG, § 1 Rdnr. 331 ff.; vgl. auch *Brühl*, GmbHR 2019, 199, 202.

13 Vgl. BFH, Urteil vom 11.09.2021, II B 113/02, BStBl. II 2002, S. 777, 778 f.

14 Im zweiten Absatz von Tz. 8.2 der gleichlautenden Ländererlasse vom 10.05.2022 ist geregelt, dass eine „Festsetzung nach § 1 Abs. 3 GrEStG grds. nur in den Fällen geboten“ sei, „in denen bis zu einem Jahr nach Kenntnisnahme der Finanzverwaltung von dem steuerbegründenden Sachverhalt eine Besteuerung nach § 1 Abs. 2a bzw. Abs. 2b GrEStG nicht zu erwarten ist“. Die gesetzliche Grundlage ist unklar.

15 Dem Vernehmen nach hält die Finanzverwaltung § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO für nicht anwendbar.

len vollständigen Anzeige aller Erwerbsvorgänge wieder aufgehoben bzw. geändert werden¹⁶.

3. Zusammenfassung

In Fällen, in denen innerhalb von zehn Jahren 90 % oder mehr der Anteile an Mutter-Gesellschaften, die zu 90 % oder mehr an grundbesitzenden Tochter-(oder Enkel-etc.)Gesellschaften beteiligt sind, auf neue Gesellschafter übergehen, besteht derzeit, wenn die Obergesellschaft die Anteile an der Untergesellschaft in Bezug auf deren Grundstücke nach § 1 Abs. 3 oder Abs. 3a GrEStG steuerbar (fiktiv) erworben hat, auch auf Grundlage der besprochenen Entscheidung das Risiko, dass derselbe Anteilsübergang in Bezug auf dasselbe Grundstück nach § 1 Abs. 2 a, Abs. 2b GrEStG – weil aufgrund angeblicher Mehrfachzurechnung desselben Grundstücks rechtstechnisch mehrere Erwerbsvorgänge vorlägen – mehrfach besteuert wird. Nach Ansicht des Autors wäre dies ein Verstoß gegen das Verbot der Übermaßbesteuerung. Die besprochene Entscheidung stellt aus Sicht der Steuerpflichtigen jedoch gegenüber der Ansicht der obersten Finanzbehörden der Länder, nach der das Grundstück einer Untergesellschaft allein aufgrund mindestens 90%iger (unmittelbarer und/oder mittelbarer) Beteiligung auch der Obergesellschaft zuzurechnen sei, eine Verbesserung der Rechtslage dar. Ob sich die Finanzverwaltung den Grundsätzen der besprochenen Entscheidung anschließen wird, ist derzeit nicht absehbar.

25. Keine Rückgängigmachung des Erwerbsvorgangs nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG bei bloßer Umwandlung des gezahlten Kaufpreises in ein Darlehen

FG München, Urteil vom 12.05.2021, 4 K 124/20

GrEStG § 16 Abs. 1 Nr. 1

LEITSÄTZE:

1. Die vollständige Rückgängigmachung gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG erfordert neben der zivilrechtlich wirksamen Beseitigung des ursprünglichen grunderwerbsteuerpflichtigen Erwerbsvorgangs auch, dass Letzterer vollständig und tatsächlich rückgängig gemacht wird. Dazu sind zum einen der Wegfall der Verfügungsmöglichkeit des Erwerbers über das Grundstück sowie die Wiedererlangung der ursprünglichen Rechtsstellung des Verkäufers erforderlich. Zum anderen muss der Veräußerer den empfangenen Kaufpreis in vollem Umfang dem Erwerber erstatten. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der Erwerbsvorgang wird nicht i. S. v. § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG dadurch rückgängig gemacht, dass der Kaufvertrag innerhalb von zwei Jahren zivilrechtlich wirksam aufgehoben wird und der Anspruch auf Rückerstattung des Kaufpreises in ein Darlehen umgewandelt wird. (Leitsatz der Schriftleitung)

¹⁶ Zur Kritik an diesen Gesetzesvorschlägen vgl. *Behrens/Krohn/Wagner* in der PropTax-Podcast-Folge #4/2022 vom 20.11.2022, abrufbar unter <https://lnkd.in/gmE7H7p>, alternativ bei Spotify.

Hinweise für die Praxis

Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrand- versicherungswertes¹

Neue Richtzahl seit 01.10.2022: 23,4

Prüfungsabteilung der **Notarkasse A. d. ö. R.**, München

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz hat eine Neuberechnung der Richtzahlen zur Bewertung von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert, die seit 01.10.2022 anzuwenden sind, erstellt.

Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 23,4. Nicht auf Euro umgestellt sind wie bisher die Stammversicherungssummen 1914. Bei der Berechnung der Brandversicherungswerte ist daher die Versicherungssumme 1914 weiterhin in Mark mit der Baukostenrichtzahl zu vervielfältigen. Das Ergebnis ist bereits der Euro-Betrag, es hat keine Umrechnung auf Euro zu erfolgen (dies ist bereits durch die Umstellung der Richtzahl geschehen). Auf die Bewertungshinweise in MittBayNot 2006, 88; 2007, 80 und 2008, 80 und in Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl. 2021, Anhang II, wird zur Vermeidung von fehlerhaften Wertbestimmungen hingewiesen.

Nach der Rechtsprechung des BayObLG (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375; Rpfleger 1987, 161; JurBüro 1984, 904; JurBüro 1985, 434; DNotZ 1988, 451; BayObLGZ 1993, 173) stellt insbesondere die Verwendung der Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB (für Grund und Boden) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar. Bei der Wertermittlung des Grund und Bodens anhand der Bodenrichtwerte ist kein genereller Abschlag mehr vorzunehmen (OLG München, Rpfleger 2019, 57 = ZfIR 2018, 574). Der von der Rechtsprechung bisher vorgesehene regelmäßige Abschlag in Höhe von 25 % ist nur mehr dann zu berücksichtigen, wenn Anhaltspunkte für wertmindernde Umstände im Einzelfall vorliegen (Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 2164; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 22. Aufl., § 46 Rdnr. 59).

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschläge im Einzelfall bei der Verwendung der Brandversicherungswerte wird auf Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 46 Rdnr. 61 verwiesen. Auch wenn Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer) erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 46 Rdnr. 61 ff.).

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, künftig nach der neuen Tabelle zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes dann zu verfahren, wenn die Beteiligten erforderliche Unterlagen vorlegen oder die Berechnung auf – allerdings nicht erzwingbaren – Angaben der Beteiligten beruhen. Die Anforderung der zur Bewertung notwendigen Unterlagen unmittelbar bei der Versicherungsgesellschaft ist nur mit Zustimmung der Beteiligten möglich (vgl. BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 168).

Materialien:

- Beschluss des BayObLG vom 09.04.1976, 3 Z 54/74 (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBL 1976, 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006)
- JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG
- seit 01.10.2022 für Gebäude 23,4

Anleitung:

Der nach der Art des Gebäudes und dessen Alter (in vollen Jahren) gefundene Vervielfältiger ist auf die „Versicherungssumme 1914“ anzuwenden. Im Vervielfältiger ist die technische (altersbedingte) Wertminderung der jeweiligen Gebäudeart (Anlage 8a WertR 2006 – nur für Eigentumswohnungen – bzw. Anlage 8 WertR 2006) und der vom BayObLG für erforderlich gehaltene generelle Abschlag von 20 % bereits eingearbeitet.

Das Ergebnis ist der Verkehrswert des jeweiligen Gebäudes nach dem Brandversicherungswert (vgl. im Übrigen JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04).

Der Restwert von 30 % darf weder aus technischen noch aus wirtschaftlichen Wertminderungsgesichtspunkten unterschritten werden, wenn für das Gebäude noch eine Nutzung möglich ist.

¹ Anschluss an MittBayNot 2022, 103.

Versicherungsscheine ohne Versicherungssumme 1914

Nicht aus allen Versicherungsscheinen lässt sich die Versicherungssumme 1914 entnehmen. Trotzdem ergeben sich aber oftmals Anhaltspunkte, die zur Berechnung der Versicherungssumme 1914 ausreichen (Gebäudetyp, Ausstattungsmerkmale, Wohnfläche, Sonderflächen). In diesen Fällen kann der Brandversicherungswert 1914 von Notar und Gericht selbst ermittelt werden. Ergeben sich diese Angaben nicht aus dem Versicherungsschein, können die maßgeblichen Angaben zum Gebäudetyp problemlos beim Kostenschuldner anhand eines Fragenkatalogs in Erfahrung gebracht werden. Die Berechnung des Brandversicherungswertes 1914 erfolgt durch Übertragung der Angaben in die aus dem Internet abrufbaren Berechnungstabellen (z. B. unter http://www.versicherung-vergleiche.de/gebaeudeversicherung/gebaeude_vergleich.php). Werden keine zur Berechnung der Brandversicherungssumme 1914 erforderli-

chen Angaben gemacht, muss eine Geschäftswertfestsetzung nach freiem Ermessen erfolgen, wobei bei Kenntnis der Wohnfläche (diese Angaben sind regelmäßig bekannt oder leicht zu erfragen) die Brandversicherungssumme 1914 nach der Faustregel „Wohnfläche x 165“ (dieser Faktor zur Wertberechnung wird von der Allianz Versicherung verwendet) berechnet werden kann. Im Falle der Allianz Versicherung kann überdies die in Euro ausgewiesene dynamische Neuwertsumme 2000 mithilfe des Faktors 10,313 in die Versicherungssumme 1914 umgerechnet werden (also dynamische Neuwertsumme 2000 geteilt durch 10,313 = Versicherungssumme 1914). Versicherungen bei anderen Versicherungsgesellschaften dürften vergleichbar sein. Diese Bewertungsmethode deckt sich mit der Auffassung der bayerischen Justiz (Ergebnis einer Arbeitsgruppe zur Überarbeitung der Richtlinien zur Grundbesitzberechnung in der Justiz Bayerns aus dem Jahre 2016).

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentumswohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertiggaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	18,533	18,533	18,533	18,346	18,158
2	18,346	18,533	18,158	17,971	17,410
3	18,158	18,346	17,971	17,597	16,848
4	17,971	18,346	17,784	17,222	16,286
5	17,784	18,158	17,597	16,848	15,538
6	17,597	18,158	17,222	16,474	14,976
7	17,410	17,971	17,035	16,099	14,414
8	17,222	17,971	16,848	15,725	13,666
9	17,035	17,784	16,661	15,350	13,104
10	16,848	17,597	16,286	14,976	12,542
11	16,661	17,597	16,099	14,602	11,794
12	16,474	17,410	15,912	14,227	11,232
13	16,286	17,410	15,725	13,853	10,670
14	16,099	17,222	15,350	13,478	9,922
15	15,912	17,035	15,163	13,104	9,360

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentumswohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertiggaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
16	15,725	17,035	14,976	12,730	8,798
17	15,538	16,848	14,789	12,355	8,050
18	15,350	16,661	14,414	11,981	7,488
19	15,163	16,661	14,227	11,606	6,926
20	14,976	16,474	14,040	11,232	6,178
21	14,789	16,286	13,853	10,858	und darüber (Restwert = 30 %) 5,616
22	14,602	16,286	13,478	10,483	
23	14,414	16,099	13,291	10,109	
24	14,227	15,912	13,104	9,734	
25	14,040	15,725	12,917	9,360	
26	13,853	15,725	12,542	8,986	
27	13,666	15,538	12,355	8,611	
28	13,478	15,350	12,168	8,237	
29	13,291	15,163	11,981	7,862	
30	13,104	14,976	11,606	7,488	
31	12,917	14,976	11,419	7,114	
32	12,730	14,789	11,232	6,739	
33	12,542	14,602	11,045	6,365	
34	12,355	14,414	10,670	5,990	
35	12,168	14,227	10,483	und darüber (Restwert = 30 %) 5,616	
36	11,981	14,227	10,296		
37	11,764	14,040	10,109		
38	11,606	13,853	9,734		
39	11,419	13,666	9,547		
40	11,232	13,478	9,360		
41	11,045	13,291	9,173		



Gebäudeart	Einfamilien- häuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaft- liche Wirtschafts- gebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebens- dauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäude- alter in Jahren					
42	10,858	13,104	8,798		
43	10,670	12,917	8,611		
44	10,483	12,730	8,424		
45	10,296	12,542	8,237		
46	10,109	12,355	7,862		
47	9,922	12,168	7,675		
48	9,734	11,981	7,488		
49	9,547	11,794	7,301		
50	9,360	11,606	6,926		
51	9,173	11,419	6,739		
52	8,986	11,232	6,552		
53	8,798	11,045	6,365		
54	8,611	10,858	5,990		
55	8,424	10,670	5,803		
56	8,237	10,483	und darüber (Restwert = 30 %) 5,616		
57	8,050	10,296			
58	7,862	10,109			
59	7,675	9,922			
60	7,488	9,734			
61	7,301	9,547			
62	7,114	9,360			
63	6,926	9,173			
64	6,739	8,986			
65	6,552	8,611			
66	6,365	8,424			
67	6,178	8,237			
68	5,990	8,050			

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentumswohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertiggaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
69	5,803	7,862			
70	und darüber (Restwert = 30 %) 5,616	7,488			
71		7,301			
72		7,114			
73		6,926			
74		6,739			
75		6,365			
76		6,178			
77		5,990			
78		und darüber (Restwert = 30 %) 5,803			
79					
80					

Stand: 01.10.2022





Veranstaltungshinweise

Kolloquium und Neujahrsempfang des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Geldwäschebekämpfung in der notariellen Praxis

Freitag, 13.01.2023, 16:00 Uhr
Rosensäle der Friedrich-Schiller-Universität
Fürstengraben 27, 07743 Jena

Aus dem Programm:

Begrüßung und Einführung

(Prof. Dr. *Stefan Hügel*, Vorstandsmitglied des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena)

Die Rolle der Notare bei der Geldwäschebekämpfung im Spiegel der aktuellen Rechtsentwicklungen
(*Martin Thelen*, Notarassessor bei der BNotK)

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem Neujahrsempfang geladen.

Tagungsbeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung:

Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Str. 3, 07743 Jena, Tel.: 03641/9-42510, E-Mail: notarinstitut@uni-jena.de.

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung per E-Mail gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen und damit einverstanden sind, auf der Teilnehmerliste genannt zu werden. Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter www.rewi.uni-jena.de/fakultaet/institute/institut-fuer-notarrecht.

12. Tagung Berufspolitik des Deutschen Notarvereins

Aktuelle Entwicklungen des Familienrechts

Freitag, 20. Januar 2023, 09:00 Uhr bis 17:00 Uhr
 Aktionsraum des Museums für Kommunikation
 Leipziger Straße 16, 10117 Berlin

Aus dem Programm:

Vormittagsblock: Das neue Vormundschafts- und Betreuungsrecht

- Erster Impulsvortrag: Auswirkungen auf die Vorsorgevollmacht
- Zweiter Impulsvortrag: Auswirkungen auf das Gesellschafts- und Grundstücksrecht

Nachmittagsblock: Ausblick auf anstehende Reformen im Familienrecht, insbesondere die geplante Einführung der Verantwortungsgemeinschaft

- Erster Impulsvortrag: Die Verantwortungsgemeinschaft – Blick über den nationalen Tellerrand
- Zweiter Impulsvortrag: Die Verantwortungsgemeinschaft als liberales Modernisierungsprojekt

Als Dozenten und Moderatoren konnten unter anderem gewonnen werden: Prof. Dr. *Nina Dethloff*, LL.M., Bonn; Notar a.D. Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen; Rechtsanwältin und Notarin *Edith Kindermann*, Präsidentin des DAV, Bremen; Prof. Dr. *Frank Klinkhammer*, Richter im XII. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs, Karlsruhe; Notarin Dr. *Karin*

Raude, Aachen; Notar Dr. *Thomas Renner*, Erfurt; Mitglied des Bundestages *Ria Schröder*, Berlin; *Andreas Brilla*, Direktor des Amtsgerichts Sinsheim u.a.

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird die Schatzkammer im Keller des Museums für Kommunikation besucht und zum Imbiss im Café Dallmayer Leipziger Straße 16 in 10117 Berlin geladen.

Tagungsbeitrag: für Notarassessoren kostenlos, im Übrigen 75,00 Euro

Kontakt/Anmeldung:

Deutscher Notarverein, Kronenstraße 73, 10117 Berlin,
 Tel: 030 / 20 61 57 40, Fax: 030/20 61 57 50, E-Mail: an:
 kontakt@dnotv.de.

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung per E-Mail gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Besuch der Schatzkammer teilnehmen und damit einverstanden sind, auf der Teilnehmerliste genannt zu werden. Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter <https://www.dnotv.de>.



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Nachmittagstagung zur Evaluation der EuErbVO der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung der Universität Heidelberg

Freitag, 20. Januar 2023, 14:15 Uhr

Aula der Neuen Universität der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg,

Universitätsplatz 1, 69117 Heidelberg

Aus dem Programm:

Begrüßung und Einleitung

(Prof. Dr. *Christian Baldus*, Heidelberg)

Die EuErbVO im System des Europäischen Internationalen Privat- und Verfahrensrechts: Mehr „Brüssel-Rom O“ nach der Revision?

(Prof. Dr. *Martin Gebauer*, Tübingen, Richter am OLG Stuttgart)

Vorstellung der Studie MAPE Successions:

Was erwartet die Praxis von der Revision der EuErbVO?

(Notar *Christian Schall*, LL.M. (Edinburgh), Marktheidenfeld)

Die EuErbVO in der deutschen Gerichtspraxis,

(Dr. *Carl-Friedrich Nordmeier*, Frankfurt, Richter am LG)

Podiumsdiskussion mit Fragen aus dem Publikum:

Herausforderungen der EuErbVO im Vergleich europäischer Erfahrungen

(Notar Dr. *Thomas Raff*, Ludwigshafen, als Moderator;

Maître de conférences HDR *Paul Klötgen*, Nancy;

Notarin *Anja Holtz*, Esch-sur-Alzette; Notar *Tomasz Kot*,

Krakau, Vizepräsident der polnischen Notarkammer

(Krajowa Rada Notarialna); Notarin Prof. *Sofia Henriques*,

Lissabon; Rechtsanwalt *Ulf Bergquist*, Stockholm;

Notar Dr. *Isidoro Calvo Vidal*, A Coruña)

Schlusswort

(Notarin Dr. *Andrea Stutz*, Konstanz, Vizepräsidentin der

Notarkammer Baden-Württemberg)

Veranstaltungen des DAI

1. **Teilungsversteigerung des Familienheims – Chancen und Risiken**
(Pesch/Schüll)
25.01.2023 in Bochum und als Livestream
2. **Unterhalts- und Zugewinnberechnungen mit Excel effektiv gestalten: Excelberechnungen anhand der neuesten BGH-Rechtsprechung**
(Herrmann/Reinken)
08.02.2023 in Bochum und als Livestream
3. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2022/2023**
(Dutta/Herrler/Hertel/Kessler/Thelen)
09.02.2023 in Hamburg
4. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2022/2023**
(Dutta/Herrler/Hertel/Kessler/Thelen)
10.02.2023 in Berlin und als Livestream
5. **Brüssel IIb-Verordnung seit 01.08.2022: Neue europarechtliche Regelungen bei der internationalen Zuständigkeit, Anerkennung und Vollstreckung in Ehescheidungssachen, Kindschaftssachen und Kindesentführungen**
(Niethammer-Jürgens)
10.02.2023 in Heusenstamm (bei Frankfurt a. M.) und als Livestream
6. **Urkundenvorbereitung von A bis Z**
(Tondorf)
21.02.2023 in Bochum und als Livestream
7. **Schnittstellen Erbrecht und neues Betreuungsrecht 2023**
(Kroiß)
27.02.2023 als Livestream
8. **Optimierung der Notarstelle**
(Tondorf)
28.02.2023 in Berlin und als Livestream

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, T. 0234 970640, F. 0234 703507, M.: notare@anwaltsinstitut.de.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Neuerscheinungen

1. Bamberger/Roth/Hau/Poseck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch - Band 2: §§ 481-704, AGG. 5. Aufl., Beck, 2022. 2877 S., 189,00 €
2. Bork/Schäfer: GmbHG. Kommentar. 5. Aufl., RWS, 2022. 1532 S., 189,00 €
3. Bürgers/Fett: Die Kommanditgesellschaft auf Aktien. 3. Aufl., Beck, 2022. 857 S., 199,00 €
4. Bumiller/Harders/Schwamb: FamFG. Kommentar. 13. Aufl., Beck, 2022. 1733 S., 139,00 €
5. Burgard: Stiftungsrecht. Kommentar. 1. Aufl., De Gruyter, 2022. 584 S., 99,95 €
6. Fröschle: Das neue Vormundschafts- und Betreuungsrecht. 1. Aufl., Beck, 2022. 190 S., 49,00 €
7. Fuhrmann/Wälzholz: Formularbuch Gesellschaftsrecht. 4. Aufl., Otto Schmidt, 2022. 2908 S., 219,00 €
8. Gola/Heckmann: Datenschutz-Grundverordnung VO (EU) 2016/679, Bundesdatenschutzgesetz. Kommentar. 3. Aufl., Beck, 2022. 1864 S., 99,00 €
9. Grziwotz/Koeble: Handbuch Bauträgerrecht. 2. Aufl., Beck, 2022. 509 S., 139,00 €
10. Herrler/Hertel/Kessler: Aktuelles Immobilienrecht 2022 in der Gestaltungspraxis. 1. Aufl., Beck, 2022. 366 S., 59,00 €
11. Netz: Grundstückverkehrsgesetz. Praxiskommentar. 9. Aufl., Agricola-Verlag, 2022. 1700 S., 145,00 €
12. Notarkasse München A. d. ö. R./Bosch/Strauß: Berufs- und Beurkundungsrecht. Ausbildungsreihe für Notarfachangestellte. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 232 S., 19,90 €
13. Notarkasse München A. d. ö. R./Esbjörnsson: Gesellschaftsrecht. Ausbildungsreihe für Notarfachangestellte. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 128 S., 19,90 €
14. Notarkasse München A. d. ö. R./Kell: Grundbuch - Rechte in Abt. II. Ausbildungsreihe für Notarfachangestellte. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 230 S., 19,90 €
15. Prütting/Helms: FamFG. Kommentar. 6. Aufl., Otto Schmidt, 2022. 3200 S., 159,00 €
16. Schulte-Bunert/Weinreich: FamFG. Kommentar. 7. Aufl., Luchterhand, 2022. 2586 S., 159,00 €
17. Schmidt: Insolvenzordnung. Kommentar zu InsO mit EuInsVO. 20. Aufl., Beck, 2022. 3313 S., 229,00 €
18. Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 2/1, Allgemeiner Teil 2/1. Kommentar zu §§ 104-157 BGB. 14. Aufl., Kohlhammer, 2022. 890 S., 530,00 €
19. Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band 2/2, Allgemeiner Teil 2/2. Kommentar zu §§ 158-240 BGB. 14. Aufl., Kohlhammer, 2022. 864 S., 530,00 €
20. Spiegelberger/Schallmoser/Wälzholz/Wachter: Immobilien im Zivil- und Steuerrecht. 4. Aufl., Otto Schmidt, 2022. 1100 S., 169,00 €
21. Stöber: Zwangsversteigerungsgesetz. Kommentar zum ZVG und EGZVG. 23. Aufl., Beck, 2022. 2199 S., 159,00 €
22. Wachter: AktG. Kommentar. 4. Aufl., RWS, 2022. 2150 S., 249,00 €
23. Zimmer/Kersten/Szalai: Handbuch für Notarfachangestellte. 7. Aufl., Carl Heymanns, 2022. 1098 S., 89,00 €
24. Zimmermann: Erbschein - Erbscheinsverfahren - Europäisches Nachlasszeugnis. 4. Aufl., Erich Schmidt, 2022. 482 S., 64,00 €

Personaländerungen
1. Verstorben:

Notarin a. D. Dr. Helga Eiswirth
verstorben am 18.09.2022

Notar a. D. Karl-Heinz Steinbauer
verstorben am 11.11.2022

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 01.11.2022:

Notar Dr. Andreas Bernert, Würzburg
(Geschäftsführer des DNotI)

Notar Christian Schmitt, Miesbach

Mit Wirkung zum 31.01.2023:

Notarin Dr. Anette Köster, Edenkoben

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.11.2022:

Vohenstrauß	dem Notarassessor Dr. Andreas Bernert (bisher in Würzburg, DNotI)
-------------	--

Mit Wirkung zum 01.12.2022:

Ochsenfurt (in Sozietät mit Notarin Dr. Melanie Falkner)	der Notarin Dr. Ursula Geßner
--	----------------------------------

Mit Wirkung zum 01.01.2023:

Arnstorf	dem Notarassessor Dr. Josef Eicher (bisher in Berlin)
----------	---

Ebermannstadt	dem Notar a. D. Stefan Künkele
---------------	-----------------------------------

Mit Wirkung zum 01.02.2023:

Edenkoben	dem Notarassessor Dr. Daniel Johannes Schneider (bisher Geschäftsführer bei der Notarkammer Pfalz)
-----------	---

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 01.11.2022:

Katharina Baunach, Würzburg
(Notarstelle Trommler in Simbach am Inn)

Tim Habereeder, Augsburg
(Notarstellen Dr. Malzer/Dr. Wälzholz in Füssen)

Benjamin Lorenz, München
(Notarstelle Bode in Fürth)

Christoph Mayer, Denkendorf
(Notarstelle Herbst in Riedenburg)

Dr. Moritz Pfaffenberger, Nürnberg
(Notarstelle Prof. Dr. Limmer in Würzburg)


**Anschriften- und
Rufnummernänderungen:**

Notare Dr. Bastian Grimm und Dr. Josef Zintl
Am Neufeld 1,
86633 Neuburg an der Donau

Notar Dr. Felix Wobst
Rügshöfer Straße 1,
97447 Gerolzhofen

Notare Dr. Thomas Kilian und Armin Riedel
Bahnhofstraße 14,
86551 Aichach



Aufsätze



Buchbesprechungen



Rechtsprechung



Sonstiges



Standesnachrichten



Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Fichtenstraße 8, 82061 Neuried, T. 089 5482170, F. 089 555551, notarkammer.universalmedien.de

