

MittBayNot

Begründet 1864

6|2021

November/Dezember 2021

Mitteilungen des
Bayerischen Notarvereins,
der Notarkasse und der
Landesnotarkammer
Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Herausgeberbeirat:

Dr. Hermann Amann,
Notar a. D., Berchtesgaden

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Schriftleitung:

Ann-Kathrin Schmelter,
Notarassessorin

Julia Lindner,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

- **Becker:** Neues zur Beglaubigung von Unterschriften auf
Vorsorgevollmachten durch die Betreuungsbehörde 549
- **M. Wachter:** Steuerbegünstigung nur bei zeitgleichem Vollzug –
zugleich Anmerkung zu BFH 551
- **Forschner:** Praxisupdate AGB-Recht 558

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Starnecker** zu **OLG München:** Zulässigkeit einer beschränkten
persönlichen Dienstbarkeit betreffend Vertrieb von Getränken. 576
- **Bandel** zu **OLG Bremen:** Anfechtung der Annahme einer Erbschaft
nach Kenntnis der mit einem Vorausvermächtnis verbundenen
Verbindlichkeiten 602
- **Weinert** zu **BGH:** Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG als gesetzlicher
Schadensersatzanspruch im Sinne der AVB für die Vermögens-
schaden-Haftpflichtversicherung von Unternehmensleitern und
Leitenden Angestellten. 613
- **Raff** zu **BGH:** Wiederholte notarielle Beurkundungen in den Räumen
einer Vertragspartei 618
- **Hager/Müller-Teckhof** zu **BGH:** Keine Beurkundungsbedürftigkeit
eines als Bedingung für Grundstückskauf geschlossenen
Durchführungsvertrages 633
- **Strahl** zu **BFH:** Verschmelzung einer „Gewinngesellschaft“ auf
eine „Verlustgesellschaft“ 641

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
Telefon: (089) 551660
Telefax: (089) 55166234
E-Mail: info@mittbaynot.de
Internet: <https://www.notare.bayern.de/mittbaynot.html>

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Notarassessorin Ann-Kathrin Schmelter,
Notarassessorin Julia Lindner

Druck:

Universal Medien GmbH
Geretsrieder Straße 10
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 6 | 2021

AUFSÄTZE 549			
Becker: Neues zur Beglaubigung von Unterschriften auf Vorsorgevollmachten durch die Betreuungsbehörde	549	6. Löschung einer Vormerkung aufgrund eines Unrichtigkeitsnachweises (OLG München, Beschluss vom 29.6.2020, 34 Wx 217/19)	586
M. Wachter: Steuerbegünstigung nur bei zeitgleichem Vollzug – zugleich Anmerkung zu BFH	551	7. Vertretung des Minderjährigen bei Grundstücksgeschäft mit einem Elternteil (OLG Brandenburg, Beschluss vom 10.9.2020, 9 WF 198/20)	588
Forschner: Praxisupdate AGB-Recht	558		
BUCHBESPRECHUNGEN 565		ERBRECHT	
Thomas/Putzo: Zivilprozessordnung (Menne)	565	8. Anspruch auf Auflassung eines Grundstückes gegen einen mit Weitergabeverpflichtung Beschenkten (OLG München, Urteil vom 8.2.2021, 33 U 4723/20)	590
Reichert: GmbH & Co. KG (Suttmann)	566	9. Folgen der Veräußerung des Vermächtnisgegenstands durch die Erblasserin (OLG Koblenz, Beschluss vom 26.11.2020, 12 U 140/20)	596
Happ/Bednarz: Umwandlungsrecht (Weinert)	568	10. Anfechtung der Annahme einer Erbschaft nach Kenntnis der mit einem Vorausvermächtnis verbundenen Verbindlichkeiten (OLG Bremen, Urteil vom 19.11.2020, 5 U 22/20) mit Anmerkung Bandel	598 602
RECHTSPRECHUNG 570		Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht	
Bürgerliches Recht		11. Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters bei offener Einlage (BGH, Urteil vom 4.8.2020, II ZR 171/19 – Ls.)	604
ALLGEMEINES		12. Befreiung von § 181 BGB im Rahmen einer Satzungsänderung einer im vereinfachten Verfahren gegründeten GmbH (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.4.2021, 3 Wx 46/21)	604
1. Keine Erstattung der Instandhaltungsrücklage bei Grunddienstbarkeit für Tiefgarage (BGH, Urteil vom 18.6.2021, V ZR 146/20)	570	13. Keine unzulässige Rückwirkung einer Satzungsänderung zur Änderung des Geschäftsjahres (OLG Thüringen, Beschluss vom 19.3.2021, 2 W 244/21)	605
2. Zulässigkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit betreffend Vertrieb von Getränken (OLG München, Beschluss vom 24.2.2021, 34 Wx 458/20) mit Anmerkung Starnecker	572 576		
3. Interessenkollision eines Maklers bei Eintragung einer Sicherungsgrundschuld (OLG Hamm, Urteil vom 9.3.2020, 18 U 136/18 – Ls.)	579		
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT			
4. Rechtsnachfolge des Schuldners bei Übertragung von Miteigentum und Nutzungsrechten (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.5.2021, 12 W 3/21)	580		
5. Registereintrag des (Nachtrags-)Liquidators (KG, Beschluss vom 11.5.2021, 1 W 29/21, 1 W 30/21, 1 W 31/21, 1 W 32/21, 1 W 33/21)	583		

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 6 | 2021

Internationales Privatrecht

14. Umgehung der geschlechterbezogenen Diskriminierung im Erbrecht über Kollisionsvorschriften (OLG München, Beschluss vom 8.12.2020, 31 Wx 248/20) 608

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

15. Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG als gesetzlicher Schadensersatzanspruch im Sinne der AVB für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Unternehmensleitern und Leitenden Angestellten (BGH, Urteil vom 18.11.2020, IV ZR 217/19) 610
mit Anmerkung **Weinert** 613

Beurkundungs- und Notarrecht

16. Kausalität des Verstoßes gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG für den Vertragsschluss (BGH, Urteil vom 22.4.2021, III ZR 164/19) 615
17. Wiederholte notarielle Beurkundungen in den Räumen einer Vertragspartei (BGH, Beschluss vom 22.3.2021, NotSt(Brfg) 4/20) 616
mit Anmerkung **Raff** 618
18. Sittenwidrigkeit eines zugunsten einer Berufsbetreuerin und eines „Seniorenbetreuers“ errichteten notariellen Testaments (OLG Celle, Urteil vom 7.1.2021, 6 U 22/20) 619

Öffentliches Recht

19. Keine Beurkundungsbedürftigkeit eines als Bedingung für Grundstückskauf geschlossenen Durchführungsvertrages (BGH, Urteil vom 29.1.2021, V ZR 139/19) 628
mit Anmerkung **Hager/Müller-Teckhof** 633

Steuerrecht

20. Grunderwerbsteuer bei treuhänderischem Erwerb (BFH, Urteil vom 23.2.2021, II R 22/19 – Ls.) 636
21. Verschmelzung einer „Gewinngesellschaft“ auf eine „Verlustgesellschaft“ (BFH, Urteil vom 17.11.2020, I R 2/18) 636
mit Anmerkung **Strahl** 641
22. Begünstigte Schenkung von Sonderbetriebsvermögen (BFH, Urteil vom 17.6.2020, II R 38/17) 643
23. Aufhebung der Grunderwerbsteuer – Anspruch auf Rückgängigmachung eines grunderwerbsteuerbaren Rechtsgeschäfts bei Wohnflächen-differenzen (BFH, Urteil vom 19.2.2020, II R 4/18) 646

SONSTIGES 652

Hinweise für die Praxis 652

Schreindorfer: Notarielles Vorgehen bei (mutmaßlich) missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennung

Veranstaltungshinweise 655

Neuerscheinungen 657

STANDESNACHRICHTEN 658

AUFsätze

Neues zur Beglaubigung von Unterschriften auf Vorsorgevollmachten durch die Betreuungsbehörde

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

Noch im November letzten Jahres hatte der BGH¹ entschieden, dass die Beglaubigung von Unterschriften auf Vorsorgevollmachten durch die Betreuungsbehörde gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG den Anforderungen der Grundbuchordnung, dort § 29 GBO, genügt. Diese Beglaubigungsbeugnis soll sich auch auf Vorsorgevollmachten erstrecken, die über den Tod des Vollmachtgebers hinaus gültig sind (transmortale Vollmachten). Diese Rechtslage wird ab dem 1.1.2023 teilweise der Vergangenheit angehören. Zu diesem Zeitpunkt tritt gemäß Art. 16 Abs. 1 dieses Gesetzes das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts² in Kraft und zugleich das Betreuungsbehörden-gesetz (BtBG) außer Kraft. An seine Stelle tritt dann das Betreuungsorganisationsgesetz (BtOG).

I. Wortlaut des BtOG

§ 7 BtOG lautet:

§ 7 Öffentliche Beglaubigung; Verordnungs-ermächtigung

- (1) Die Urkundsperson bei der Behörde ist befugt, Unterschriften oder Handzeichen auf Betreuungsverfügungen und auf Vollmachten, soweit sie von natürlichen Personen erteilt werden, öffentlich zu beglaubigen. *Die Wirkung der Beglaubigung endet bei einer Vollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers.*³ Die Zuständigkeit der Notare, anderer Personen oder sonstiger Stellen für öffentliche Beurkundungen und Beglaubigungen bleibt unberührt. Die Behörde soll auf die Möglichkeit der Registrierung bei dem Zentralen Vorsorgeregister nach § 78a Abs. 2 der Bundesnotarordnung hinweisen, wenn sie eine Vollmacht oder eine Betreuungsverfügung nach Satz 1 beglaubigt hat.
- (2) Die Urkundsperson bei der Behörde darf die Beglaubigung einer Vollmacht nach Abs. 1 Satz 1 nur vornehmen, wenn diese zu dem Zweck erteilt wird, die

Bestellung eines Betreuers zu vermeiden. Sie darf eine Beglaubigung nicht vornehmen:

1. von Unterschriften oder Handzeichen ohne dazugehörigen Text oder
2. wenn ihr in der betreffenden Angelegenheit die Vertretung eines Beteiligten obliegt.
- (3) Die Behörde hat geeignete Beamte und Angestellte zur Wahrnehmung der Aufgaben nach Abs. 1 Satz 1 zu ermächtigen. Die Länder können Näheres hinsichtlich der fachlichen Anforderungen an diese Personen regeln.
- (4) Für jede Beglaubigung nach Abs. 1 Satz 1 wird eine Gebühr in Höhe von 10 Euro erhoben. Auslagen werden gesondert nicht erhoben. Aus Gründen der Billigkeit kann von der Erhebung der Gebühr im Einzelfall abgesehen werden.
- (5) Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung die Gebühren und Auslagen für die Beglaubigung abweichend von Abs. 4 zu regeln. Die Landesregierungen können die Ermächtigung nach Satz 1 durch Rechtsverordnung auf die Landesjustizverwaltungen übertragen.“

Interessant für die notarielle Praxis ist insoweit vor allem § 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG.

II. Ende der Beglaubigungswirkung mit dem Tod des Vollmachtgebers

§ 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG betritt juristisches Neuland insoweit, als die Beglaubigungswirkung mit dem Tod des Vollmachtgebers endet. In der Gesetzesbegründung⁴ heißt es hierzu aus-
zugsweise:

„(...) Eine Vollmacht, die als sog. Vorsorgevollmacht in erster Linie zum Zweck der Vermeidung einer rechtlichen Betreuung erteilt wird, kann auch mit Wirkung über den Tod des Vollmachtgebers hinaus erteilt werden (sog. transmortale Vollmacht). Auch solche Vollmachten können von der Betreuungsbehörde beglaubigt werden. Allerdings wird nach Satz 2 die Wirkung der öffentlichen Beglaubigung auf die Lebzeiten des Vollmachtgebers begrenzt. *Eine transmortale Vollmacht verliert deshalb mit dem Tod des Vollmachtgebers nicht etwa ihre materiell-*

1 BGH, Beschluss vom 12.11.2020, V ZB 148/19, ZEV 2021, 267 = BWNotZ 2021, 114 = FamRZ 2021, 789.

2 BGBl. 2021 I, S. 882 ff. Im Internet unter https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Reform_Betreuungsrecht_Vormundschaft.html (letzter Zugriff: 23.5.2021).

3 Hervorhebung durch den Autor.

4 BT-Drucks. 19/24445, S. 349.

rechtliche Wirkung, sie genügt danach aber nicht mehr den Anforderungen des Grundbuchrechts und anderer Verfahren, die öffentlich beglaubigte Erklärungen verlangen.⁵ Diese zeitliche Begrenzung der Beglaubigungswirkung rechtfertigt sich dadurch, dass der Zusammenhang zum Betreuungsrecht mit dem Tod des Vollmachtgebers endet. Nach seinem Tod bezweckt die Vollmacht nur noch die Nachlassabwicklung. Die Nachlassabwicklung ist aber nicht Gegenstand des Betreuungsrechts. Die Wirkung der Beglaubigung muss deshalb mit dem Tod des Vollmachtgebers enden. Für die Prüfung durch das Grundbuchamt gelten die Grundsätze, die für die Prüfung des materiellrechtlichen Fortbestands einer Vollmacht gelten (vgl. etwa Meikel/Hertel, Grundbuchordnung, 11. Aufl. 2015, § 29 Rdnr. 63 ff.). Ob der Vollmachtgeber noch lebt, ist deshalb nur zu prüfen, wenn das Grundbuchamt konkrete Anhaltspunkte für seinen Tod hat. Möchte der Vollmachtgeber, dass nach seinem Tod mittels der Vollmacht auch Rechtsgeschäfte getätigt werden können, die den Nachweis der Urkunde in öffentlich beglaubigter Form erfordern, hat er die Vollmacht in notariell beglaubigter oder beurkundeter Form zu erteilen.“

Entscheidend ist danach, dass nach der gesetzgeberischen Konzeption die Vollmacht mit dem Tod des Vollmachtgebers nicht erlischt (§ 168 Satz 1, § 672 Satz 1 BGB), sondern fortbesteht, aber die Beglaubigungswirkung entfällt. Die Einsatzfähigkeit solcher Vollmachten im Grundbuchverfahren wird damit eingeschränkt. Das Grundbuchamt prüft den (materiellen) Fortbestand der Vollmacht im Rahmen seiner freien Beweiswürdigung.⁶ Danach muss das Grundbuchamt konkrete Anhaltspunkte, nicht bloße Vermutungen, für das Erlöschen haben.⁷ Wendet man, wie in der Gesetzesbegründung vorgesehen, diese Maßstäbe auch auf den verfahrensrechtlichen Fortbestand der Vollmacht an, könnten Grundbuchämter in Zukunft ab dem Erreichen der durchschnittlichen Lebenserwartung (Männer: ca. 78 Jahre, Frauen: ca. 83 Jahre) Nachweise für den verfahrensrechtlichen Fortbestand der Vollmacht fordern.⁸ Als transmortale Vollmacht kann von dieser Vollmacht jedenfalls nicht Gebrauch gemacht werden. Ist der Vollmachtgeber verstorben und liegt nur eine durch die Betreuungsbehörde beglaubigte Vollmacht vor, so sind die Einholung eines formgerechten Erbnachweises und die Beteiligung der Erben bzw. des Testamentsvollstreckers oder die Bestellung eines Nachlasspflegers erforderlich, auch wenn die Vollmacht materiell noch wirksam sein sollte. Sie erfüllt aber nicht mehr ihre verfahrensrechtliche Legitimationswirkung (§ 29 GBO).

Danach sind drei Anwendungsfälle zu unterscheiden:

Sachverhalt	Rechtsanwendung
Der Vollmachtgeber lebt während der gesamten Vertragsabwicklung.	§ 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG bleibt ohne Auswirkung.
Der Vollmachtgeber lebt bei Vertragsschluss, stirbt aber vor Vollzug der Auflassung im Grundbuch.	Die Beglaubigungswirkung erlischt für die Zukunft. Ist die Vollmacht materiellrechtlich über den Tod hinaus wirksam, ist der Verstoß gegen § 29 GBO allein aber unschädlich. Der Erwerber kann wirksam Eigentum erwerben. Das Grundbuch ist richtig.
Der Vollmachtgeber ist bereits bei Vertragsschluss tot.	Gemäß § 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG ist die Vollmacht kein taugliches Nachweismittel im Grundbuchverfahren mehr.

III. Intertemporales Recht

Das Gesetz selbst tritt zum 1.1.2023 in Kraft. Nicht ausdrücklich beantwortet ist aber die Frage, wie hinsichtlich der Anwendung des § 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG zu verfahren ist. Denkbar wäre einerseits, alle durch die Betreuungsbehörde beglaubigten Vollmachten ab dem 1.1.2023 dem neuen Recht zu unterwerfen, unabhängig davon, ob die Beglaubigung vor oder nach dem 1.1.2023 erfolgt ist. Dem Vertrauensschutz in die geltende Rechtslage besser gerecht werden würde meines Erachtens jedoch ein Abstellen auf den Zeitpunkt der Beglaubigung. Danach würde für bis zum 1.1.2023 beglaubigte Vollmachten noch die alte, durch den BGH festgestellte Rechtslage (siehe oben) gelten. Nachteil dieser Differenzierung wäre eine unterschiedliche und komplizierte Rechtslage für durch die Betreuungsbehörde beglaubigte Vollmachten.

IV. Fazit mit Formulierungsvorschlägen

Ein Pinselstrich des Gesetzgebers kann die geltende Rechtslage auf einmal verändern. Die Änderung durch § 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG ist aus notarieller Sicht zu begrüßen. Sie wird die Verbreitung notarieller Vorsorgevollmachten, auch in ländlichen Bereichen, wo die Betreuungsbehörden zum Teil starke Öffentlichkeitsarbeit leisten, erhöhen. Kommen solche Vollmachten im Grundbuchverfahren zum Einsatz sollten Notar und Mitarbeiter bedenken, dass die Beglaubigungswirkung solcher Vollmachten, nicht aber deren Wirksamkeit mit dem Tod des Vollmachtgebers (ex nunc) entfällt. Sie sind daher nicht als transmortale Vollmachten einsetzbar. Eine Verwendung unter Verschweigen des Todes des Vollmachtgebers kann als Handlungsoption nicht empfohlen werden. Das Legalitätsprinzip bindet Notar und Grundbuchamt.

Bei Einsatz zu Lebzeiten des Vollmachtgebers kann sich anbieten, dessen Leben durch den Vollmachtnehmer versichern, ggf. auch eidesstattlich versichern, zu lassen. Eine Lebensbescheinigung des Notars wird nur ausnahmsweise in Betracht kommen, wenn der Notar diese Wahrnehmung selbst, etwa im Rahmen eines (Auswärts-)Termins zum Beispiel im Heim gemacht hat. Verstirbt der Vollmachtgeber während der Abwicklung, entfällt die Beglaubigungswirkung nachträglich für die Zukunft. Da die Vollmacht materiell wirksam bleibt, kann

5 Hervorhebung durch den Autor.

6 BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 1.5.2021, Sonderbereiche, Vertretungsmacht, H. Rdnr. 130.

7 BeckOKGBO/Reetz, Sonderbereiche, Vertretungsmacht, H. Rdnr. 131.

8 Insoweit könnte das Erreichen der Lebenserwartung ein konkreter Anhaltspunkt sein.

der Erwerber gleichwohl wirksam, zum Beispiel Eigentum, erwerben. Da § 29 GBO eine reine Ordnungsvorschrift ist, bleibt ein Verstoß materiellrechtlich ohne Wirkung.⁹ Auch das Grundbuch selbst ist in diesen Fällen richtig.

Formulierungsvorschlag:

A A, geb. am (...), wohnhaft (...) – ausgewiesen durch (...) –

Hier handelnd nicht im eigenen Namen, sondern im fremden Namen aufgrund durch die Urkundsperson der Betreuungsbehörde (...) am (...) in (...) öffentlich beglaubigter Vollmacht, welche im Termin in Urschrift vorlag, keine Zeichen des Wi-

derrufs trug und von der eine beglaubigte Abschrift zur Niederschrift genommen wurde für den Vollmachtgeber

N N, geb. am (...), wohnhaft in (...).

Auf Nachfrage des Notars versichert A A vorsorglich, dass N N am Leben ist.

Alternative:

Hierzu bescheinige ich, der beurkundende Notar, dass ich N N am (...) um (...) Uhr in dem Pflegeheim (...) aufgesucht und mich dort mit diesem unterhalten habe. N N wies sich dabei durch gültigen Personalausweis mit Lichtbild aus. Diese Lebensbescheinigung erstelle ich auf Antrag des N N.

⁹ Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, GBO, 4. Aufl. 2018, § 29 Rdnr. 5.

Steuerbegünstigung nur bei zeitgleichem Vollzug

Zugleich Anmerkung zum Urteil des BFH vom 17.6.2020, II R 38/17*

Von Notar a. D. **Martin Wachter**, Günzburg

Bei unentgeltlicher Zuwendung eines Kommanditanteiles handelt es sich häufig um nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG begünstigtes Vermögen, für das der Verschonungsabschlag nach § 13a Abs. 1 ErbStG bei Vorliegen der maßgeblichen Voraussetzungen gewährt werden kann. Die Entscheidung des FG Köln vom 29.6.2017, 7 K 1654/16¹ hatte in diesem Zusammenhang bereits zu erheblicher Unsicherheit hinsichtlich des Urkundenvollzuges bei Übertragung von Anteilen an Personengesellschaften geführt, wenn dies mit der Übertragung von sonstigem Betriebsvermögen verbunden ist, wie ein dem Gewerbebetrieb der Personengesellschaft zur Nutzung überlassenes Grundstück und – wie meist üblich – die Kommanditeilsübertragung von der Eintragung im Handelsregister abhängig gemacht wurde. Das diese Entscheidung bestätigende BFH-Urteil vom 17.6.2020, II R 38/17, irritiert in zivilrechtlicher Hinsicht durch seine Urteilsbegründung bezüglich einer „bedingten“ Auffassung.

I. Sachverhalt

Problemstellung des Urteiles war ein in der notariellen Praxis nicht selten vorkommender Übertragungsfall:² Bei einer

* MittBayNot 2021, 643 (in diesem Heft) = BStBl. II 2021, S. 98 = DStR 2020, 2539 m. Anm. Götz = DStR 2021, 460 f. = ZEV 2020, 787 m. Anm. Hübner. Der Verfasser dankt dem Notar-kollegen Dr. Eckhard Wälzholz für wertvolle Hinweise.

- ¹ ZEV 2017, 535 mit Anm. Wälzholz = DStRE 2018, 741; so wie Götz, DStR 2018, 115.
- ² Der tatsächliche Urteils Sachverhalt war deutlich komplizierter. Für die steuerliche Beurteilung ist jedoch lediglich der folgende dargestellte Sachverhalt für die Entscheidung von Bedeutung gewesen.

Kommanditgesellschaft (hier in Form einer Einheits-GmbH & Co. KG) mit einer natürlichen Person als einzigem Kommanditisten stand der Generationswechsel an. Der Kommanditist war zugleich auch der alleinige Eigentümer des Betriebsgrundstückes, auf dem die Kommanditgesellschaft ihren Gewerbebetrieb hatte.

Steuerrechtlich werden solche Wirtschaftsgüter, die dem Gesellschafter einer Personengesellschaft selbst gehören, aber dem Betrieb der Gesellschaft (zum Beispiel zur Nutzung überlassenes Grundstück) oder der Beteiligung des Gesellschafters an der Personengesellschaft dienen (zum Beispiel der Geschäftsanteil an der Komplementär-GmbH) als Sonderbetriebsvermögen der Beteiligung an der Personengesellschaft zugerechnet. Gesellschaftsanteil und die Gegenstände des Sonderbetriebsvermögens bilden zusammen den Mitunternehmeranteil im ertragsteuerlichen Sinn, was auch für das Erbschaft-/Schenkungsteuerrecht maßgeblich ist. Bei jeder Übertragung von Personengesellschaftsanteilen muss daher darauf geachtet werden, dass keine Trennung beider Teilvermögenseinheiten erfolgt. Sonst könnte eine Entnahme des Sonderbetriebsvermögens vorliegen, was bei betriebswesentlichem Sonderbetriebsvermögen (insbesondere Grundstücke) gar die Aufgabe des Mitunternehmeranteils herbeiführen könnte, mit der Folge, dass alle stillen Reserven besteuert würden.

Um diese nachteiligen Folgen zu vermeiden, wurde deshalb im Urteilsfall mit notarieller Urkunde vom 30.12.2013 zwischen Vater (= Veräußerer) und Sohn (= Erwerber) vereinbart, dass

- a) der Kommanditeil mit dinglicher Wirkung zum 1.1.2014, 0:01 Uhr (= Übertragungsstichtag) übertragen und abgetreten

wird, wobei jedoch aus Haftungsgründen³ die Übertragung und Abtretung unter der zusätzlichen aufschiebenden Bedingung der Eintragung des Erwerbers als Kommanditist der KG kraft Sonderrechtsnachfolge im Handelsregister stehe. Vom Übertragungstichtag bis zur Eintragung der Sondernachfolge im Handelsregister sollte der KG-Anteil vom Veräußerer treuhänderisch für den Erwerber gehalten sein.

b) der betrieblich genutzte Grundbesitz des Veräußerers ebenfalls zum 1.1.2014, 0:01 Uhr hinsichtlich Besitz, Nutzen und Lasten⁴ auf den Erwerber schenkweise übergeht. Die Auflassung war am 30.12.2013 erklärt, ebenso die Eintragungsbewilligung durch den Veräußerer.

Die Anmeldung der Sonderrechtsnachfolge zum Handelsregister erfolgte am 30.12.2013, die Eintragung im Handelsregister am 14.1.2014.

Ertragsteuerlich ist die vorstehende Gestaltung unproblematisch. Dies war auch nicht Gegenstand des finanzgerichtlichen Verfahrens. Streitig war vorliegend ausschließlich die erb-schaftsteuerliche Beurteilung des Sachverhaltes bzgl. des Übergangs des zum Sonderbetriebsvermögen gehörenden Grundbesitzes im Zusammenhang mit der aufschiebend bedingten Kommanditanteilsabtretung.

II. Die Entscheidung des FG Köln

Nach Auffassung des FG Köln hatte das FA zu Recht für die Schenkung des Grundstückes keinen Freibetrag nach §§ 13a, 13b ErbStG gewährt. Für die Gewährung dieser Begünstigung sei bei der Übertragung von einzelnen Wirtschaftsgütern des Sonderbetriebsvermögens erforderlich, dass diese gleichzeitig mit dem Anteil an der Personengesellschaft übertragen werden. Die isolierte Übertragung von Sonderbetriebsvermögen ermögliche dem Erwerber noch keine Mitunternehmerinitiative.⁵ Weil das Grundstück nicht gleichzeitig mit dem Kommanditanteil an der KG, sondern bereits zuvor durch die Auflassungserklärung auf den Erwerber übertragen wurde, fehle es an der zivilrechtlichen Gesellschafterstellung des Erwerbers zum Zeitpunkt der Grundstücksschenkung und damit an der steuerrechtlichen Mitunternehmerstellung. Aufgrund der ver-

einbarten aufschiebenden Bedingung sei der Erwerber erst mit seiner Eintragung am 14.1.2014 als Kommanditist auch zivilrechtlich Gesellschafter geworden.

III. Entscheidung des BFH und Kritik

Der BFH bestätigt in seiner Entscheidung, dass für die Übertragung des Grundstücks die Schenkungsteuer ohne die Begünstigungen nach §§ 13a, 13b ErbStG anzusetzen war. Die Schenkungsteuer entstehe nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG bereits mit dem Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung. Dies sei bei einer Grundstücksschenkung nicht erst die Eintragung im Grundbuch, sondern bereits der Zeitpunkt, in dem die Auflassung beurkundet worden ist, der Schenker die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewilligt habe und der Beschenkte nach den getroffenen Vereinbarungen von der Eintragungsbewilligung Gebrauch machen dürfe.⁶ Daher sei bereits mit der Beurkundung der Auflassung am 30.12.2013 die Zuwendung des betrieblichen Grundstückes ausgeführt worden, da diese Auflassung nicht unter einer aufschiebenden Bedingung gestanden habe. Diese Aussage irritiert den Zivilrechtler, ist ihm doch die Regelung des § 925 Abs. 2 BGB geläufig, dass eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, unwirksam ist.⁷ Was damit der BFH hinsichtlich einer „aufschiebenden Bedingung“ bezüglich der Auflassung meint, bleibt nebulös, ist jedoch für ihn von entscheidender Bedeutung, da hierauf auch noch einmal am Ende von Rdnr. 27 des Urteiles Bezug genommen wird.

Ertragsteuerlich entscheidend ist, dass bei Übertragung eines Mitunternehmeranteiles auch das Sonderbetriebsvermögen mit übergeht. Dies muss jedoch nicht zivilrechtlich zeitgleich übergehen. Es genügt ein zeitlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Übertragungsakten.⁸ Durch eine alleinige Übertragung des Sonderbetriebsvermögens ohne gleichzeitige Übertragung des Mitunternehmeranteiles geht jedoch die Rechtsstellung des Veräußerers als Mitunternehmer nicht auf den Erwerber über.⁹ Die schenkungsteuerliche Beurteilung knüpft hinsichtlich der Begünstigung nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 13a Abs. 1 u. 2 ErbStG an die ertragsteuerliche Übertragung des Mitunternehmeranteiles an. Nur wenn der Erwerber Mitunternehmer wird, also als Gesellschafter unternehmerische Entscheidungsbefugnisse, insbe-

3 Der Erwerber eines KG-Anteiles, der bisher noch nicht einen Kommanditanteil an der gleichen Gesellschaft hatte, haftet bisher nach § 176 Abs. 2 HGB für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und seiner Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft. Um diese mögliche Haftung des eintretenden Gesellschafters zu vermeiden, ist es in der Praxis üblich, den Erwerb des Kommanditanteiles gesellschaftsrechtlich aufschiebend bedingt erst mit dem Tag seiner Eintragung im Handelsregister eintreten zu lassen. In der Zwischenzeit wird der Kommanditanteil in der Regel durch den Veräußerer treuhänderisch für den Erwerber gehalten oder der Erwerber wird bereits ab dem Zeitpunkt des wirtschaftlichen Überganges als atypisch stiller Gesellschafter an dem Kommanditanteil beteiligt. Ob jedoch für diesen überschaubaren Zeitraum ein solcher Haftungsausschluss erforderlich ist, sollten die Beteiligten, nach Erläuterung der Haftungsrisiken durch den Notar, selbst entscheiden.

4 Dadurch ist ertragsteuerlich gesehen das wirtschaftliche Eigentum bereits auf den Erwerber hinsichtlich des Grundbesitzes übergegangen. So st. Rspr. u. a. BFH, Urteil vom 4.6.2003, X R 49/01, MittBayNot 2004, 217 m. w. N.

5 Mitunternehmerinitiative verlangt, dass der Gesellschafter die Rechte aus dem Gesellschaftsanteil ausüben kann und damit Teilhabe an den unternehmerischen Entscheidungen hat.

6 Unter Bezugnahme auf die st. Rspr. des BFH: Urteil vom 26.9.1990, II R 150/88, BStBl. II 1991, S. 320; DStR 1991, 282; Urteil vom 24.7.2002, II R 33/01, BFHE 199, 25 = ZEV 2002, 518; Urteil vom 29.11.2017, II R 14/16, BStBl. II 2018, S. 362 = ZEV 2018, 290 Rdnr. 22 m. w. N.

7 Das war zumindest dem 2. Senat des BFH in seinem Urteil vom 8.2.2000, II R 9-98, DStRE 2000, 870 = MittRhNotK 2000, 442 = ZEV 2000, 413 = NJW-RR 2001, 518, auch bekannt.

8 Schmidt/Kulosa, EStG, 40. Aufl. 2021, § 6 Rdnr. 648.

9 Außerdem würde der Gegenstand des Sonderbetriebsvermögens aus dem Betriebsvermögen unter Aufdeckung der darin enthaltenen stillen Reserven steuerpflichtig entnommen werden, und das kann, wenn es das gesamte wesentliche Sonderbetriebsvermögen ist, sogar zur Aufgabe des Mitunternehmeranteiles führen. Im Einzelnen hierzu weitere Erläuterungen des Autors in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 26. Aufl. 2019, § 131 Rdnr. 67.

sondere das Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrecht, hat (= Mitunternehmerinitiative) und Verlustrisiken trägt sowie Anteil an den stillen Reserven hat (= Mitunternehmerrisiko), ist die schenkweise Übertragung auch gemäß §§ 13a, 13b ErbStG steuerbegünstigt. Jedoch muss dann auch der gesamte Mitunternehmeranteil ordnungsgemäß übertragen werden, zu dem zwingend auch das Sonderbetriebsvermögen gehört.¹⁰

Hier wurde jedoch das Grundstück als Objekt des Sonderbetriebsvermögens bereits erbschaftsteuerlich mit Erklärung der „bedingungslosen“ (sic BFH) Auflassung am 30.12.2013 übertragen – und damit vor der Übertragung des Mitunternehmeranteiles, da der Kommanditanteil erst mit Wirkung zum 1.1.2014 (= Übertragungstichtag) abgetreten wurde.

Ob auch die Eintragung der Sonderrechtsnachfolge im Handelsregister für den Erwerb der Mitunternehmerstellung erforderlich ist oder ob das vereinbarte Treuhandverhältnis zugunsten des Erwerbers ausreichend ist, hat der BFH hierbei offengelassen. Aufgrund der Entscheidung des BFH vom 30.11.2009¹¹ ist die Zuwendung eines Kommanditanteiles ausgeführt, wenn der Empfänger über den Gesellschaftsanteil im Verhältnis zum Leistenden tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann, was ausschließlich nach der Zivilrechtsslage zu beurteilen ist. Dabei ist der Zeitpunkt des Vertragsabschlusses zwischen Schenker und Beschenkten nur maßgeblich, wenn der Beschenkte in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Vertragsabschluss oder rückwirkend in die Gesellschaft eintritt. Wird der Vollzug dahin gehend hinausgeschoben, dass die Schenkung zwar schuldrechtlich mit Datum des Vertragsabschlusses, dinglich jedoch unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung als Kommanditist im Handelsregister erfolgt, ist schenkungsteuerlich gemäß § 12 Abs. 1 ErbStG die Zuwendung bis zum Bedingungseintritt nicht zu berücksichtigen. Diese Entscheidung erging jedoch zu einem Sachverhalt, bei dem nicht bereits der Anteil ab dem schuldrechtlichen Vertragsabschluss treuhänderisch durch den Veräußerer für den Erwerber gehalten wurde.

Jedoch ist erbschaftsteuerlich durch den BFH und die Finanzverwaltung¹² anerkannt, dass sowohl eine atypisch stille Beteiligung oder ein Treuhandverhältnis an einem Gesellschaftsanteil eine Mitunternehmerstellung vermitteln und daher deren Erwerb bereits Steuervergünstigungen nach § 13a Abs. 1 und 2 ErbStG gewähren.

IV. Folgerungen für die Gestaltungspraxis

1. Grundsatz

Für die Vertragsgestaltung stellt sich nur die Frage, wie bei all den Fällen, in denen mit einem Gesellschaftsanteil, der an

einer gewerblich tätigen Personengesellschaft besteht und damit Mitunternehmeranteil ist,¹³ der Übergang des Gesellschaftsanteiles und sonstiger Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens geregelt werden muss, um die erbschaftsteuerliche Begünstigung zu erlangen.

Nicht entscheidend ist nach der Rechtsprechung des BFH¹⁴ der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums, also der Übergang von Besitz, Nutzen, Lasten und Gefahr.

Zwar ist der allgemeine Grundsatz des Schenkungsteuerrechtes, dass die Zuwendung ausgeführt ist, wenn gemäß der Zivilrechtsslage der Empfänger über das Zugewandte im Verhältnis zum Leistenden tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann.¹⁵ Bei der Zuwendung von Grundbesitz knüpft die erbschaftsteuerliche Beurteilung durch den BFH jedoch bereits seit 1990¹⁶ ausschließlich an die Voraussetzungen an:

- Beurkundung der Auflassung und
- Erklärung der Eintragungsbewilligung hinsichtlich der Rechtsänderung durch den Schenker sowie
- dass der Beschenkte nach den getroffenen Vereinbarungen von der Eintragungsbewilligung Gebrauch machen darf.¹⁷

Die Vorverlegung des Ausführungszeitpunkts einer Grundstücksschenkung vor den Zeitpunkt der Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB) ist im Hinblick darauf geschehen, dass der Schenker zu diesem Zeitpunkt alles zur Bewirkung der Leistung Erforderliche getan hat. Würde man auf den Zeitpunkt der Vollendung des Grundeigentumserwerbs abstellen, wäre dieser Stichtag von Umständen abhängig, die der Schenker nicht mehr beeinflussen kann, insbesondere von der Dauer des Grundbuchverfahrens. Bei einer gestreckten Zuwendung, wie der Grundstücksübergabe, erscheint es dem BFH dementsprechend sachgerechter, für die Entstehung der Steuer auf den letzten Zeitpunkt abzustellen, für den der Steuerpflichtige noch verantwortlich ist.¹⁸

Da alle diese drei Voraussetzungen kumulativ vorhanden sein müssen, die Auflassung jedoch weder unter einer Befristung noch Bedingung gestellt werden kann, bestehen folgende Gestaltungsmöglichkeiten:

¹³ Anders verhält es sich bei einem Gesellschaftsanteil an einer rein nur vermögensverwaltenden Personengesellschaft, da dieser aufgrund der fehlenden gewerblichen Tätigkeit der Gesellschafter kein steuerlicher Mitunternehmeranteil ist, soweit es sich nicht um eine Personengesellschaft in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG handelt, weil diese im Sinne von § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG gewerblich geprägt wird. Siehe hierzu BFH, Urteil vom 11.6.2013, IIR 4/12, DStR 2013, 1536; Geck, ZEV 2018, 19.

¹⁴ BFH, Urteil vom 4.6.2003, X R 49/01, MittBayNot 2004, 217 m. w. N.

¹⁵ BFH, Urteil vom 30.11.2009, II R 70/06, BeckRS 2009, 25016068.

¹⁶ BFH, Urteil vom 26.9.1990 II R 150/88, BStBl. II 1991, S. 320 = DStR 1991, 282; Urteil vom 24.7.2002, II R 33/01, ZEV 2002, 518.

¹⁷ BFH, Urteil vom 24.7.2002, II R 33/01, ZEV 2002, 518; Urteil vom 29.11.2017, II R 14/16, ZEV 2018, 290: Die Rechtsprechung betrifft damit nur den Zeitpunkt für die Entstehung der Schenkungsteuer (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG).

¹⁸ Kollhossler, ZEV 2002, 518 in Anm. zu BFH, Urteil vom 24.7.2002, II R 33/01.

¹⁰ Zu den Fragen der unterquotalen Übertragung von Sonderbetriebsvermögen bzw. Rückbehalt von Sonderbetriebsvermögen wird auf die Ausführungen des Autors in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 131 Rdnr. 57 ff. sowie Rdnr. 66 verwiesen.

¹¹ BFH, Urteil vom 30.11.2009, II R 70/06, BeckRS 2009, 25016068.

¹² BFH, Urteil vom 1.9.2011, II R 67/09, BStBl. II 2013, S. 210 Rdnr. 60 f. = ZEV 2012, 51; mit Nachweisen auf die Finanzverwaltung.

2. Aufschiebend bedingte Schenkung bzw. Vollzugshemmung

Die Schenkung, d. h. das schuldrechtliche Geschäft, könnte aufschiebend bedingt erklärt und der Notar bevollmächtigt und angewiesen werden, erst nach Bedingungseintritt die Auflassung in einer Eigenurkunde für die Beteiligten zu erklären. Stattdessen können die Beteiligten auch eine Vollzugshemmung vereinbaren, denn nach dem Urteil des BFH vom 8.2.2000¹⁹ ist eine Grundstücksschenkungen trotz erklärter Auflassung und erteilter Eintragungsbewilligung dann nicht ausgeführt, wenn aufgrund einer ausdrücklichen Vereinbarung zwischen dem Beschenkten und dem Schenker, der Beschenkte bzw. der Notar von der erteilten Eintragungsbewilligung erst zu einem späteren Zeitpunkt Gebrauch machen darf; hier zum Beispiel wenn der Rechtsübergang des KG-Anteils im Handelsregister eingetragen ist. Die Bestimmung eines späteren Zeitpunkts, um von der Eintragungsbewilligung Gebrauch machen zu dürfen, schiebt den Schenkungsvollzug hinaus, was auch in R E 9.1 Abs. 1 Satz 7 ErbStR 2011 verankert ist.²⁰ Jedoch reicht dazu nicht nur die Festlegung hinsichtlich eines erst zukünftigen Überganges von Besitz, Nutzen, Lasten und Gefahr (= Übergang des wirtschaftlichen Eigentums). Vielmehr muss sich aus der Vereinbarung auch klar ergeben, dass von der nicht unter Bedingung oder Befristung stehenden Auflassungserklärung und von der Eintragungsbewilligung erst ab dem Bedingungseintritt Gebrauch gemacht werden darf. Eine dafür mögliche Formulierung könnte in Anlehnung an *Wälzholz* in ZEV 2017, 539 lauten:

Die Beteiligten sind sich über den Rechtsübergang der übertragenen Gesellschaftsanteile und des übertragenen Grundbesitzes einig. Diese dingliche Anteilsabtretung hinsichtlich des Kommanditanteils und des GmbH-Geschäftsanteils erfolgen unter der aufschiebenden Bedingung, dass der Übergang des Kommanditanteils auf den Erwerber im Wege der Sonderrechtsnachfolge in das Handelsregister bei der KG eingetragen wurde. Die Auflassung hinsichtlich des Grundbesitzes ist hingegen ohne aufschiebende Bedingung unbedingt und unbefristet vereinbart. Der Veräußerer bewilligt die Eintragung des Rechtsüberganges im Grundbuch. Von dieser Eintragungsbewilligung kann aber erst Gebrauch gemacht werden, wenn diese Bedingung bzgl. der Anteilsabtretungen eingetreten ist. Der Notar wird angewiesen,²¹ die Auflassung beim Grundbuchamt erst einzureichen, sobald die vorstehende Bedingung für den Übergang des Kommanditanteils und GmbH-Geschäftsanteils vorliegt.

Rein schuldrechtlich gelten jedoch hinsichtlich der übertragenen Gesellschaftsanteile alle Rechte und Pflichten daran und hinsichtlich des übertragenen Grundbesitzes Besitz, Nutzen, Lasten und die Gefahr zum Übertragungstichtag übergegangen. Im Einzelnen gilt hierzu: (Festlegung der zu den übertragenen Gesellschaftsanteilen gehörenden mit über-

gehenden Rechte und Pflichten, Bestimmungen bezüglich der Übertragung des Grundbesitzes hinsichtlich Belastungen, Haftungen, Mängelrechte, Lastenfreistellung usw.)

3. Ermächtigung zur Bewilligung an den Notar

Eine dazu alternative Gestaltung wäre, dass die Erklärung der Eintragungsbewilligung nicht durch den Schenker erfolgt, sondern aufgrund entsprechender Bevollmächtigung in Form einer Eigenurkunde durch den Notar.²² Dieser darf die Bewilligung erst erklären und den Vollzugsantrag erst zum Grundbuch vorlegen, wenn der Übergang der Mitunternehmerstellung erfolgt ist. Um hierbei den sichereren Weg einzuschlagen, wird es sich empfehlen, die Eintragung der Sondernachfolge beim Kommanditanteil im Handelsregister abzuwarten. Eine dafür mögliche Formulierung bzgl. der Auflassung (neben der aufschiebend bedingten Abtretung der Gesellschaftsanteile wie bei Ziffer 2.) könnte lauten:

Auflassung, Vollzugsanweisung

Die Vertragsteile sind darüber einig, dass das Eigentum am Vertragsgegenstand auf den Erwerber übergeht.

Diese unbedingte Auflassung enthält keine Eintragungsbewilligung; die Beteiligten verzichten auf ein eigenes Bewilligungs- und Antragsrecht. Der Veräußerer bevollmächtigt den Notar (über seinen Tod hinaus) unwiderruflich, in einer Eigenurkunde die Eintragung des Erwerbers als Eigentümer im Grundbuch zu bewilligen und zu beantragen.

Beide Vertragsteile weisen den Notar übereinstimmend und einseitig nicht widerruflich an, die Bewilligung und den Antrag zur Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch erst gegenüber dem Grundbuchamt zu erklären, wenn die Anteilsabtretung des Kommanditanteils an den Erwerber im Wege der Sonderrechtsnachfolge in das Handelsregister der KG eingetragen wurde.

4. Aufschiebend bedingte Bewilligung

Schließlich könnte statt Beschränkung der Verwendung der Eintragungsbewilligung durch den Beschenkten diese selbst – wie die Anteilsabtretung – unter aufschiebender Bedingung erklärt werden,²³ wobei Bedingungseintritt der Rechtserwerb des Kommanditanteils durch den Erwerber wäre. Verfahrensrechtlich können Bewilligungen nach allgemeiner Auffassung unter eine Bedingung gestellt werden, wenn sich der Bedingungseintritt für das Grundbuchamt mit der erforderlichen Bestimmtheit aus einer öffentlichen Urkunde ergibt (vgl. § 29

19 BFH, Urteil vom 8.2.2000, II R 9/98, DStRE 2000, 870.

20 *Hannes/Reich*, ZEV 2018, 131, 134.

21 Für diese Vollzugsanweisung fällt jedoch eine Betreuungsgebühr in Höhe von 0,5 aus § 113 GNotKG (Gesamtwert der Übertragung einschließlich den Anteilswerten) gemäß KV 22200 Nr. 3 GNotKG an. Bayerische Notarkasse, Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 439.

22 Wofür eine Betreuungsgebühr gemäß KV 22200 Nr. 3 GNotKG anfällt, nicht eine Gebühr nach KV 25204 (so: Vorbem. 2.2. Abs. 2) in Höhe von 0,5, siehe im Übrigen Fn. 21.

23 So der Vorschlag von *Götz*, DStR 2020, 460 unter Bezugnahme auf *Weber/Weslack*, DNotZ 2019, 164, 172.

Abs. 1 GBO).²⁴ *Weber/Weslack*²⁵ schlagen dabei als Gestaltung vor, dass der Veräußerer die Eigentumsumschreibung unter der aufschiebenden Bedingung bewilligt und dass der Notar die Eigentumsumschreibung im Namen des Veräußerers oder des Erwerbers in notarieller Eigenurkunde beantragt. Der Notar wird dabei im Innenverhältnis angewiesen, die Eigenurkunde nur beim Vorliegen der Vollzugsvoraussetzungen zu errichten und dem Grundbuchamt einzureichen. Bedingungseintritt für die Errichtung der notariellen Eigenurkunde wäre wiederum die Eintragung der Sondernachfolge beim Kommanditanteil im Handelsregister, soll dazu der rechtlich sicherere Weg beschritten werden.²⁶

In diesem Falle könnte m. E. aber auch auf die Eigenurkunde verzichtet werden, denn die aufschiebende Bedingung für die Eintragungsbewilligung kann auch die Eintragung der Sondernachfolge bzgl. des Kommanditanteils im Handelsregister sein. Dies wäre eine offensichtliche, da allgemein bekannte Tatsache, die auch das Grundbuchamt gemäß der Regelung in § 32 Abs. 2 GBO selbst nachprüfen kann. Statt der Vorlage einer in der Praxis meist üblichen Notarbescheinigung²⁷ oder eines beglaubigten Registerausdruckes²⁸ könnte der Nachweis des Bedingungseintrittes im Rahmen des notariellen Vollzugsantrages gegenüber dem Grundbuchamt durch Bezugnahme auf das elektronische Register mit Angabe des Registergerichtes und des Registerblattes geführt werden, selbst wenn das elektronische Register bei einem Registergericht eines anderen Bundeslandes geführt wird.²⁹ Eine mögliche Formulierung hierzu könnte lauten:

Auflassung, Vollzugsanweisung

Die Vertragsteile sind ohne Bedingung und Befristung darüber einig, dass das Eigentum am Vertragsgegenstand auf den Erwerber übergeht.

- 24 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 29.8.1995, 20 W 351/95, NJW-RR 1996, 529 = DNotI-Report 1995, 212. Bauer/Schaub/*Bayer/Meier-Wehnsdorfer*, GBO, 4. Aufl. 2018, § 29 Rdnr. 50 sowie *Wilke*, a. a. O., § 16 Rdnr. 6; trotz Bedingungsfeindlichkeit gemäß § 16 GBO ist eine solche aufschiebend bedingte Bewilligung zulässig.
- 25 DNotZ 2019, 164, 172 f. zur Überlegung eine aufschiebend bedingte Bewilligung der Eigentumsumschreibung als Alternative zur Ausfertigungssperre und Bewilligungsvollmacht.
- 26 Götz, DStR 2021, 460, 463, vertritt dazu unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BFH vom 1.9.2011, II R 67/09, BStBl. II 2013, S. 210, dass es bereits genüge, dass der Erwerber nach ertragsteuerlichen Grundsätzen Mitunternehmer wird, sodass als Bedingungseintritt auf den Übertragungstichtag, also den Ausführungszeitpunkt der Zuwendung des Mitunternehmeranteiles abgestellt werden könne.
- 27 Gebühr nach KV 25200 i. H. v. 15 €.
- 28 Wenn durch den Notar selbst eine Urkunde in Vermerkform über die Eintragung im Handelsregister nach § 39 BNotO erstellt wird, liegt eine Tatsachenbescheinigung nach KV 25104 vor. Für diese ist eine 1,0-Gebühr i. d. R. aus dem Geschäftswert von 5.000 € nach § 36 Abs. 2,3 GNotKG zu erheben. Bayerische Notarkasse, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 406.
- 29 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 29.6.2011, 20 W 267/11, DNotZ 2012, 141 = FGPrax 2011, 272 = NJW-RR 2012, 149; OLG Hamm, Beschluss vom 14.10.2010, 15 W 201, 202/10, FGPrax 2011, 61.

Der Veräußerer bewilligt die Eintragung der Rechtsänderung Grundbuch. Diese Bewilligung ist jedoch aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt, dass der Übergang des aufschiebend bedingt abgetretenen Kommanditanteils auf den Erwerber im Handelsregister eingetragen ist.

Zum Nachweis der Rechtsänderung wird auf das Handelsregister beim AG (...) und auf das dortige Registerblatt HRA (...) Bezug genommen und unter Bezugnahme auf § 32 Abs. 2 GBO beantragt, dass das Grundbuchamt selbst sich von der entsprechenden Eintragung im Handelsregister überzeugt.

Der Notar wird angewiesen, den Antrag auf Grundbuchvollzug erst nach Vorliegen der Registereintragung dem Grundbuchamt vorzulegen.³⁰

5. Absicherung durch bedingtes Rückforderungsrecht bzw. Rücktrittsrecht

In der Praxis³¹ wird häufig auch ergänzend als Sicherheit für den Fall der steuerlichen Nichtanerkennung der Gestaltung empfohlen, dass die Schenkung rückgängig gemacht werden kann, wenn steuerlich nachteilige Folgen eintreten sollten, insbesondere bei Nichtgewährung der Begünstigung bei Betriebsvermögen nach §§ 13a, 19a ErbStG. Dadurch fällt gemäß § 29 ErbStG weder für die ursprüngliche Zuwendung noch für die Rückübertragung Schenkungsteuer an. Das Problem der erforderlichen synchronen Zuwendung aller Vermögensteile des Betriebsvermögens wird dadurch jedoch allein nicht gelöst. Eine mögliche Formulierung hierzu könnte lauten:

Der Veräußerer ist berechtigt, den gesamten Vertragsgegenstand vom Erwerber zurückzuverlangen, wenn das zuständige Finanzamt für die heutige Zuwendung der Gesellschaftsanteile und des überlassenen Grundbesitzes die Begünstigung für Betriebsvermögen nach §§ 13a bis 13c, 19a, 28a ErbStG nicht für alle Überlassungsobjekte gewähren sollte.³²

6. Regelungsbedarf auch bei sonstigem Sonderbetriebsvermögen

Zu beachten ist, dass nicht nur bei der Mitübertragung eines zum Sonderbetriebsvermögen gehörenden Grundstückes auf den erbschaftsteuerlich relevanten Zeitpunkt abgestellt werden muss. Zum Sonderbetriebsvermögen zählt auch zum Beispiel der Geschäftsanteil an der Komplementär-GmbH. Dieser muss daher ebenfalls aufschiebend bedingt auf den Zeitpunkt

30 Betreuungsg Gebühr nach KV um 22200 Nr. 3 GNotKG wie bei Fn. 21.

31 *Biendl*, DStRK 2021, 12.

32 Der Geschäftswert für diesen bedingten Rückübertragungsanspruch bestimmt sich nach § 51 Abs. 1 i. V. m. Abs. 3 GNotKG, da die Voraussetzungen zur Ausübung des Rückübertragungsanspruches eingeschränkt sind. Nach billigem Ermessen ist unter Berücksichtigung der Wahrscheinlichkeit des Bedingungseintrittes ein Wertabschlag vorzunehmen; ein Wertansatz in Höhe von 10 % bis 20 % aus dem Verkehrswert des zurück zu übertragenden Vertragsgegenstandes, also aus dem Gesamtwert des überlassenen Grundbesitzes nebst Gesellschaftsanteilen, erscheint angemessen. Dies ist jedoch nur im Rahmen der Bewertung der Gegenleistungen des Erwerbers zu berücksichtigen. Bayerische Notarkasse, Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 287, 3029 ff.

der Eintragung der Sondernachfolge beim Kommanditanteil im Handelsregister abgetreten werden. Eine solche Bedingung ist bei der Abtretung eines GmbH-Geschäftsanteiles zulässig.³³ Der Notar darf dann erst nach Bedingungsseintritt die neue Gesellschafterliste bezüglich des Gesellschafterwechsels beim Handelsregister einreichen, was eine Betreuungsgebühr neben der Gebühr für die Erstellung der Gesellschafterliste auslöst.³⁴

Auf eine schenkungsteuerlich synchrone Zuwendung dürfte ebenso auch bei Zuwendung von Anteilen an einer Betriebs-GmbH auf einen in der Zukunft liegenden Zeitpunkt mit gleichzeitiger quotenentsprechender Zuwendung der Wirtschaftsgüter des Besitzunternehmens, einschließlich des dazugehörigen Grundstückes, zu achten sein sowie auch ggf. bei einer auf einen zukünftigen Zeitpunkt bezogenen Zuwendung eines Einzelunternehmens mit Grundbesitz, wie auch eines landwirtschaftlichen Betriebes.³⁵

V. Änderungen durch das MoPeG³⁶

Durch die Neufassung des § 176 HGB aufgrund MoPeG bleibt es in dessen Abs. 1 bei der Einschränkung, dass die Haftung nicht eintritt, wenn den Gläubigern die Beteiligung als Kommanditist bekannt ist. Ob dies bei einer Beteiligung an einer GmbH & Co. KG als den Gläubigern bekannt unterstellt werden kann,³⁷ lässt das MoPeG jedoch weiterhin offen. Bedeutsamer ist jedoch noch die Änderung von Abs. 2 entsprechend der Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz:³⁸

„(2) Tritt ein weiterer Gesellschafter als Kommanditist in eine bestehende Handelsgesellschaft ein, ist Abs. 1 für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten entsprechend anzuwenden.“³⁹

Nach der Begründung dieses Ausschusses⁴⁰ für diese Neufassung von § 176 Abs. 2 HGB soll dadurch die bisher umstrittene Frage klargestellt werden, dass

„die Übertragung eines Kommanditanteiles auf einen anderen⁴¹ – auch neuen – Gesellschafter bei gleichzeitigem Ausscheiden des bisherigen Anteilinhabers nicht unter die Vorschrift fällt, sodass die Haftungsbestimmung des Abs. 1 in diesem Falle keine Anwendung findet. Dies folgt aus der Verwendung des Wortes ‚weiterer‘.“

Damit bedarf es zur Absicherung des Erwerbers vor möglichen Haftungsrisiken aus § 176 HGB ab dem Inkrafttreten des MoPeG zum 1.1.2024 nicht mehr einer aufschiebend bedingten Anteilsabtretung, wenn der bisherige Altgesellschafter vollständig ausscheidet. Wird jedoch nur ein Teil des Kommanditanteiles übertragen, wird es zur Vermeidung der möglichen gesellschaftsrechtlichen Haftung des eintretenden neuen Mitgesellschafters aus § 176 HGB weiterhin zweckmäßig sein, den Erwerb des Teil-Kommanditanteiles gesellschaftsrechtlich aufschiebend bedingt erst mit dem Tag seiner Eintragung im Handelsregister eintreten zu lassen.⁴² Zugleich muss die Mitübertragung einer Mitberechtigung (Miteigentumsanteil) an dem Sonderbetriebsvermögen entsprechend daran schenkungsteuerlich gekoppelt werden, wie vorstehend dargestellt.⁴³ Ferner bleibt die oben behandelte Problematik auch

33 Der Schenker muss jedoch unmittelbar Gesellschafter sein, um die Steuerbegünstigung des § 13a ErbStG in Anspruch nehmen zu können; BFH, Urteil vom 11.6.2013, II R 4/12, DStR 2013, 1536.

34 Nach § 93 GNotKG fällt jedoch für die gesamte Betreuungstätigkeit in einem Beurkundungsverfahren insgesamt nur eine Betreuungsgebühr nach KV 22200 GNotKG an.

35 Wälzholz weist auf diese Problemstellung hin, die sich auch bei Zuwendungen eines Einzelunternehmens mit dem dazugehörigen Betriebsgrundstück auf einen in der Zukunft liegenden Übergabezeitpunkt ergeben kann, ebenso auch bei der Überlassung eines landwirtschaftlichen Betriebes samt dem dazugehörigen Grundbesitz auf einen zukünftigen Übergabetermin, wenn die Auflassung des Grundbesitzes in der Übergabeurkunde ohne entsprechende Vollzugsbeschränkung erklärt ist. Sicherheitshalber sollten auch hier der schenkungsteuerliche Übergang des Grundbesitzes daher auf den zukünftigen Übergabezeitpunkt nach den vorgeschlagenen Lösungen hinausgeschoben werden.

36 Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 10.8.2021.

37 Nach OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 9.5.2007, 13 U 195/06, NZG 2007, 625, soll die Firmierung als GmbH & Co. KG ausreichend sein, um die Haftung eines Kommanditisten nach § 176 Abs. 1 Satz 1 HGB auszuschließen.

38 BT-Drucks. 19/30942 – Beschlussempfehlung: zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 19/27625 – Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 22.6.2021; siehe hierzu ausführlich Leo/John NZG 2021, 1195.

39 Bisheriger Wortlaut: „Tritt ein Kommanditist in eine bestehende Handelsgesellschaft ein, so findet die Vorschrift des Absatzes 1 Satz 1 für die in der Zeit zwischen seinem Eintritt und dessen Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft entsprechende Anwendung.“

40 BT-Drucks. 19/31105 vom 23.6.2021 Bericht: zu dem Gesetzentwurf der Bundesregierung – Drucksache 19/27625 – Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) vom 23.6.2021, zu Nummer 15 (§ 176 HGB).

41 Bisher galt bereits als h. M. in der Literatur bei Erwerb eines Kommanditanteiles durch einen Mitgesellschafter, dass nicht unterstellt werden könne, dass der schon als Kommanditist beteiligte Rechtsnachfolger gleichzeitig mit dem Anteilserwerb in die Komplementärstellung gewechselt ist.

42 Leo/John vertreten in NZG 2021, 1195 hierzu jedoch die Ansicht, dass über den engen Wortlaut hinaus die Klarstellung zu § 176 Abs. 2 HGB auch dann zur Anwendung kommt, wenn nur ein Teil des Kommanditanteiles an ein oder mehrere Erwerber übertragen wird. Ob dem die Auslegung durch die Rechtsprechung folgen wird, erscheint mir jedoch zweifelhaft, auch wenn letztlich gute Gründe dafür sprechen. Worin soll für Gesellschaftsgläubiger ein Unterschied bestehen, ob der veräußernden Kommanditist vollständig oder nur zum Teil seinen Kommanditanteil an neu Eintretende überträgt. Bis zur Klarstellung durch die Rechtsprechung sollte jedoch der rechtssichere Weg, wie dargestellt, beschritten werden.

43 Im Einzelnen hierzu weitere Erläuterungen des Autors in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 131 Rdnr. 57 ff., insbesondere bezüglich der Folgen einer unter- bzw. überquotalen Übertragung von Sonderbetriebsvermögen.

dann bestehen, wenn die Überlassung der unternehmerischen Einheit nicht auf den Beurkundungstag, sondern auf den in der Zukunft liegenden Bilanzstichtag bezogen werden soll.

VI. Zusammenfassung

Die Zuwendung von Anteilen an Personengesellschaften zusammen mit zum steuerlichen Mitunternehmeranteil gehörenden weiteren Wirtschaftsgütern (Sonderbetriebsvermögen), wie der Grundbesitz des Gesellschafters, welcher von Unternehmen der Personengesellschaft genutzt wird, kann nicht der Steuerbegünstigung gemäß §§ 13a und 13b ErbStG unterfallen, wenn der schenkungsteuerliche Übertragungszeitpunkt für alle Übertragungsobjekte (Gesellschaftsanteile und weitere Wirtschaftsgüter) nicht gleichzeitig ist.

Bei einem – um die Haftungsrisiken des Erwerbers aus § 176 HGB zu vermeiden – auf die Eintragung im Handelsregister hinausgeschobenen Übergang von Kommanditanteilen tritt der schenkungsteuerliche Übergang erst mit dem zivilrechtlichen Erwerb des Kommanditanteiles durch die Eintragung ein. Ob die Vereinbarung einer Treuhand oder atypischen Beteiligung zugunsten des Erwerbers den Zuwendungszeitpunkt vorverlagert, ist bisher nicht abschließend entschieden.

Der hinausgeschobene Zeitpunkt für den Übergang von Besitz, Nutzen, Lasten und Gefahren ist zwar für die ertragsteuerliche Zuordnung von Bedeutung. Erbschaftsteuerlich wird jedoch die Erklärung der Auflassung samt bedingungsfreier Eintragungsbewilligung als Zuwendungszeitpunkt angesehen.

Um die Steuerbegünstigung gemäß §§ 13a und 13b ErbStG zu erlangen, darf der Zuwendungszeitpunkt für die Gegen-

stände des Sonderbetriebsvermögens nicht vorverlagert sein, sondern muss darauf geachtet werden, dass sämtliche zu einem Mitunternehmeranteil gehörenden Wirtschaftsgüter zum gleichen Ausführungszeitpunkt i. S. d. § 9 ErbStG mit dem Gesellschaftsanteil übergehen.

Die Übertragung der zum Mitunternehmeranteil gehörenden Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens auf einen schenkungsteuerlichen zum Übergang des Gesellschaftsanteiles (Mitunternehmeranteil) identischen Zeitpunkt verlangt bzgl. der Gesellschaftsanteilen an der Komplementär-GmbH die aufschiebend bedingte Abtretung auf den Zeitpunkt des Übergangs des Kommanditanteiles. Bei Grundbesitz sind als Gestaltungen dazu möglich:

- a) eindeutige Vollzugsanweisungen, die einen vorherigen Grundbuchvollzug verhindern, oder
- b) ausgesetzte Eintragungsbewilligung mit Ermächtigung an den beurkundenden Notar, diese mit einer Eigenurkunde zu erklären, oder
- c) aufschiebend bedingte Eintragungsbewilligung auf den Zeitpunkt der Handelsregistereintragung des Gesellschafterwechsels.

Durch die Änderungen des MoPeG zum 1.1.2024 erleichtert sich die Gestaltung, da ab dann das Haftungsrisiko des an Stelle des Veräußerers neu in die Kommanditgesellschaft eintretenden Kommanditisten bei gleichem Ausscheiden des bisherigen Kommanditisten entsprechend § 176 Abs. 2 HGB nicht mehr besteht.

Praxisupdate AGB-Recht

Von Notar a. D. Dr. **Julius Forschner**, LL.M. (Cambridge), Würzburg

Kaum ein Rechtsgebiet wartet mit so viel Kasuistik auf wie das AGB-Recht. Nicht immer ist es einfach zu beurteilen, ob ein Vertrag überhaupt der Inhaltskontrolle unterliegt oder nicht. Der Notar muss dies im Rahmen des Möglichen gemäß § 17 Abs. 1 BeurkG aufklären. Unterliegt der Vertrag der Inhaltskontrolle, sind die AGB-rechtlichen Vorschriften als Gestaltungsgrenzen zu beachten. Der nachfolgende Beitrag soll einen Überblick über die Rechtsprechung der letzten zwei Jahre bieten und dabei vor allem die Entscheidungen in den Blick nehmen, die für die notarielle Praxis von Bedeutung sind.

I. Aktuelle Entwicklungen zu Verbrauchern und Unternehmern als Vertragsbeteiligte

Bei der Beurteilung, ob ein Vertrag überhaupt der AGB-Kontrolle unterliegt, spielt § 310 Abs. 3 BGB, der Spezialregelungen für Verbraucherverträge enthält, die zentrale Rolle. Dafür muss vorab geklärt werden, ob die Beteiligten bei dem konkreten Vertragsschluss als Verbraucher oder Unternehmer handeln. Die routinemäßige Abfrage dieser Einordnung im Rahmen der Zwei-Wochen-Frist kann insofern fruchtbar gemacht werden, da die Begriffe des Verbrauchervertrags im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB und § 17 Abs. 2a BeurkG identisch sind. Liegt ein Verbrauchervertrag vor, gelten AGB als vom Unternehmer gestellt, es sei denn, dass sie durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt wurden (§ 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB). Gleichzeitig genügt gemäß § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB die *einmalige* Verwendungsabsicht durch den Unternehmer. Der BGH hat in jüngerer Vergangenheit einige wichtige Entscheidungen zum Verbraucher- und Unternehmerbegriff getroffen.

1. Einordnung der privaten Vermögensverwaltung und Abkopplung vom Steuerrecht

Die Verwaltung eigenen Vermögens, wozu auch der Erwerb oder die Verwaltung einer Immobilie gehört, stellt grundsätzlich *keine* gewerbliche Tätigkeit dar.¹ Dies hat der BGH in einer aktuellen Entscheidung noch einmal bekräftigt. Der BGH stellt klar, dass die private Vermögensverwaltung erst dann ins gewerbliche Handeln umschlage, wenn ein gewisser Umfang überschritten ist. Wann genau dies der Fall ist, bleibt offen. Der BGH spricht vom Erfordernis eines „planmäßigen Geschäftsbetriebs“ (Unterhaltung eines Büros oder einer „Organisation“).² Die Betrachtung allein der Anzahl der erworbenen Immobilien ist nach Auffassung der Rechtsprechung nicht maßgeblich.

1 BGH, Urteil vom 23.10.2001, XI ZR 63/01, NJW 2002, 368; MünchKomm-BGB/Micklitz, 8. Aufl. 2018, § 14 Rdnr. 20.

2 Zuletzt mehrfach ausdrücklich durch den BGH bestätigt, vgl. BGH, Urteil vom 7.4.2021, VIII ZR 49/19, NJW 2021, 2281 Rdnr. 81 und Urteil vom 28.5.2020, III ZR 58/19, DNotZ 2021, 135, Rdnr. 20 (m. Anm. Forschner).

Der III. Zivilsenat reiht sich durch diese Entscheidung in die jüngere Rechtsprechung der anderen Zivilsenate ein und stellt klar, dass die zivilrechtliche Einordnung als Verbraucher oder Unternehmer nicht den Kategorien des Steuerrechts folgt. In der Literatur wurde teilweise davon ausgegangen, dass man sich an der sog. „Drei-Objekt-Grenze“ des Steuerrechts jedenfalls als Faustregel orientieren könne.³ Dem ist der III. Zivilsenat nun entgegengetreten. Den vom Gericht geforderten organisatorischen Aufwand wird man erst bei einer erheblich höheren Anzahl an Immobilien erreichen.

Zuvor hatten bereits der XI. und der V. Zivilsenat eine weitere Parallele zwischen Steuer- und Zivilrecht aufgegeben. Der V. Zivilsenat ging noch im Jahr 2016 zur Unternehmereigenenschaft im Zusammenhang mit einer Umsatzsteueroption davon aus, dass wer zur Umsatzsteuer optiere auch Unternehmer im Sinne des § 14 BGB sei.⁴ Der XI. Zivilsenats sah dies anders und erreichte durch seine Anfrage beim V. Zivilsenat eine Rechtsprechungsänderung.⁵

Die Einordnung der Vertragsbeteiligten als Unternehmer oder Verbraucher hat demzufolge sowohl im Rahmen des § 17 Abs. 2a BeurkG als auch im Rahmen des § 310 Abs. 3 BGB unabhängig von der steuerrechtlichen Einordnung zu erfolgen. Das gilt gleichermaßen für die Option zur Umsatzsteuer als auch für die Einordnung als gewerblicher Grundstücks-handel im Sinne des Einkommensteuerrechts.

2. Grundsatz und Zweifelsregel beim Handeln natürlicher Personen

Zwei weitere Entscheidungen betreffen die Frage, wie bei der Einordnung als Verbraucher oder Unternehmer zu verfahren ist, wenn die Einordnung der Beteiligten unklar ist. Der erste Fall betraf den Erwerb eines Dressurpferds durch eine vermögende Privatperson, die ein Gestüt unterhielt. Im Prozess war streitig geblieben, ob das Pferd zu gewerblichen (Pferdehandel) oder zu privaten (amateurmäßig betriebener Dressursport) Zwecken angeschafft wurde.⁶ Der zweite Fall betraf den Erwerb von Holz durch den Betreiber eines Tischlereibetriebs – allerdings nicht für Zwecke seines Betriebs, sondern zur Sanierung der Terrasse seines Privathauses.⁷ Beides

3 Amann/Brambring/Hertel/Hertel, Vertragspraxis nach neuem Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 354; Böhr, RNotZ 2003, 277, 283; Philippsen, NotBZ 2003, 137, 138; Herrler/Hertel/Kesseler/Hertel, ImmobilienR 2019, A. V. 3. a, S. 58. Für die „Gewerblichkeit“ im Rahmen der MaBV: Basty, Der Bauträgervertrag, 10. Aufl. 2021, Rdnr. 59.

4 BGH, Urteil vom 26.2.2016, V ZR 208/14, NJW 2016, 2173 Rdnr. 29.

5 Im Rahmen einer Anfrage gemäß § 132 Abs. 3 GVG, vgl. BGH, Urteil vom 3.3.2020, XI ZR 461/18, WM 2020, 781 Rdnr. 18.

6 BGH, Urteil vom 7.4.2021, VIII ZR 49/19, juris.

7 BGH, Urteil vom 7.4.2021, VIII ZR 191/19, juris.

Fälle, mit denen der Notar üblicherweise nicht in Berührung kommt. Die Grundsätze lassen sich jedoch ebenso auf den Erwerb von Immobilien übertragen.

Der BGH geht davon aus, dass sich aus § 13 BGB ein Regel-Ausnahme-Verhältnis für natürliche Personen dahin gehend entnehmen lasse, dass die natürliche Person *im Zweifel nicht gewerblich* handele.⁸ Der Verbraucher trage zwar im Rahmen des § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB – und dies dürfte sich auf § 310 Abs. 3 BGB übertragen lassen – die Darlegung- und Beweislast für die ihm günstigen Tatbestandsvoraussetzungen. Es genüge jedoch, dass der Verbraucher darlege und ggf. beweise, dass das Rechtsgeschäft nach dem von ihm *objektiv verfolgten Zweck* seinem privaten Rechtskreis zuzuordnen ist.⁹ Unsicherheiten und Zweifel aufgrund der äußeren, für den Vertragspartner erkennbaren Umstände gingen nicht zulasten des Verbrauchers.¹⁰

Eine Widerlegung ist dem Verkäufer in keinem der beiden Fälle gelungen. Im zweiten Fall genügte dem BGH nicht einmal, dass der Inhaber der Tischlerei das Holz an seine Geschäftsadresse liefern ließ und die Bestellung über das Geschäftskonto abgewickelt wurde.¹¹ Für die Einordnung als Verbrauchervertrag im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB bedeutet das in der Konsequenz, dass der Notar bei der Gestaltung beim Erwerb durch eine natürliche Person im Zweifel von einem Verbraucherhandeln ausgehen kann. Die erkennbaren Umstände müssen eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass eine natürliche Person (abweichend vom Normalfall) in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt.¹² Dabei hat er sich am objektiv verfolgten Zweck des Rechtsgeschäfts zu orientieren. Dieser objektiv verfolgte Zweck muss ggf. im Rahmen der Klärung des Sachverhalts mit den Beteiligten erörtert werden.

II. Preisabrede versus Preisnebenabrede

Die zweite wesentliche Weichenstellung für die Eröffnung der Inhaltskontrolle ist die Frage, ob die entsprechende Klausel gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB überhaupt der Inhaltskontrolle gemäß § 307 Abs. 1 und 2, §§ 308 und 309 BGB unterliegt. Das ist nur der Fall, wenn durch die vorformulierten Bedingungen von Rechtsvorschriften abweichende und ergänzende Regelungen vereinbart werden. Regelmäßig *keine* Abweichung oder Ergänzung von gesetzlichen Regelungen stellt die Vereinbarung der Hauptleistung dar. Gerade die Abgrenzung, was als Vereinbarung der (kontrollfreien) Hauptleistung – durch die Rechtsprechung auch als Preisabrede bezeichnet – zu sehen ist und was eine sog. (der Inhaltskontrolle unterliegende) Preisnebenabrede, ist nicht immer eindeutig. Als Richtschnur kann man für die Praxis davon ausgehen, dass auch Sonderleistungen, die zusätzlich zur vertragstypischen Hauptleistung vereinbart werden, als (weitere) Preisabrede eingestuft werden. Die Abwälzung von Aufwendungen, die der Verwen-

der tätig, um seine ohnehin bestehenden Pflichten zu erfüllen, stellt hingegen keine Preisabrede, sondern eine Preisnebenabrede dar.¹³

Diskutiert wurde die Frage insbesondere im Zusammenhang mit dem Abschluss von Grundstückskaufverträgen zwischen einem Projektentwickler auf Erwerberseite und einem verkauften Privateigentümer auf Verkäuferseite. Regelmäßig will sich der Projektentwickler erst binden, wenn er die konkrete Bebaubarkeit des Grundstücks geklärt hat. Planungs- und Genehmigungskosten will er hingegen erst aufwenden, wenn er sich das Grundstück zum Erwerb gesichert hat. Durch die Vermutungsregelung des § 310 Abs. 3 BGB besteht die Gefahr, dass die Vertragsbedingungen als AGB eingeordnet werden, auch wenn der Vertrag für das konkrete (einmalige) Projekt entworfen wird. Die Rechtsprechung zu den Angebot-Annahme-Modellen des BGH führte in der Literatur zu dem Vorschlag, ein Bindungsentgelt zu vereinbaren, die Vertragsbindung gegen Entgelt damit zum synallagmatischen Austauschverhältnis zu erheben und die Bindungsdauer damit der AGB-Kontrolle gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB zu entziehen.¹⁴ Die Möglichkeit zur Lösung von dieser Bindung wird regelmäßig durch Vereinbarung einer auflösenden Bedingung oder eines Rücktrittsrechts erreicht. Zu dieser konkreten Gestaltung fehlt es bislang an Rechtsprechung. Eine jüngere Entscheidung des XI. Zivilsenats gibt jedoch Anlass zur Vermutung, dass der BGH auch die Vereinbarung eines „Bindungsentgelts“ als kontrollfreie Preisabrede einstufen würde.

Die Entscheidung reiht sich in eine lange Reihe von Entscheidungen des Bankrechtssenats zur Bepreisung von Leistungen im Zusammenhang mit dem Abschluss von Darlehensverträgen ein. Der BGH geht grundsätzlich davon aus, dass ein vereinbartes „Bearbeitungsentgelt“ im Zusammenhang mit dem Abschluss eines (Verbraucher-)Darlehensvertrags eine der Inhaltskontrolle unterliegende Preisnebenabrede darstelle. Denn mit diesem Bearbeitungsentgelt versuche die Bank den vorvertraglichen Aufwand abgelten zu lassen, der im Zusammenhang mit der Bonitätsprüfung und der Erfassung der Kundendaten anfallt.¹⁵ Eine echte Gegenleistung stehe dem nicht gegenüber.

Nun entschied der BGH jüngst, dass eine Klausel über eine „Bereitstellungsprovision“ in einem Darlehensvertrag als Preisabrede gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle entzogen sei.¹⁶ Zur Begründung führt der BGH maßgeblich an, dass das Entgelt des Darlehensnehmers für die übernommene Verpflichtung des Darlehensgebers gezahlt werde, das Darlehen für eine bestimmte Zeit „auf Abruf zu halten“.¹⁷

13 Vgl. ausführlich jüngst Moes, ZfPW 2021, 257, 260 m. w. N.

14 Müller/Klühs, RNotZ 2013, 81, 95; Kessler in DAI – 9. Jahresarbeitstagung des Notariats, Berlin, 2011, S. 22, 23.

15 BGH, Urteil vom 13.5.2014, XI ZR 405/12, XI ZR 170/13, NJW 2014, 2420 Rdnr. 29. Vgl. jüngst auch zur Vereinbarung einer Gebühr für eine „Print at Home“-Option beim Konzertticketverkauf BGH, Urteil vom 23.8.2018, III ZR 192/17, NJW 2019, 47.

16 BGH, Beschluss vom 24.3.2020, XI ZR 516/18, BKR 2020, 474.

17 BGH, Beschluss vom 24.3.2020, XI ZR 516/18, BKR 2020, 474 Rdnr. 11.

8 BGH, Urteil vom 7.4.2021, VIII ZR 49/19, juris Rdnr. 84; Urteil vom 7.4.2021, VIII ZR 191/19, juris Rdnr. 17.

9 BGH, Urteil vom 7.4.2021, VIII ZR 49/19, juris Rdnr. 90.

10 BGH, Urteil vom 7.4.2021, VIII ZR 191/19, juris Rdnr. 18.

11 BGH, Urteil vom 7.4.2021, VIII ZR 191/19, juris Rdnr. 21.

12 BGH, Urteil vom 7.4.2021, VIII ZR 191/19, juris.

Der Senat sieht einen synallagmatischen Zusammenhang zwischen der Pflicht zur Zahlung der Bereitstellungsprovision und dem Bereithalten der Darlehenssumme (vor deren eigentlicher Auszahlung). Dies stelle eine Sonderleistung dar, da nach der gesetzlichen Regelung die Bank gemäß § 271 BGB berechtigt wäre, den Darlehensbetrag sofort an den Darlehensnehmer auszuzahlen.

Ähnlich verhält es sich bei der oben erwähnten Konstruktion mit dem Bindungsentgelt. Nach der gesetzlichen Konzeption des Kaufvertrags sind sowohl Käufer als auch Verkäufer mit Vertragsschluss sofort und – lässt man die gesetzlichen Rücktrittsgründe außen vor – ohne Lösungsmöglichkeit an den Vertrag gebunden. Wird ein Bindungsentgelt mit einseitiger Lösungsmöglichkeit für den Käufer vereinbart, so vergütet dieses Bindungsentgelt die Sonderleistung des Verkäufers, dass er sich für einen bestimmten Zeitraum an den Vertrag gebunden hält, obwohl ungewiss ist, ob der Vertrag zur Durchführung gelangt. Die synallagmatische Vereinbarung Bindung (= Sonderleistung) gegen Bindungsentgelt führt deshalb im Ergebnis dazu, dass sowohl Bindungsdauer als auch Bindungsentgelt der AGB-Kontrolle entzogen sind.

III. Inhaltskontrolle von Gemeinschaftsordnungen

Ebenfalls im Bereich des „AGB-Rechts Allgemeiner Teil“ bewegt sich die Frage, was genau als „Verträge“ im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB der Inhaltskontrolle unterliegt. Bislang noch nicht durch die Rechtsprechung entschieden war die Frage, ob eine Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümer, also eine „abweichende Vereinbarung“ im Sinne des § 10 Abs. 1 Satz 2 WEG, unter den Begriff der Allgemeinen Geschäftsbedingungen fällt. Bekanntlich hat das Tatbestandsmerkmal „Verträge“ im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB die Rechtsprechung nicht davon abgehalten, die AGB-Kontrolle auch auf einseitige Erklärungen anzuwenden, wenn der Erklärende ebenso schutzwürdig ist, als wäre er an einem Vertrag mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen beteiligt. Beispiele hierfür ist die Anwendung der AGB-Kontrolle auf die Erteilung von Vollmachten¹⁸ und die Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung.¹⁹

Auch die *einseitig durch den aufteilenden Eigentümer vorgegebene Gemeinschaftsordnung* stellt bis zum Hinzutreten weiterer Eigentümer eine einseitige „Vereinbarung“ dar. Aber auch für die durch mehrseitige Vereinbarung begründete Gemeinschaftsordnung stellt sich dieselbe Frage. Der BGH hatte die Frage, ob Gemeinschaftsordnungen der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff. BGB unterliegen, mehrfach offengelassen, da es nicht darauf ankam, ob sich die Unwirksamkeit aus den §§ 305 ff. BGB oder § 242 BGB ergab.²⁰ Nunmehr entschied er die Frage dahin gehend, dass eine Gemeinschaftsordnung *nicht* der AGB-Inhaltskontrolle unterliege.²¹ Eine direkte Anwendung der Vorschriften scheidet aus, weil es sich jedenfalls

bei der einseitig durch den teilenden Eigentümer nicht um einen Vertrag im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB handle.²² Auch eine analoge Anwendung komme nicht in Betracht, da es an einer vergleichbaren Interessenlage fehle. Es fehle schon an einer typischerweise in AGB-Situationen vorliegenden Konfliktsituation zwischen Verwender und Vertragspartner, der die AGB-Kontrolle entgegenwirken solle.²³ Das durch die Gemeinschaftsordnung geregelte Rechtsverhältnis bestimme das künftige Zusammenleben der Wohnungseigentümer und solle dieses dauerhaft regeln. Die Regelungen hätten deshalb grundlegende Bedeutung vergleichbar mit der Satzung für einen Verein.²⁴ Eine AGB-Kontrolle komme nur dann ausnahmsweise in Betracht, wenn die Gemeinschaftsordnung vorschreibe, dass die Wohnungseigentümer Verträge mit Dritten abzuschließen haben. Hier gebiete die Klausel-Richtlinie (RL 93/13/EWG), dass die „Wertungen des AGB-Rechts“ beachtet werden.²⁵

Die Entscheidung des BGH überzeugt im Ergebnis. Die Gemeinschaftsordnung regelt das Organisationsgebilde der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und ist damit sachlich näher an den von § 310 Abs. 4 BGB ausgenommenen gesellschaftsrechtlichen Verträgen²⁶ als an einem Vertrag im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB, der typischerweise dadurch gekennzeichnet ist, dass sich die Parteien mit gegenläufigen Interessen begegnen. Aus der Begründung (und auch aus dem amtlichen Leitsatz, der keinerlei Einschränkung enthält) lässt sich folgern, dass der BGH diese Rechtsprechung wohl nicht auf die Aufteilung gemäß § 8 WEG begrenzen möchte, sondern auch bei – von Beginn an – mehrseitig abgeschlossenen Gemeinschaftsordnungen denselben Maßstab anlegen würde.

Die Inhaltskontrolle von Gemeinschaftsordnungen richtet sich künftig allein nach den Maßstäben der §§ 134, 138 BGB. Demnach sind Regelungen unwirksam, die die Rechtsstellung der Wohnungseigentümer aushöhlen oder ihnen unverzichtbare Mitgliedschaftsrechte beschneiden.²⁷ Bei einseitig durch den teilenden Eigentümer aufgestellten Gemeinschaftsordnungen tritt daneben eine Inhaltskontrolle wegen eines potenziellen Missbrauchs der einseitigen Gestaltungsmacht des aufteilenden Eigentümers zum Nachteil der später eintretenden Wohnungseigentümern anhand von § 242 BGB.²⁸

18 BGH, Urteil vom 9.4.1987, III ZR 84/86, NJW 1987, 2011.

19 BGH, Urteil vom 27.9.2001, VII ZR 388/00, NJW 2002, 138.

20 BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 289/05, NJW 2007, 213 Rdnr. 15. Zust. Urteil vom 10.1.2019, III ZR 37/18, NJW 2019, 1280 Rdnr. 26.

21 BGH, Urteil vom 20.11.2020, V ZR 196/19, BeckRS 2020, 41778.

22 BGH, Urteil vom 20.11.2020, V ZR 196/19, BeckRS 2020, 41778 Rdnr. 22.

23 BGH, Urteil vom 20.11.2020, V ZR 196/19, BeckRS 2020, 41778 Rdnr. 24.

24 BGH, Urteil vom 20.11.2020, V ZR 196/19, BeckRS 2020, 41778 Rdnr. 24.

25 BGH, Urteil vom 20.11.2020, V ZR 196/19, BeckRS 2020, 41778 Rdnr. 32.

26 Eine Anwendung der Bereichsausnahme befürwortend *Wobst*, MittBayNot 2021, 332, 334 mit Verweis auf Bärmann/*Armbrüster*, WEG, 14. Aufl. 2018, § 2 Rdnr. 54.

27 BGH, Urteil vom 20.11.2020, V ZR 196/19, BeckRS 2020, 41778 Rdnr. 27.

28 BGH, Urteil vom 20.11.2020, V ZR 196/19, BeckRS 2020, 41778 Rdnr. 29.

IV. AGB-Kontrolle von Bauträgerverträgen

Eine herausgehobene Stellung nimmt die AGB-Kontrolle in der notariellen Praxis bei Bauträgerverträgen ein. Dies ergibt sich daraus, dass die Rechtsprechung regelmäßig davon ausgeht, dass bei Bauträgerverträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher regelmäßig ein erster Anschein dafür besteht, dass es sich bei den Klauseln um Allgemeine Geschäftsbedingungen handelt – auch dann, wenn der Notar den Vertrag entworfen hat.²⁹ Hinzu tritt das Interesse des Bauträgers, einheitliche Vertragswerke mit allen Erwerberrn zu schließen. Dieses Interesse ist nicht nur durch Praktikabilitätserwägungen getrieben, sondern gerade im Geschosswohnungsbau besteht auch rechtlich wenig Spielraum, eine einheitliche Regelung zur Herstellung des Gemeinschaftseigentums und zur Abnahme desselben mit allen Erwerberrn zu finden. In jüngerer Vergangenheit riss die Vielzahl an Entscheidungen in diesem Bereich nicht ab.

1. Hinterlegung der letzten Kaufpreisrate auf einem Notaranderkonto

Bereits als „neuer Dauerbrenner“ im Recht des Bauträgervertrags³⁰ wird die Frage bezeichnet, ob das Ansinnen, die Schlussrate von dem Erwerber vor Übergabe auf einem Notaranderkonto hinterlegen zu lassen, noch bevor die im Abnahmeprotokoll aufgeführten Mängel beseitigt wurden, einer AGB-Kontrolle standhält. Dies wurde gleich von drei OLG für unwirksam gehalten.³¹ Gemäß § 309 Nr. 2 lit. a) BGB ist eine Bestimmung in AGB unwirksam, durch die das Leistungsverweigerungsrecht, das dem Vertragspartner des Verwenders gemäß § 320 BGB zusteht, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird. Öffentlichrechtlicher Anknüpfungspunkt ist § 3 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 MaBV, der über § 650v BGB Wirkung auch für die zivilrechtliche Vertragsgestaltung entfaltet.³² Danach darf der Bauträger im Rahmen eines Bauträgervertrags die Schlussrate erst nach *vollständiger Fertigstellung* entgegennehmen. Eine *vollständige* Fertigstellung liegt erst vor, wenn sämtliche Mängel – auch die bei der Abnahme festgestellten – beseitigt sind. Mängel, die erst nach der Abnahme zutage treten, stehen einer vollständigen Fertigstellung hingegen nicht entgegen.

Die OLG begründen die Unwirksamkeit der entsprechenden Klausel damit, dass sie dazu führe, dass der Erwerber im Streitfall gezwungen sei, zur Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen auf Freigabe der hinterlegten Schlussrate zu klagen, anstatt sich gegenüber dem Vergütungsanspruch des Bauträgers auf Minderungs- und Leistungsverweigerungsrechte berufen zu können. Die Klausel laufe dementsprechend darauf hinaus, das Leistungsverweigerungsrecht nach § 320

BGB einzuschränken und das Recht auf Minderung zu beschneiden, denn letzteres sei faktisch bis zu einer endgültigen Einigung oder Streitentscheidung suspendiert.³³

Auch wenn eine Bestätigung durch den BGH aussteht, sollte in der Praxis künftig vor dem Hintergrund der eindeutigen Linie der OLG von einer solchen Gestaltung grundsätzlich abgesehen werden.

2. Billigung der Baubeschreibung durch den Erwerber

Mit einer ganzen Reihe von Klauseln zum Bauvertrag hatte sich das OLG Frankfurt a. M. in einem Verfahren nach dem UKlaG zu beschäftigen.³⁴ Einige davon sind auch für die notarielle Praxis bei der Gestaltung von Bauträgerverträgen interessant.³⁵

Im Vertrag wurde zunächst vereinbart, dass sich die Parteien darüber einig sind, dass die dem Vertrag beigefügte Baubeschreibung so ausführlich und hinreichend gefasst sei, dass das Bauvorhaben nach den Bestimmungen dieses Vertrags hergestellt werden könne und sie damit auch den Anforderungen gemäß §§ 650j, 650k BGB entspreche.³⁶

Das Gericht macht mit der Klausel kurzen Prozess. Die Klausel verstoße sowohl gegen § 309 Nr. 7 lit. b) BGB als auch gegen § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB i. V. m. § 276 Abs. 2 BGB. Jedenfalls bei kundenfeindlicher Auslegung enthalte die Bestimmung einen Verzicht auf Ansprüche aus Unzulänglichkeiten der Baubeschreibung. Der Vertragspartner des Klauselverwenders verliere durch die Billigung der Baubeschreibung einen möglichen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Pflicht zur Zurverfügungstellung einer den Anforderungen des Gesetzes entsprechenden Baubeschreibung. Ein legitimes Interesse der Auftragnehmerin an einer derartigen Verzichtserklärung sei nicht ersichtlich, sodass die Klausel den Auftraggeber unangemessen benachteilige.³⁷

Zu Recht wird in der Literatur darauf hingewiesen, dass die Entscheidung bzgl. dieser Klausel im Ergebnis zutreffend, in der Begründung jedoch unzureichend ist.³⁸ Die Klausel wäre auch außerhalb des AGB-Rechts unwirksam. § 650k Abs. 2 Satz 2 BGB sieht vor, dass Zweifel bei der Auslegung der Baubeschreibung bezüglich der vom Unternehmer geschuldeten Leistung zu dessen Lasten gehen. Gemäß § 650o Satz 1 BGB kann hiervon nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden – dies gilt auch für eine Abweichung

29 BGH, Urteil vom 14.5.1992, VII ZR 204/90, DNotZ 1993, 235; OLG Schleswig, Urteil vom 21.2.2020, 1 U 19/19, DNotZ 2021, 179.

30 Karczewski, IBR 2020, 525.

31 OLG Schleswig, Urteil vom 21.2.2020, 1 U 19/19, NZBau 2020, 371; OLG Hamburg, Urteil vom 16.7.2020, 8 U 61/19, BeckRS 2020, 29306; KG, Urteil vom 26.2.2019, 27 U 9/18, DNotZ 2019, 634; Urteil vom 20.8.2019, 21 W 17/19, RNotZ 2020, 178.

32 BeckOK-BGB/Voit, Stand: 1.5.2020, § 650v Rdnr. 1.

33 OLG Hamburg, Urteil vom 16.7.2020, 8 U 61/19, BeckRS 2020, 29306 Rdnr. 69, 70.

34 OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 28.10.2020, 29 U 146/19, NZBau 2021, 328 ff.

35 Vgl. ausführlich zu sämtlichen Klauseln der Entscheidung Cramer, ZfIR 2021, 193.

36 OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 28.10.2020, 29 U 146/19, NZBau 2021, 328 Rdnr. 54.

37 OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 28.10.2020, 29 U 146/19, NZBau 2021, 328 Rdnr. 57.

38 Cramer, ZfIR 2021, 193, 195.

durch Individualvereinbarung.³⁹ Beide Normen gelten gemäß § 650u Abs. 1 Satz 2 BGB auch für den Bauträgervertrag. Die vorliegende Klausel würde dazu führen, dass verhindert wird, dass der Vertrag bei Unklarheiten zulasten des Verwenders ausgelegt wird.⁴⁰ Dies dürfte ohne Weiteres einen Verstoß gegen § 650k Abs. 2 Satz 2 BGB darstellen.

3. Hinreichend bestimmter Fertigstellungstermin

Ganz allgemein gilt: Der Bauträgervertrag muss verbindliche Angaben zum Zeitpunkt der Fertigstellung des Werks oder, wenn dieser Zeitpunkt zum Zeitpunkt des Abschlusses des Bauvertrags nicht angegeben werden kann, zur Dauer der Bauausführung enthalten, vgl. § 650u Abs. 2, § 650k Abs. 3 Satz 1 BGB. Unabhängig von der gesetzlichen Vorgabe ist insbesondere auch für den Bauträger wichtig, dass der Vertrag einen konkreten Fertigstellungstermin enthält. Ist ein solcher Fertigstellungstermin nicht vereinbart, gilt § 271 BGB. Dort ist vorgesehen, dass wenn eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen ist, der Gläubiger die Leistung sofort verlangen kann. Für den Bauträgervertrag folgt daraus, dass mit der Herstellung eines geschuldeten Bauwerks im Zweifel alsbald nach Vertragsschluss zu beginnen und das Bauwerk in einer angemessenen Zeit zügig fertig zu stellen ist. Für den Erwerber ist der Fertigstellungstermin von Bedeutung, damit er entsprechende Dispositionen, zum Beispiel bzgl. der Veräußerung seines bisherigen Eigenheims oder der Kündigung des bisher bestehenden Mietvertrags treffen kann.

Die Pflicht zur termingerechten Fertigstellung gehört nach Auffassung der Rechtsprechung zu den *Kardinalpflichten des Bauträgers*.⁴¹ Die Haftung für die Erfüllung dieser Pflicht kann deshalb in AGB nicht ausgeschlossen werden (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Der Bauträger ist zudem verpflichtet, Vorkehrungen zu treffen, dass der versprochene Termin eingehalten werden kann, insbesondere auch durch Einplanung ausreichend großer Zeitpuffer, sodass auch unvorhergesehene Schwierigkeiten behoben werden können. Bei der Bestimmung des Termins ist § 308 Nr. 1 BGB zu beachten. Danach ist u. a. eine Klausel in AGB unwirksam, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Erbringung einer Leistung vorbehält. Unwirksam sind auch Klauseln, die vorsehen, dass sich der Fertigstellungstermin immer dann nach hinten verschiebt, wenn der Käufer mit einer Kaufpreisrate in Verzug gerät. Das KG sieht hierin eine „überproportionale Sanktionierung“ des Zahlungsverzugs. Hierin liege eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners des Klauselverwenders, sodass die Klausel gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam sei.⁴² Maßgebliches Argument des Gerichts ist, dass der Erwerber zwar durch den Zahlungsverzug die Pflichten aus dem Vertrag ver-

letze, jedoch nur bezüglich eines verhältnismäßig geringen Teils des Gesamtkaufpreises. Im Gegenzug wird aber der Bauträger berechtigt, die *gesamte* Leistung nach hinten hinauszuschieben.⁴³

Mit der Frage der hinreichenden Bestimmtheit hat sich das OLG Frankfurt a. M. in der oben bereits zitierten Entscheidung befasst. Im Vertrag war vorgesehen, dass der Baubeginn unter anderem an die Erteilung der bestandskräftigen Baugenehmigung sowie an die Vorlage einer geprüften statischen Berechnung geknüpft ist. Darin sah das Gericht einen Verstoß gegen § 308 Nr. 1 BGB, weil für die Ausführung und Vorlage der statischen Berechnungen der Bauunternehmer zuständig war. Damit war der Baubeginn und auch die Fertigstellung an ein Ereignis geknüpft, das ausschließlich vom Klauselverwender beeinflusst werden konnte. Der Vertragspartner des Klauselverwenders sei damit nicht mehr in der Lage, den Fertigstellungstermin selbstständig zu berechnen.

Des Weiteren sieht das Gericht im Anknüpfen an die „bestandskräftige Baugenehmigung“ einen Verstoß gegen § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB. Nach dem Prinzip der kundenfeindlichsten Auslegung sei mit der Bestandskraft der Zeitpunkt der formellen Bestandskraft gemeint, also der Zeitpunkt, ab dem gegen die Baugenehmigung nicht mehr mit Rechtsbehelfen vorgegangen werden kann.⁴⁴ Da der Vertragspartner des Klauselverwenders den Zeitpunkt der formellen Bestandskraft kaum abschätzen könne, sei die Klausel zu unbestimmt.⁴⁵ Nicht ganz klar wird, warum das Gericht an dieser Stelle § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB heranzieht. Ist die Möglichkeit zur Berechnung des Fertigstellungstermins nicht hinreichend bestimmt, so ist darin ein Verstoß gegen § 308 Nr. 1 BGB zu sehen, eines Rückgriffs auf die Generalklausel des § 307 BGB hätte es nicht bedurft.⁴⁶ Das Gericht ist an dieser Stelle auch nicht besonders präzise. Es hätte zumindest benennen müssen, von welchem „wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung“ abgewichen werde.

Erfreulich ist, dass das Gericht offenbar eine Verknüpfung des Fertigstellungstermins mit der Bestandskraft der Baugenehmigung nicht für generell unzulässig hält.⁴⁷ Die Frage, ob eine solche Verknüpfung zulässig ist, ist in der Literatur umstritten⁴⁸ und durch die Rechtsprechung noch nicht entschieden. Als Argument für die Zulässigkeit wird angeführt, dass der Bauträger auf den Abschluss des Genehmigungsverfahrens keinen Einfluss habe. Umgekehrt wird eingewandt, dass auch der Erwerber keinen Einfluss auf den Abschluss des Genehmigungsverfahrens habe und der Fertigstellungszeitpunkt für ihn deshalb nicht erkennbar sei.⁴⁹

39 Messerschmidt/Voit/Lenkeit, Privates Baurecht, 3. Aufl. 2018, § 650o Rdnr. 27; BeckOGK-BGB/Merkle, Stand: 1.7.2021, § 650o Rdnr. 1; BeckOK-BGB/Voit, § 650o Rdnr. 1.

40 Cramer, ZfIR 2021, 193, 195.

41 OLG München, Urteil vom 15.11.2011, 13 U 15/11, RNotZ 2012, 503.

42 KG, Urteil vom 27.6.2019, 21 U 144/18, MittBayNot 2020, 128 Rdnr. 35.

43 KG, Urteil vom 27.6.2019, 21 U 144/18, MittBayNot 2020, 128 Rdnr. 37.

44 OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 28.10.2020, 29 U 146/19, NZBau 2021, 328 Rdnr. 85.

45 OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 28.10.2020, 29 U 146/19, NZBau 2021, 328 Rdnr. 85.

46 Cramer, ZfIR 2021, 193, 198.

47 Cramer, ZfIR 2021, 193, 198.

48 Für eine Zulässigkeit: Basty, Der Bauträgervertrag, Kap. 11 Rdnr. 206.

49 Vogel, BTR 2007, 54, 57.

Seit Einführung des § 650k Abs. 3 Satz 1 BGB ist durch den Gesetzgeber *im Grundsatz* anerkannt, dass eine Frist zulässig ist, die lediglich die Dauer der Bauausführung angibt, wenn der Zeitpunkt der Fertigstellung noch nicht angegeben werden kann. In der Gesetzesbegründung wird der Fall des Erteilens einer behördlichen Genehmigung ausdrücklich als Beispielfall für die Norm genannt.⁵⁰ Allerdings ist nicht klar, ob der Gesetzgeber damit auf den Fall der vom Bauträger zu beschaffenden Baugenehmigung abstellt. Andere OLG haben bereits entschieden, dass eine hinreichende Bestimmtheit (nur) dann vorliegt, wenn der Beginn der Frist noch nicht bestimmbar ist, aber *ausschließlich von einem Ereignis im Bereich des Kunden* abhängig ist.⁵¹ Da beim Bauträgervertrag die Erteilung der Baugenehmigung durch den Bauträger zu verantworten ist, wird man die vorliegende Entscheidung für den Bauträgervertrag nicht überinterpretieren dürfen, denn Gegenstand der Entscheidung war kein Bauträgervertrag und aus dem Tatbestand der Entscheidung ist nicht ersichtlich, ob die Baugenehmigung vorliegend durch den Bauunternehmer oder durch den Kunden zu beschaffen war. Allgemein sollte deshalb vorsorglich der Fertigstellungstermin beim Bauträgervertrag – soweit möglich – an ein konkretes Datum geknüpft werden.⁵²

V. Nachträgliche Erhebung von Negativzinsen auf Notaranderkonten

Das AGB-Recht hat neben der Vertragsgestaltung auch Einfluss auf die Büroorganisation des Notars, namentlich auf die Führung von Notaranderkonten und die entsprechenden Verträge mit den Banken. In jüngerer Vergangenheit kommt es aufgrund der anhaltenden Niedrigzinspolitik der EZB gehäuft dazu, dass Banken ein Verwahrtgelt auf die Einlagen auf Notaranderkonten erheben wollen.⁵³ Ob dies auch nachträglich für bereits bestehende Konten möglich ist, ist zweifelhaft. Denn auch für den Kontoführungsvertrag zwischen Notar und Bank gilt im Grundsatz: Verträge sind einzuhalten. Eine Änderung des Vertrages dahin gehend, dass künftig ein Verwahrtgelt erhoben wird, bedarf deshalb im Ausgangspunkt einer einvernehmlichen Vertragsänderung.⁵⁴ § 675g BGB enthält für Zahlungsdienstleistungsverträge⁵⁵ zugunsten der Bank eine Einschränkung dieses Grundsatzes. Gemäß § 675g Abs. 1 BGB kann das Kreditinstitut dem Kunden eine beabsichtigte Vertragsänderung mit zweimonatiger Frist vor dem vorgeschlagenen Zeitpunkt mitteilen. Die Parteien können (auch in AGB) vereinbaren, dass ein Schweigen des Kunden auf den

Änderungsvorschlag als Zustimmung zu werten ist (§ 675g Abs. 2 Satz 1 BGB). Dem Kunden steht in diesem Fall ein fristloses Sonderkündigungsrecht zu, vgl. § 675g Abs. 2 Satz 2 BGB. Widerspricht der Kunde, so gilt der Vertrag mit seinem bisherigen Inhalt fort.⁵⁶ Dem Kreditinstitut verbleibt in diesem Fall die ordentliche Kündigung gemäß § 675h Abs. 2 BGB,⁵⁷ sofern sich die Bank in ihren AGB die Kündigung vorbehalten hat⁵⁸ und nicht konkludent ein Kündigungsausschluss für die Anderkonten vereinbart wurde.⁵⁹

Der BGH hat kürzlich entschieden, dass § 675g BGB keinen abschließenden Vorrang vor den §§ 307 ff. BGB genieße.⁶⁰ Die Entscheidung erging zwar für den Vertrag der Bank mit einem Verbraucher und betraf eine recht weitreichende Klausel in AGB, die – jedenfalls nach Auffassung des BGH – über den gesetzlichen Anwendungsbereich des § 675g BGB hinaus ging.⁶¹ Der BGH stützt seine Begründung allerdings maßgeblich darauf, dass die Bestimmung von den wesentlichen Grundgedanken des Vertragsrechts abweiche (§ 311 Abs. 1, §§ 145 ff. BGB), wonach die Änderung eines Vertrags grundsätzlich nur einvernehmlich erfolgen könne.⁶² Da dieser Grundsatz nicht nur für den Verbrauchervertrag gilt, kann nicht ausgeschlossen werden, dass der BGH die Entscheidung auch auf den unternehmerischen Rechtsverkehr zwischen Bank und Notar übertragen würde.

Erhebt die Anderkonten führende Bank also auch für bereits bestehende Vertragsverhältnisse Negativzinsen, ist im Einzelnen genau zu prüfen, auf welcher Grundlage dies erfolgt und ob diese Grundlage wirksam ist. Es steht außer Zweifel, dass eine einvernehmliche Lösung mit der Bank vorzuzugswürdig ist, schon um einen jahrelangen Rechtsstreit zu vermeiden, der sich auch auf die Abwicklung des Vertragsverhältnisses der Beteiligten auswirken kann. Bei der künftigen Gestaltung von Verwahrweisungen müssen mögliche Negativzinsen eingeplant werden.⁶³ Treuhandaufgaben der Banken sollten nur angenommen werden, wenn sie sich auch nach einem Abzug der Negativzinsen vom Notaranderkonto noch sicher erfüllen lassen.⁶⁴

50 BT-Drucks. 18/8486, S.63.; vgl. auch BeckOK-BGB/Voit, § 650k Rdnr. 10.

51 OLG Koblenz, Urteil vom 2.3.2017, 2 U 296/16, BeckRS 2017, 111351 Rdnr. 59.

52 So auch Cramer, ZfIR 2021, 193, 198.

53 Vgl. zu dieser Thematik ausführlich das DNotI-Abrufgutachten Nr. 183800, abrufbar unter <https://www.dnoti-online-plus.de>.

54 Palandt/Sprau, 80. Aufl. 2021, § 675g Rdnr. 1; Palandt/Grüneberg, § 311 Rdnr. 3; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wessels, HGB, 4. Aufl. 2020, Bank- und Börsenrecht, Kap. A. Rdnr. 216.

55 Der Vertrag zwischen Notar und Bank stellt grundsätzlich einen solchen Zahlungsdienstleistungsvertrag dar, vgl. Schimansky/Bunte/Lwowski/Hadding/Häuser, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl. 2017, § 38 Rdnr. 4.

56 MünchKomm-BGB/Casper, 8. Aufl. 2020, § 675g Rdnr. 10; Palandt/Sprau, § 675g Rdnr. 7; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Wessels, Bank- und Börsenrecht, Kap. A. Rdnr. 216.

57 MünchKomm-BGB/Casper, § 675g Rdnr. 10.

58 Vgl. bspw. Nr. 19 Abs. 1 der Muster-AGB-Banken, Stand: 1.7.2018, abrufbar über beck-online bzw. Nr. 26 Abs. 1 der Muster-AGB-Sparkassen, Std.: 26.11.2018, abrufbar über beck-online.

59 Dies könnte man z. B. mit der Argumentation bejahen, der Notar sei gegenüber dem Kunden zur dauerhaften Sicherstellung der Verwahrung verpflichtet, was auch der Bank bekannt sein muss.

60 BGH, Urteil vom 27.4.2021, XI ZR 26/20, WM 2021, 1128 Rdnr. 12.

61 Vgl. dazu kritisch Omlor, NJW 2021, 2243, 2245.

62 BGH, Urteil vom 27.4.2021, XI ZR 26/20, WM 2021, 1128 Rdnr. 21.

63 Vgl. bspw. den Formulierungsvorschlag bei Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rdnr. 2403.

64 Eine Alternative besteht darin, mit der Bank zu vereinbaren, die Negativzinsen vom Geschäftskonto des Notars abzubuchen und diese für die Beteiligten „vorzustrecken“. Dass dies mit einem Risiko für den Notar verbunden ist, wenn er die Gebühren bei den Beteiligten nicht betreiben kann, liegt auf der Hand.

VI. Fernwirkung von AGB auf die Testamentsgestaltung

Verträge auf dem Gebiet des Erbrechts sind gemäß § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB ausdrücklich vom Anwendungsbereich des AGB-Rechts ausgenommen. Testamente und Erbverträge unterliegen deshalb von vornherein keiner AGB-Kontrolle. Es kann jedoch zu einer mittelbaren Auswirkung des AGB-Rechts auf die Testamentsgestaltung kommen. Dies zeigt eine aktuelle Entscheidung des OLG Dresden besonders deutlich.

Die Erblasserin unterhielt bei der beklagten Bank einen sog. Prämiensparvertrag, bei dem der M (der zu diesem Zeitpunkt noch als Alleinerbe vorgesehen war) als Begünstigter für den Todesfall eingesetzt war. Die entsprechende Vereinbarung mit der Bank wurde nicht nur durch die Erblasserin, sondern auch von M unterzeichnet.⁶⁵ In den Vertragsbedingungen war vorgesehen, dass diese Einsetzung zwar einseitig durch die Erblasserin, aber nur durch schriftliche Erklärung *gegenüber der Bank* erfolgen kann. Ein Widerruf durch Testament oder Erbvertrag wurde ausdrücklich ausgeschlossen. Durch notarielles Testament setzte die Erblasserin ihre Tochter – im Verfahren vor dem OLG Dresden die Klägerin – als neue Alleinerbin ein. Zugleich widerrief sie in der notariellen Urkunde vorsorglich alle von ihr bisher errichteten Verfügungen von Todes wegen. Die Tochter verlangte von der Bank Auszahlung des Guthabens aus dem Prämiensparvertrag. Sie vertrat dabei die Auffassung, dass die Klausel, dass die Einsetzung des Drittbegünstigten für den Todesfall im Prämiensparvertrag nicht durch Verfügung von Todes wegen widerrufen werden könne, überraschend im Sinne des § 305c BGB sei.

Diese Auffassung teilt das Gericht nicht. Voraussetzung für das Vorliegen einer überraschenden Klausel im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB sei, dass eine objektiv ungewöhnliche Klausel vorliege, wobei sich die Ungewöhnlichkeit etwa aus der Unvereinbarkeit mit dem Leitbild des Vertrags oder mit dispositivem Gesetzesrecht ergeben könne. Ferner könne sich eine Ungewöhnlichkeit etwa auch aus einer Abweichung von den nach der Verkehrsauffassung üblichen Vertragsbedingungen oder durch eine Unvereinbarkeit der Klausel mit dem äußeren Erscheinungsbild des Vertrages ergeben.⁶⁶ Weitere Voraussetzung sei, dass der andere Vertragsteil mit einer solchen Klausel nicht zu rechnen brauche, wobei sich die Beurteilung diesbezüglich nach den Erkenntnismöglichkeiten eines typischen Durchschnittskunden richte.⁶⁷

Anschließend prüft das OLG Dresden, ob das dispositive Gesetzesrecht für den Vertrag zugunsten Dritter ein „Leitbild“ dergestalt enthalte, von dem abgewichen werde. Aus § 332 BGB leitet das Gericht ab, dass der Versprechensempfänger (hier: die Erblasserin) sich die Befugnis, den Dritten ohne Zustim-

mung des Versprechenden auszutauschen, ausdrücklich vorbehalten müsse. Dann – aber auch nur dann – könne dies im Zweifel auch in einer Verfügung von Todes wegen erfolgen. § 332 BGB deute somit im Umkehrschluss darauf hin, dass *gegen den Willen des Versprechenden* (hier: der Bank) ein späterer Austausch des Begünstigten durch letztwillige Verfügung nicht erfolgen könne. Vor diesem Hintergrund sei die entsprechende Klausel nicht überraschend im Sinne des § 305c BGB.

Im Übrigen sei gegenüber der Bank ansonsten nicht gewährleistet, dass sie im Todesfall von dem wahren Berechtigten sichere Kenntnis erlange.⁶⁸ Mit der gleichen Begründung wird auch eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB verneint. Das Unterrichtsinteresse der zur Leistung verpflichtenden Bank sei insofern schutzwürdig.

Zu guter Letzt beleuchtet das Gericht § 309 Nr. 13 BGB. Danach darf für Erklärungen und Anzeigen des Vertragspartners gegenüber dem Klauselverwender keine strengere Form als die Textform im Sinne des § 126b BGB angeordnet werden. Einer Prüfung anhand dieser Norm würde die entsprechende Klausel nach derzeit geltender Rechtslage nicht standhalten. Sie trat allerdings erst zum 1.10.2016 in Kraft und sah bis dahin vor, dass keine strengere Form als die Schriftform vorgesehen werden konnte. Im konkreten Fall kam noch die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses geltende Fassung zur Anwendung, sodass das Gericht einen Verstoß zu Recht verneint hat.

Die Entscheidung zeigt, dass das AGB-Recht auch bei der Gestaltung von Testamenten mitgedacht werden muss. Der in vielen Formularen vorgesehene Hinweis, dass Verträge zugunsten Dritter ggf. gesondert zu widerrufen sind, hat deswegen seine Berechtigung. Besser ist allerdings eine ausdrückliche Regelung in der entsprechenden Verfügung von Todes wegen und eine entsprechende „inhaltsgleiche“ Anweisung an die Bank.⁶⁹

VII. Fazit

Das AGB-Recht wirkt sich in erheblichem Maß auf die notarielle Vertragsgestaltung aus. Neben den naheliegenden Entscheidungen im Bereich des Bauräger- und WEG-Rechts, finden sich teilweise auch relevante Entscheidungen in Bereichen, in denen man sie zunächst nicht vermuten würde. Es ist nicht damit zu rechnen, dass dieses Rechtsgebiet in den nächsten Jahren an Dynamik verlieren wird.

65 Dies unterscheidet den Fall grundlegend von BGH, Urteil vom 30.1.2018, X ZR 119/15, MittBayNot 2018, 462 (m. Anm. *Forschner*), in dem das Schenkungsangebot erst nach dem Tod der Erblasserin übermittelt werden sollte.

66 OLG Dresden, Urteil vom 1.7.2021, 8 U 276/21, BeckRS 2021, 18974 Rdnr. 37.

67 OLG Dresden, Urteil vom 1.7.2021, 8 U 276/21, BeckRS 2021, 18974 Rdnr. 37 unter Verweis auf BGH, NJW-RR 2012, 1261.

68 OLG Dresden, Urteil vom 1.7.2021, 8 U 276/21, BeckRS 2021, 18974 Rdnr. 41.

69 Vgl. schon *Forschner*, MittBayNot 2018, 466 (Anm. zu BGH, Urteil vom 30.1.2018, X ZR 119/15, MittBayNot 2018, 462).

BUCHBESPRECHUNGEN

Heinz Thomas/Hans Putzo (Begr.):

Zivilprozessordnung

42. Aufl., C. H. Beck, 2021. 2725 S., 65 €

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

In eine gut sortierte Handbibliothek einer jeden Notarin, eines jeden Notars gehört immer auch ein Erläuterungswerk zum Zivilverfahrensrecht. Und ein geradezu idealer „Kandidat“ hierfür stellt das vorliegende Werk dar, das zu den „Klassikern“ der zivilprozessualen Kommentarliteratur zählt. Denn der *Thomas/Putzo*, den eigentlich jeder Jurist aus der eigenen Referendarzeit kennt, hat sich über die Jahre von einem kompakten Kurzkommentar prächtig zu einem veritablen, umfassenden Erläuterungsbuch zu (fast) dem gesamten Zivilverfahrensrecht entwickelt:

Der mittlerweile im Jahresturnus erscheinende Band umfasst in der aktuellen, 42. Auflage über 2.700 Seiten an tiefschürfenden, auf den Punkt gebrachten Erläuterungen. Anders als der eher tiefstapelnde Werktitel dies verheißt, beinhaltet der Band heute längst nicht mehr allein eine Kommentierung der ZPO und von ausgewählten Teilen des GVG, sondern das Werk wird mittlerweile durch eine sehr kompakte, präzise verfasste Erläuterung der ersten beiden Bücher des FamFG – Allgemeiner Teil und familiengerichtliches Verfahren – ergänzt und durch einen außergewöhnlich guten, sehr gelungenen Überblick über das immer wichtiger werdende europäische und internationale Zivilverfahrensrecht komplettiert: Der Band vereint die aus Sicht des Praktikers wichtigsten europäischen zivilverfahrensrechtlichen Instrumente wie beispielsweise die Brüssel Ia-VO (EuGVVO), die Brüssel IIa-VO (EuEheVO), die EU-Unterhaltsverordnung, die beiden EU-Güterstands-Verordnungen, die EuErbVO sowie weitere wichtige EU-Verordnungen und Gesetze nebst den einschlägigen nationalen Umsetzungs- und Ausführungsgesetzen. Dem Charakter eines Handkommentars entsprechend werden die „großen“ supranationalen Übereinkommen nicht artikel- bzw. paragrafenweise erläutert, sondern die Autoren haben es didaktisch geschickt verstanden, die jeweiligen Bestimmungen durch ausführliche, umfassende Vorbemerkungen und Einführungen vorzustellen, und sich auf gezielte, durch weiterführende Angaben unterlegte Hinweise zu ausgewählten Einzelregelungen beschränkt. Wenn man sich vor Augen führt, dass der Band zahlreiche, für den Praktiker außerordentlich gehaltvolle Hinweise etwa zu den Folgen des Brexit (vgl. u. a. vor EuGVVO Rdnr. 1b ff.; vor EuEheVO Rdnr. 2a), zu der in der familiengerichtlichen Praxis sehr wichtigen Institution der Verbindungsrichter (vgl. vor EuEheVO Rdnr. 10) oder zu der ab August 2022 anwendbaren Novelle der EuEheVO (Brüssel-IIb-VO; vgl. vor EuEheVO Rdnr. 13) enthält, ist klar, dass diese Vorgehensweise eine aus Sicht der Praxis sehr gute vermittelnde

Lösung darstellt, durch die die Qualität der Kommentierung nicht leidet, zumal die Einleitungen stets durch umfassende Verweise auf die weiterführende, einschlägige Lehrbuch- und Aufsatzliteratur ergänzt werden.

Kernbestandteil des inzwischen nicht mehr von den Werkbegegnern *Heinz Thomas* und *Hans Putzo*, sondern von drei Richtern an bayerischen Ober- und Höchstgerichten bearbeiteten Bandes ist jedoch unverändert die Erläuterung der gesamten ZPO und der einschlägigen, im Band vielfach mit abgedruckten Nebenbestimmungen: Die Erläuterungen bestechen durch sehr knappe, aber stets außerordentlich präzise und durch zahlreiche aktuelle (Rechtsprechungs- und Literatur-)Nachweise unterlegte Ausführungen. Diese werden zumeist ergänzt durch eingängige Vorbemerkungen, Einführungen und Übersichten, in denen wichtige Grundbegriffe erklärt, die größeren Zusammenhänge aufgezeigt werden oder der „große Bogen“ geschlagen wird zu den aktuellen Entwicklungstendenzen in Rechtswissenschaft und Gesetzgebung. Die Bearbeitung fällt auch insoweit ausgesprochen praxisgerecht aus; so wenn beispielsweise bei der Erläuterung der Verfahrenskostenhilfe der Text von § 90 Abs. 2 SGB XII – der Maßstab, in welchem Umfang die bedürftige Partei ihr Vermögen einzusetzen hat (§ 115 Abs. 3 ZPO) – oder von § 30 SGB XII – die sozialrechtliche Mehrbedarfsregelung (§ 115 Abs. 1 Satz 3 Nr. 4 ZPO) – mitabgedruckt werden (§ 115 ZPO Rdnr. 12a, 23). Auch dass zahlreichen Einzelerläuterungen Hinweise zu den Kosten und den Verfahrenswerten beigelegt sind, kommt den Bedürfnissen der Praxis genauso entgegen wie der Umstand, dass der Band an vielen Stellen kurze, knappe Formulierungshilfen oder Muster für Anträge und Tenorierungen enthält (die im Interesse einer besseren Handhabbarkeit freilich in einem gesonderten Verzeichnis noch ausgewiesen werden könnten). Die zahlreichen, durch die Corona-Pandemie notwendig gewordenen gesetzlichen Änderungen im Zivilverfahrensrecht – etwa den neu eingeführten § 44 EGZPO – sowie die dazu ergangene, einschlägige Rechtsprechung sind in der Neuauflage sehr sorgfältig und umfassend eingearbeitet worden.

Der erprobte, mit der Erläuterung der ZPO vorgezeichnete Weg wird mit der Kommentierung des FamFG fortgeführt: Mit der Aufnahme des familienrechtlichen Teils des FamFG in den Kanon der erläuterten Bestimmungen bietet der *Thomas/Putzo* den Nutzerinnen und Nutzern einen hervorragenden Gesamtüberblick auch über die Verfahrensbestimmungen in Familiensachen. Ähnlich wie bei der bewährten Erläuterung

der ZPO werden die Bestimmungen des FamFG knapp, aber stets sehr präzise vorgestellt; auch hier wird die Kommentierung durch zahlreiche aktuelle Nachweise aus Rechtsprechung und Literatur abgerundet. Die aus der ZPO-Kommentierung bekannten, bewährten Übersichten, etwa zu den Verfahrensvoraussetzungen (vor § 23 FamFG Rdnr. 4 ff.), wurden, wenn auch noch nicht ganz so umfangreich, ebenfalls in die Erläuterungen des FamFG übernommen. Viele Erläuterungen, beispielsweise die sehr gelungene Kommentierung von § 158 FamFG, die vom Gesetzgeber kürzlich umfassend reformierte Regelung zur Verfahrensbeistandschaft (vgl. den Überblick in NZFam 2020, 1033), imponieren durch außergewöhnlich zahlreiche Beispiele aus der Rechtsprechung, wobei vielfach nicht nur die Rechtsprechungsfundstelle, sondern häufig auch Anmerkungen zu der jeweiligen Entscheidung nachgewiesen werden, sodass der Praktiker in jeder Hinsicht

umfassend informiert ist. Die kompromisslose Ausrichtung an den Bedürfnissen der Praxis zeigt sich aber auch an (vermeintlichen) Kleinigkeiten; etwa, wenn bei der Verfahrensfähigkeit von Minderjährigen ausführlich und kritisch auf die Problematik bei der Bekanntgabe von gerichtlichen Genehmigungsbeschlüssen, etwa zu einer Erbausschlagung, gegenüber dem betroffenen Minderjährigen eingegangen wird (vgl. § 9 FamFG Rdnr. 6, 6a sowie grundlegend *Kölmel*, MittBayNot 2012, 108 f. und MittBayNot 2011, 190 ff.).

Alles in allem: Das Werk hat dem Praktiker auch in der Neuauflage unverändert sehr viel zu bieten. Gerade auch die rechtsvorsorgende Praxis erhält mit dem *Thomas/Putzo* eine bewährte, außerordentlich empfehlenswerte, umfassende und gelungene, preislich im Übrigen sehr attraktive Gesamtdarstellung zum Zivilverfahrensrecht.

Jochem Reichert (Hrsg.):

GmbH & Co. KG

8. Aufl., C. H. Beck, 2021. 1560 S., 199 €

Von Notar Dr. **Christoph Suttman**, LL.M. (Columbia), Wertingen

Nach etwa sechs Jahren ist das Werk nunmehr in achter Auflage erschienen. Aufbau und Systematik sind dabei nahezu unverändert geblieben: In 17 Kapiteln soll das Handbuch als integrierte Darstellung von Gesellschafts- und Steuerrecht vor allem Praktikern Gestaltungserwägungen zur GmbH & Co. KG an die Hand geben; ergänzt wird die Darstellung durch ein Kapitel mit Formulierungsmustern. Im Vergleich zur Voraufgabe wurde einzig das fünfte Kapitel (Organisationsverfassung) mit § 19a um ein Unterkapitel zur „Compliance in der GmbH & Co. KG“ erweitert.

Die Neuauflage berücksichtigt ausweislich des Vorwortes neben neueren gerichtlichen Entscheidungen und Literaturbeiträgen auch zahlreiche gesetzliche Neuregelungen, so insbesondere das Gesetz zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, das Gesetz zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen, das Gesetz zur Anpassung des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes an die Rechtsprechung des BVerfG, das Gesetz gegen schädliche Steuerpraktiken im Zusammenhang mit Rechteüberlassungen sowie das Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Zivil-, Insolvenz- und Strafverfahrensrecht.

Der Aufbau des Werkes orientiert sich an der angestrebten möglichst umfassenden Abdeckung gesellschafts- und steuerrechtlicher Fragen. Dabei wird durchweg der Tatsache Rechnung getragen, dass die GmbH & Co. KG am Schnittpunkt des Kapitalgesellschafts- und des Personengesellschaftsrechts angesiedelt ist, grundsätzlich also Regelungsbedarf für zwei Gesellschaften mit unterschiedlichem Regelungsregime bestehen kann.

Nach einem einleitenden Kapitel, in dem Geschichte, (gewandelte) praktische Bedeutung und Erscheinungsformen der GmbH & Co. KG dargestellt werden, folgt im zweiten Kapitel zunächst die Darstellung der Besteuerungskonzeption dieser Gesellschaftsform. In sechs Unterkapiteln werden einkommensteuerliche, umsatzsteuerliche und grunderwerbsteuerliche Fragen behandelt. Aus Praktikersicht bedauerlich ist, dass die für die Gestaltungspraxis wichtigen Änderungen durch das Gesetz zur Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes vom 12.5.2021 (insbesondere Absenkung der 95%-Grenze auf 90 % in den Ergänzungstatbeständen) bei der im Übrigen gelungenen und durch Beispiele gut nachvollziehbaren Darstellung zur Grunderwerbsteuer noch nicht berücksichtigt sind. Des Weiteren werden steuerliche Fragen auch im weiteren Gang der vor allem gesellschaftsrechtlichen Darstellung be-

handelt, so etwa im Rahmen des Kapitels zur Gründung der Gesellschaft, zur Anteilsübertragung und zum Umwandlungsrecht.

Die Kapitel 3 bis 13 beleuchten insbesondere gesellschaftsrechtliche Fragen in mehr oder weniger chronologischer Reihenfolge von der Gründung bis zur Auflösung der GmbH & Co. KG, wobei für die notarielle Praxis vor allem die Kapitel zur Gründung und Geschäftsführung, zur Anteilsübertragung und -vererbung sowie zur Umwandlung besonders relevant sein dürften. Das dritte Kapitel befasst sich in sechs Unterkapiteln zunächst mit der Entstehung der Gesellschaft. Die Autoren unterscheiden grundsätzlich zwischen Neugründungstatbeständen (Errichtung der Gesellschaft durch Neuabschluss eines Gesellschaftsvertrages) und Umwandlungstatbeständen („Formwechsel“ eines bestehenden Rechtsträgers in die Rechtsform der GmbH & Co. KG); die Entstehung durch Formwechsel nach dem UmwG wird allerdings gesondert im Kapitel zu Umwandlungssituationen behandelt. Die für die notarielle Praxis besonders bedeutsame Frage der Beurkundungsbedürftigkeit des KG-Vertrages im Rahmen der Neugründung wird dabei vergleichsweise kurz erörtert. Das Kapitel 4 behandelt in zwei Unterkapiteln Firma sowie Unternehmensgegenstand und Sitz.

Das Kapitel 5 behandelt sodann die Organisationsverfassung der GmbH & Co. KG, insbesondere Geschäftsführung und Vertretung sowie die interne Willensbildung. Dabei werden Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich der Beschlussfassung innerhalb der Komplementär-GmbH sowie der KG in den jeweiligen Gesellschaftsverträgen ausführlich behandelt.

Während das mit „Kapital, Gewinn, Rechnungslegung“ überschriebene Kapitel 6 vermögensrechtliche Aspekte, insbesondere der Kapitalaufbringung, der Gesellschafterkonten sowie der Gewinn- und Verlustbeteiligung, behandelt, widmet sich das Kapitel 7 den nicht vermögensbezogenen Rechten, insbesondere Informationsrechten, Treuepflicht und Wettbewerbsverbot.

Die Kapitel 8 und 9 befassen sich mit dem Wechsel im Gesellschafterbestand unter Lebenden und mit den rechtlichen Folgen des Todes eines Gesellschafters. Dabei werden insbesondere Möglichkeiten und Grenzen von Abfindungs- und Nachfolgeklauseln sowie das Verhältnis von Gesellschafts- und Erbrecht gut nachvollziehbar unter Verweis auf die aktuelle BGH-Rechtsprechung dargestellt. Auch die steuerlichen Folgen des entgeltlichen Gesellschafterwechsels sowie des Anteilsübergangs durch Schenkung oder von Todes wegen

werden je in einem eigenen Unterkapitel umfassend behandelt.

Hieran schließen sich je noch ein Kapitel zur Belastung von Gesellschaftsanteilen, zur Haftung der Gesellschafter, zu Prozessen und Zwangsvollstreckung sowie zur Insolvenz und zur Gesellschaft im Konzern an. Das letzte darstellende Kapitel 16 schließlich behandelt umfassend Umwandlungsfälle: In jeweils einem eigenen Unterkapitel werden umwandlungsrechtliche Grundlagen der Verschmelzung (§ 52) und ihre steuerlichen Folgen (§ 53), umwandlungsrechtliche Grundlagen der Spaltung (§ 54) und ihre steuerlichen Folgen (§ 55) sowie umwandlungsrechtliche Grundlagen des Formwechsels (§ 56) und ihre steuerlichen Folgen (§ 57) behandelt. Der Schwerpunkt der Darstellung liegt dabei auf den jeweiligen im Vergleich zu den umwandlungsrechtlichen Unterkapiteln deutlich umfangreicheren steuerrechtlichen Unterkapiteln. Dies erscheint vor dem Hintergrund bereits verfügbarer umwandlungsrechtlicher Literatur gut vertretbar.

Abgeschlossen wird das Werk durch ein 17. Kapitel, welches in sechs Unterkapiteln Formulierungshilfen und -muster enthält: Zunächst wird je das Muster eines einfachen und eines ausführlicheren Gesellschaftsvertrags der GmbH & Co. KG sowie der Komplementär-GmbH vorgestellt (§§ 58 und 59), hieran anschließend Muster für die Sonderkonstellationen einer Familien-GmbH & Co. KG sowie einer Einheitsgesellschaft (§§ 60 und 61). Schließlich werden Muster eines Vertrages zur Übertragung von Gesellschaftsanteilen sowie zum Beitritt eines Gesellschafters zu einer bestehenden Gesellschaft vorgestellt (§ 62) sowie das Muster eines Geschäftsführer-Anstellungsvertrages (§ 63).

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das Werk dem selbst gesteckten Ziel, eine integrierte Darstellung von Gesellschafts- und Steuerrecht zu bieten, durchaus gerecht wird. Insbesondere ist positiv hervorzuheben, dass die jeweilige Darstellung steuerlicher Fragen nicht auf einen bloßen Überblick beschränkt ist, sondern eine beachtliche Darstellungstiefe erreicht. Die für die Zielgruppe, nämlich Notare, Rechtsanwälte, Justitiare, Steuerberater, Richter, Unternehmer und Manager, wichtigen Praxisfragen werden nicht nur durchgängig gut nachvollziehbar dargestellt, sondern das Werk wird durch Formulierungsmuster für die wichtigsten Praxiskonstellationen abgerundet. Für Praktiker bietet das Werk daher eine gute Arbeitshilfe und kann zur Anschaffung empfohlen werden.

Willhelm Happ/Sebastian Bednarz:

Umwandlungsrecht

2. Aufl., Carl Heymanns, 2021. 1724 S., 169 €

Von Notarassessor **Jacob Weinert**, Amberg

Das Umwandlungsrecht kann nicht nur in Großstadtnotariaten regelmäßig Bedeutung erlangen. Wichtig ist es daher, einen verlässlichen Begleiter parat zu haben, der den Notar¹ auch in schwierigen Konstellationen nicht im Stich lässt.

Das Werk *Happ*, Umwandlungsrecht gab es in der nun vorliegenden Form vorher noch nicht, auch wenn es als zweite Auflage erscheint. Die 2012 erschienene erste Auflage mit dem Titel „Konzern- und Umwandlungsrecht“ enthielt – im Gegensatz zu der vorliegenden zweiten Auflage – auch Muster und Kommentierungen zum aktienrechtlichen Konzernrecht. Diese aktienrechtlichen Kommentierungen sind nun in die Werke *Happ*, Aktienrecht I und II übernommen worden, sodass sich das vorliegende Werk ausschließlich dem Umwandlungsrecht widmet.

Das Werk deckt das Umwandlungsrecht weitestgehend ab und ist in sechs Abschnitte gegliedert: Erfasst werden zunächst die Verschmelzung (Abschnitt eins), die Spaltung (Abschnitt zwei) und der Formwechsel nach dem UmwG (Abschnitt drei). Der vierte Abschnitt widmet sich dem Formwechsel außerhalb des UmwG. Darunter fallen zunächst diverse Konstellationen, an denen ausschließlich Personengesellschaften beteiligt sind, etwa der Formwechsel einer GbR in eine PartG oder einer OHG in eine KG. Des Weiteren enthält dieser Abschnitt Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine GmbH durch zwei verschiedene Gestaltungsoptionen. Ferner wird der Formwechsel einer KG in ein Einzelunternehmen durch Anwachsung dargestellt. Schließlich folgt ein Unterabschnitt zum identitätswahrenden grenzüberschreitenden Formwechsel einer luxemburgischen S. à. r. l. in eine deutsche GmbH. An dieser Stelle wären Ausführungen und ein Muster zu grenzüberschreitenden Formwechseln unter ausschließlicher Beteiligung von Personengesellschaften wünschenswert gewesen, insbesondere in Anbetracht der im vorigen Jahr ergangenen Entscheidung des OLG Oldenburg zum identitätswahrenden grenzüberschreitenden Formwechsel einer luxemburgischen S. C. S. in eine deutsche KG.² Insofern beschränken sich die Ausführungen leider auf eine Nennung der Entscheidung in einer Fußnote. Abgesehen davon sind die auch zu diesen Themen erfreulich ausführlichen Muster samt Kommentierungen zu grenzüberschreitenden Sachverhalten allerdings hervorzuheben, etwa zur grenzüberschreitenden Verschmelzung gemäß §§ 122a ff UmwG, welche anhand der Verschmelzung einer französischen S. A. auf eine deutsche AG dargestellt wird, oder zum identitätswahrenden grenzüberschreitenden Formwechsel. Mitberücksichtigt wurden in-

soweit auch die durch den Brexit erforderlich gewordenen Änderungen der §§ 122a ff. UmwG durch das 4. UmwGÄndG vom 19.12.2018. Einzuräumen ist, dass diese Konstellationen wohl nicht allzu viele Notariate in der Praxis beschäftigen werden. Andererseits stellt das vorliegende Handbuch auch dann eine gute Hilfe dar, wenn diese Konstellationen nur selten auftreten und deshalb die Routine fehlt. Der fünfte Abschnitt befasst sich mit der Entstehung einer SE durch Verschmelzung Formwechsel. Im letzten Abschnitt geht es schließlich um gerichtliche Verfahren (wie beispielsweise die aktienrechtliche Nichtigkeitsklage im Zusammenhang mit Umwandlungen, Freigabeverfahren gemäß § 16 Abs. 3 UmwG oder der Antrag auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses gemäß § 15 Abs. 1 UmwG, § 1 Nr. 4, § 4 SpruchG). Der Teil zu den gerichtlichen Verfahren dürfte für die notarielle Praxis eher eine geringe Rolle spielen.

Der Aufbau ist generell und insbesondere innerhalb der einzelnen Abschnitte aus meiner Sicht sehr gelungen. Die oben genannten Abschnitte sind untergliedert in Unterabschnitte, die sich den einzelnen Konstellationen widmen. Im ersten Abschnitt beschäftigt sich der erste Unterabschnitt beispielsweise mit der Verschmelzung unter Beteiligung börsennotierter Aktiengesellschaften.

Innerhalb der Unterabschnitte finden sich zunächst zahlreiche und – wie bereits erwähnt – ausführliche Muster, nicht nur zu den Verträgen, sondern auch zu den erforderlichen weiteren Schriftsätzen (wie etwa Berichte, Anträge, Unterrichtungen, Niederschriften, Anzeigen, Anmeldungen und Anschreiben). Hier wird der Handbuchcharakter des Werkes deutlich. Diese Muster gehen über die vom Notar anzufertigenden Dokumente hinaus, was sich dadurch erklären dürfte, dass das Buch vorwiegend von Rechtsanwälten verfasst ist. Allerdings kann auch für den Notar der Überblick über sämtliche für das jeweilige Umwandlungsverfahren notwendige Verfahrensschritte hilfreich sein, etwa wenn Rückfragen der Beteiligten im Rahmen des Umwandlungsvorgangs aufkommen.

Nach den Mustern schließt sich jeweils eine sich darauf beziehende Kommentierung an. Der Verweis erfolgt dergestalt, dass an den einzelnen Überschriften der Muster eine hochgestellte Nummer angefügt ist, unter der man dann im Kommentierungsteil die entsprechende Kommentierung findet. Dieser Aufbau ist überzeugend, weil dadurch verhindert wird, dass die Muster durch lange, direkt auf die einzelnen Punkte folgende Kommentierungen zerrissen werden und dadurch der Gesamtüberblick getrübt wird. Welche Form man hier bevorzugt, ist natürlich Geschmackssache. Die Muster selbst sind umfassend und ausführlich genug, dass man sie (selbstverständlich abgesehen vom jeweiligen Mustersachverhalt) ohne größere Ergänzungen übernehmen kann. Lediglich die notariellen Hinweise fehlen.

1 Gemeint ist stets die weibliche und die männliche Form. Zur besseren Lesbarkeit wird aber im Folgenden die männliche Form verwendet.

2 LG Oldenburg, Beschluss vom 30.6.2020, 12 W 23/20, DNotZ 2021, 148.

Die Kommentierungen zu den Mustern sollten die meisten sich im praktischen Verfahren stellenden Fragen beantworten. Selbstverständlich können sie bei schwierigen Einzelfragen keinen Großkommentar wie etwa den *Widmann/Mayer* ersetzen.

Abschließend enthält das Werk ein ausführliches, 55 Seiten langes Stichwortverzeichnis.

Nicht unerwähnt bleiben soll die schöne, hochwertige Aufmachung samt zweier Lesebänder.

Insgesamt empfiehlt sich die Anschaffung von *Happ*, Umwandlungsrecht für viele Notariate: Für die, welche eher selten mit Umwandlungsrecht beschäftigt sind, um einen umfassenden Begleiter für umwandlungsrechtliche Vorgänge als Stütze zu haben, ohne gleich einen Großkommentar anschaffen zu wollen, und für die, für welche das Umwandlungsrecht zum Tagesgeschäft gehört, als weitere Ergänzung ihrer schon vorhandenen Bibliothek insbesondere auch aufgrund der Inhalte zu grenzüberschreitenden Sachverhalten.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Keine Erstattung der Instandhaltungsrücklage bei Grunddienstbarkeit für Tiefgarage

BGH, Urteil vom 18.6.2021, V ZR 146/20 (Vorinstanz: LG Augsburg, Entscheidung vom 10.7.2020, 43 S 1293/19)

BGB § 1020 Satz 2

LEITSATZ:

Ist das Sondereigentum mit einer Grunddienstbarkeit belastet, kann der Sondereigentümer von dem Dienstbarkeitsberechtigten, der auf der Fläche des belasteten Sondereigentums eine Anlage hält (hier: Tiefgaragenstellplätze), die von ihm an die Wohnungseigentümergeinschaft auf die Instandhaltungsrücklage erbrachten Zahlungen nicht erstattet verlangen.

SACHVERHALT:

1 Die Klägerin ist Mitglied einer Wohnungseigentümergeinschaft und Sondereigentümerin von 18 Tiefgaragenstellplätzen. Auf dem Nachbargrundstück befindet sich ebenfalls eine Wohnungseigentumsanlage. Dort gehört der Beklagten ein $\frac{1}{18}$ Anteil an der Sondereigentumsseinheit „Keller Nr. 19“. Zugunsten dieser Sondereigentumsseinheit besteht eine Grunddienstbarkeit an den Tiefgaragenstellplätzen der Klägerin. Eine Regelung hinsichtlich der Kostentragung für laufenden Unterhalt und Betriebskosten der Stellplätze ist nicht getroffen worden. Die Klägerin zahlte nach ihrer Darstellung in den Jahren 2014 bis 2016 Beiträge für die Instandhaltungsrücklage ihrer Wohnungseigentümergeinschaft von 5.940 €.

2 Mit der Klage verlangt die Klägerin – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – von der Beklagten entsprechend deren $\frac{1}{18}$ Anteil an der Einheit Nr. 19 Zahlung von 330 € nebst Zinsen. Zudem beantragt sie die Feststellung, dass ihr die Beklagte pro Kalenderjahr die „TG Rücklagen-Zuführung“ anteilig zu erstatten hat. Das AG hat die Klage abgewiesen. Die von der Klägerin eingelegte Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem LG zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Klageanträge weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts kann der von der Klägerin geltend gemachte Zahlungsanspruch nicht auf § 1020 Satz 2 BGB gestützt werden. Eine Rücklagenbildung diene nicht dem Ausgleich gegenwärtiger Kosten von Erhaltungs- und Instandhaltungsmaßnahmen, sondern werde abstrakt als Vorsorge für zukünftige Maßnahmen angespart. Zudem sei nicht ersichtlich, wie die Rücklagen zukünftig verwendet würden und ob insoweit von einer Erstattungsfähigkeit im Verhältnis der Parteien auszugehen sei. Eine entsprechende Anwendung der Vorschriften des WEG in diesem Zusammenhang scheide aus. Der Feststellungsantrag sei unzulässig, da nicht die Feststellung eines gegenwärtigen streitigen Rechtsverhältnisses im Sinne des § 256 Abs. 1 ZPO begehrt werde, viel-

mehr entstehe der Anspruch der Klägerin bei Vornahme einer berechtigten Fremdgeschäftsführung jedes Mal neu. Zudem fehle es an einem Feststellungsinteresse. Die neu entstehenden Kosten würden nicht einmal abstrakt umschrieben. Es erscheine auch fraglich, ob bei Feststellung einer Leistungspflicht dem Grunde nach die Beklagte in Zukunft zur Leistung bereit sei.

4 II. Die Beklagte war im Verhandlungstermin vor dem Senat nicht vertreten. Gleichwohl ist über die Revision der Klägerin nicht durch Versäumnisurteil, sondern durch Endurteil (unechtes Versäumnisurteil) zu entscheiden, da sich die Revision auf der Grundlage des von dem Berufungsgericht festgestellten Sachverhalts als unbegründet erweist (vgl. Senat, Urteil vom 14.7.1967, V ZR 112/64, NJW 1967, 2162; Urteil vom 26.2.2021, V ZR 33/20, juris Rdnr. 5). Die Ausführungen des Berufungsgerichts halten im Ergebnis und hinsichtlich der Abweisung des Zahlungsantrags auch in der Begründung rechtlicher Nachprüfung stand. Das Berufungsurteil bedarf lediglich insoweit einer Korrektur, als die Feststellungsklage nicht als unzulässig, sondern als unbegründet abzuweisen ist.

5 1. Die Klägerin kann von der Beklagten nicht anteilige Erstattung der auf die Instandhaltungsrücklage geleisteten Zahlungen verlangen, weil es an einer Anspruchsgrundlage fehlt.

6 a) Allerdings hat gemäß § 1020 Satz 2 BGB der Grunddienstbarkeitsberechtigte, der zur Ausübung der Dienstbarkeit auf dem belasteten Grundstück eine Anlage hält, diese im ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten, soweit das Interesse des Eigentümers dies erfordert. Eine solche Pflicht trifft hier im Ausgangspunkt auch die Beklagte. Die Tiefgaragenstellplätze stellen eine Anlage im Sinne der Vorschrift dar (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 27.5.2013, 5 U 163/12, juris Rdnr. 43; siehe allgemein zu dem Anlagenbegriff Senat, Urteil vom 17.2.2006, V ZR 49/05, NJW 2006, 1428, 1429; Urteil vom 8.3.2019, V ZR 343/17, NJW 2019, 2615 Rdnr. 17). Für das Revisionsverfahren ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts zudem davon auszugehen, dass die Beklagte die Stellplätze tatsächlich für eigene Zwecke nutzt und damit im Sinne des § 1020 Satz 2 BGB hält (vgl. zu dieser Voraussetzung Senat, Urteil vom 17.12.2010, V ZR 125/10, NJW 2011, 1351 Rdnr. 14).

7 b) Der Verpflichtung, die Anlage in ordnungsgemäßem Zustand zu halten, kann der Dienstbarkeitsberechtigte nur entsprechen, wenn er die Anlage ordnungsgemäß unterhält und erforderlichenfalls auch instandsetzt (Senat, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115, 121.) Zur Unterhaltung der Anlage ist er aber nicht uneingeschränkt, sondern nur in dem Umfang verpflichtet, wie es das Interesse des Eigentümers erfordert. Damit ist nicht jedes Interesse des Eigentümers gemeint, sondern nur sein Integritätsinteresse. Der Berechtigte ist nur verpflichtet, von der Anlage ausgehende Beeinträchtigungen des Eigentums zu vermeiden, die Verkehrssicherheit sicherzustellen und ggf. auch für ein ordentliches Aussehen der Anlage zu sorgen. Die Grenze bildet das Interesse des Eigentümers an der Benutzung seines Grundstücks (vgl. Senat, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115, 122). Kommt der Dienstbarkeitsberechtigte seiner Pflicht aus § 1020 Satz 2 BGB nicht nach und nimmt der Eigentümer die Maßnahmen selbst vor, handelt es sich

nach der Rechtsprechung des Senats um eine berechtigte Geschäftsführung ohne Auftrag, die dem Eigentümer gemäß § 683 Satz 1 BGB, § 670 BGB das Recht gibt, von dem Dienstbarkeitsberechtigten die Kosten für die bereits vorgenommenen Maßnahmen zu verlangen, soweit dieser nicht widersprochen hat. Hat der Dienstbarkeitsberechtigte widersprochen, ist er gemäß den § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1, 2 BGB zum Schadensersatz verpflichtet (vgl. Senat, Urteil vom 12.11.2004, V ZR 42/04, BGHZ 161, 115, 124).

8 c) Besteht die Grunddienstbarkeit – wie hier – an dem Sondereigentum eines Wohnungseigentümers, kann der Sondereigentümer die Kosten für die erforderliche Unterhaltung und ggf. für die Instandsetzung der Anlage unmittelbar aus dem Begleitschuldverhältnis verlangen, das zwischen ihm und dem Dienstbarkeitsberechtigten besteht und seinen Ausdruck unter anderem in der Unterhaltungspflicht des § 1020 Satz 2 BGB findet (vgl. Senat, Urteil vom 8.3.2019, V ZR 343/17, NJW 2019, 2615 Rdnr. 11). Ein Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder aus § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1, 2 BGB scheidet demgegenüber aus, weil der Dienstbarkeitsberechtigte im Hinblick auf das Gemeinschaftseigentum nicht zu der eigenen Durchführung von Unterhaltungsmaßnahmen berechtigt ist.

9 d) Wie das Berufungsgericht richtig sieht, gehört die Bildung von Rücklagen für zukünftige Erhaltungs- und Instandhaltungsmaßnahmen aber nicht zu der Pflicht des Dienstbarkeitsberechtigten, die Anlage im ordnungsgemäßen Zustand zu erhalten.

10 aa) Bereits entschieden hat der Senat dies für den Fall, dass eine Grunddienstbarkeit (Geh- und Fahrrecht) an dem im Gemeinschaftseigentum stehenden Grundstück (Privatstraße) bestellt war und die Wohnungseigentümergeinschaft als gesetzliche Prozesstandschafterin für die Wohnungseigentümer von dem Dienstbarkeitsberechtigten im Hinblick auf die künftige Unterhaltung der Privatstraße die Zahlung einer Instandhaltungsrücklage verlangte. Hierfür fehlt es an einer Anspruchsgrundlage; § 1020 Satz 2 BGB gibt einen solchen Anspruch nicht her (vgl. Senat, Urteil vom 17.12.2010, V ZR 125/10, NJW 2011, 1351 Rdnr. 12).

11 bb) Entgegen der Auffassung der Revision gilt nichts anderes, wenn – wie hier – die Erstattung einer von einem Wohnungseigentümer als Dienstbarkeitsverpflichteten bereits erbrachten Zahlung auf die Instandhaltungsrücklage verlangt wird. Ist das Sondereigentum mit einer Grunddienstbarkeit belastet, kann der Sondereigentümer von dem Dienstbarkeitsberechtigten, der auf der Fläche des belasteten Sondereigentums eine Anlage hält (hier: Tiefgaragenstellplätze), die von ihm an die Wohnungseigentümergeinschaft auf die Instandhaltungsrücklage erbrachten Zahlungen nicht erstattet verlangen.

12 (1) In dem Rechtsverhältnis zwischen dem Verpflichteten und dem Berechtigten einer Grunddienstbarkeit ergeben sich die auf eine Anlage bezogenen Pflichten aus § 1020 Satz 2 BGB, wenn es – wie hier – an einer abweichenden Vereinbarung (§ 1021 Abs. 1 BGB) fehlt. Die Bildung von Rücklagen dient nicht der Unterhaltung der Anlage, sondern hat die Funktion, Vorsorge für den Fall zu treffen, dass in Zukunft für eine

dann erforderlich werdende Erhaltungsmaßnahme die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen. Die Pflicht zu einer solchen Vorsorgemaßnahme ergibt sich aus § 1020 Satz 2 BGB indessen nicht. Ist der Dienstbarkeitsberechtigte im Zeitpunkt des Erfordernisses einer Erhaltungsmaßnahme aus finanziellen Gründen nicht in der Lage, diese durchzuführen, realisiert sich vielmehr das allgemeine Risiko jedes (ungesicherten) Gläubigers, dass sein Schuldner nicht leistungsfähig ist. Nichts anderes folgt daraus, dass der Eigentümer die von ihm aufgewendeten Kosten einer Haftpflichtversicherung, wenn und soweit mit ihr die Risiken der Verletzung der dem Dienstbarkeitsberechtigten für die Anlage obliegenden Verkehrssicherungspflicht abgedeckt werden, erstattet verlangen kann. Der Abschluss einer solchen Versicherung mit der hiermit verbundenen – nicht erst zukünftig anfallenden – Prämienzahlung ist Bestandteil der Unterhaltungspflicht im Sinne des § 1020 Satz 2 BGB (vgl. Senat, Urteil vom 8.3.2019, V ZR 343/17, NJW 2019, 2615 Rdnr. 21, 26).

13 (2) Rechtlich unerheblich für das Rechtsverhältnis des Eigentümers und des Dienstbarkeitsberechtigten ist das Verhältnis, in dem der Berechtigte zu einem Dritten steht. Dass der Wohnungseigentümer, dessen Sondereigentum mit einer Grunddienstbarkeit belastet ist, gegenüber der Wohnungseigentümergeinschaft zu Zahlungen auf eine Instandhaltungsrücklage verpflichtet ist (vgl. § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG a. F. und ab dem 1.12.2020: § 19 Abs. 2 Nr. 4 WEG), hat nicht eine entsprechende Pflicht des Dienstbarkeitsberechtigten gegenüber dem Sondereigentümer zur Folge. Insoweit muss auch berücksichtigt werden, dass die Instandhaltungsrücklage nicht zwingend für eine Instandsetzung der auf dem Grundstück gehaltenen Anlage – hier: der Tiefgarage – verwendet werden muss, sondern auch für sonstige Maßnahmen am Gemeinschaftseigentum herangezogen werden kann. Unabhängig davon kann es für die aus § 1020 Satz 2 BGB folgende Unterhaltungspflicht keine Rolle spielen, ob es sich bei dem Dienstbarkeitsverpflichteten um einen Alleineigentümer handelt – dann gibt es für eine Pflicht zur Rücklagenbildung von vorneherein keine Grundlage – oder um einen Sondereigentümer, der Mitglied in einer Wohnungseigentümergeinschaft ist und (nur) aufgrund dieser Mitgliedschaft besonderen Pflichten unterliegt.

14 (3) Der Sondereigentümer – hier die Klägerin – ist darauf beschränkt, von dem Dienstbarkeitsberechtigten Ersatz der tatsächlich angefallenen Instandhaltungs- und Instandsetzungskosten zu verlangen. Wenn die Wohnungseigentümergeinschaft, der die Klägerin angehört, die von der Grunddienstbarkeit erfassten Tiefgaragenstellplätze instandsetzt, kann die Klägerin den Betrag, der für die Instandsetzung anfällt, anteilig von der Beklagten erstattet verlangen, allerdings nur in dem Umfang, wie ihr Integritätsinteresse (vgl. oben Rdnr. 7) betroffen ist. Dies gilt unabhängig davon, ob die Wohnungseigentümergeinschaft die anfallenden Kosten aus der Instandhaltungsrücklage begleicht oder auf sonstige Mittel der Gemeinschaft zurückgreift, etwa auf eine Sonderumlage. Der von der Klägerin mit der Revision angeführte Nachteil, dass bei ihr die Kosten bereits zuvor in Form der Rücklage angefallen seien, beruht auf den Besonderheiten des Wohnungseigentumsrechts. Diese rechtfertigen es nicht, die in § 1020 Satz 2 BGB normierten Pflichten zulasten des Dienstbarkeitsberechtigten erweiternd auszulegen, auch wenn es für

die Klägerin „komfortabler“ wäre, die von ihr aufgewandten Kosten für die Instandhaltungsrücklage unmittelbar an die Beklagte weiterzureichen.

15 2. Die Feststellungsklage hat das Berufungsgericht ebenfalls zu Recht abgewiesen, allerdings nur im Ergebnis. Die Klage ist nicht unzulässig, sondern unbegründet.

16 a) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts liegen die Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 256 Abs. 1 ZPO vor.

17 aa) Die von der Klägerin beantragte Feststellung, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr pro Kalenderjahr die TG-Rücklagenzuführung anteilig zu erstatten – nur darum geht es noch in dem Revisionsverfahren – ist hinreichend bestimmt und betrifft ein gegenwärtiges Rechtsverhältnis. Hierfür reicht es aus, dass die zwischen den Parteien des Rechtsstreits bestehenden Beziehungen schon zur Zeit der Klageerhebung wenigstens die Grundlage bestimmter Ansprüche bilden (vgl. BGH, Urteil vom 23.9.1987, IVa ZR 59/86, NJW 1988, 774). So liegt es hier, weil zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Dienstbarkeitsberechtigten ein Rechtsverhältnis besteht, aus dem sich die Unterhaltungspflicht gemäß § 1020 Satz 2 BGB ergibt. Hierauf stützt die Klägerin ihren Anspruch auf Erstattung künftiger Zahlungen auf die Instandhaltungsrücklage.

18 bb) Die Klägerin hat auch ein berechtigtes Interesse an der beantragten Feststellung. Ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und wenn das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen. Bei einer behauptenden Feststellungsklage liegt eine solche Gefährdung in der Regel – und auch hier – schon darin, dass der Beklagte das Recht des Klägers ernstlich bestreitet (vgl. Senat, Urteil vom 7.2.1986, V ZR 201/84, NJW 1986, 2507 m. w. N.). Mit der von der Klägerin erstrebten Feststellung wäre der Streitpunkt hinsichtlich der grundsätzlichen Erstattungsfähigkeit von Zahlungen auf die Rücklage abschließend geklärt und dem späteren Streit der Parteien endgültig entzogen. Darauf, ob die Beklagte bei Feststellung einer Leistungspflicht dem Grunde nach in Zukunft zur Leistung bereit ist, kommt es für das Vorliegen eines berechtigten Interesses an der Feststellung entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht an.

19 b) Die Feststellungsklage ist aber unbegründet. Wie ausgeführt, hat die Klägerin keinen Anspruch auf Erstattung der von ihr auf die Instandhaltungsrücklage erbrachten Zahlungen.

20 c) Der Senat ist zu einer entsprechenden Änderung des Berufungsurteils befugt. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH kann das Rechtsmittelgericht ein die Klage als unzulässig abweisendes Prozessurteil – Entscheidungsreife wie hier vorausgesetzt – auch dann durch ein sachabweisendes Urteil ersetzen, wenn nur der Kläger das Rechtsmittel eingelegt hat. Eine Schlechterstellung des Rechtsmittelklägers ist hiermit nicht verbunden, weil diesem durch die Abweisung der Klage als unzulässig keine Rechtsposition irgendwelcher Art zuerkannt worden war (vgl. nur BGH, Urteil vom 21.4.1988, VII ZR 372/86, BGHZ 104, 212, 214 m. w. N.).

21 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO.

2. Zulässigkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit betreffend Vertrieb von Getränken

OLG München, Beschluss vom 24.2.2021, 34 Wx 458/20, mitgeteilt von Dr. **Andreas Stegbauer**, Richter am OLG München

BGB §§ 1018, 1090 Abs. 1
GBO § 35 Abs. 1

LEITSATZ:

Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, nach der der Vertrieb von Getränken auf dem belasteten Grundstück untersagt ist, ist inhaltlich unzulässig, soweit sie von der Berechtigten hergestellte oder vertriebene Getränke im Ergebnis von dem Verbot ausnimmt.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 ist als Eigentümerin von Grundbesitz im Grundbuch eingetragen.

2 An dem in X gelegenen Grundbesitz ist seit 20.3.2007 in Abt. II unter Nr. 7 für die Beteiligte zu 2, die damals noch unter „X-Brauerei Aktiengesellschaft“ firmierte, unter Bezugnahme auf notarielle Urkunden vom 17.12.1987, 18.9.1989 und 28.2.1991 eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit in Gestalt einer Gewerbebetriebsbeschränkung eingetragen. Diese Eintragung beruht auf der in der notariellen Urkunde vom 1.3.2007 (Vertrag über den Kauf eines Erbbaugrundstücks) unter Ziffer VII. 1. i. V. m. Anlage 4 vereinbarten und bewilligten Erstreckung einer zuvor an einem Erbbaurecht bestellten Dienstbarkeit, bezüglich derer auf Anlage 2 Abschnitt C § 3 der notariellen Urkunde vom 17.12.1987 (Angebot der Einräumung eines Erbbaurechts) Bezug genommen wird. Hiernach beinhaltet die Dienstbarkeit die Verpflichtung,

„(Satz 1) (...) gegenüber der X.-Brauerei Aktiengesellschaft mit dem Sitz in X (...), nur mit deren Zustimmung (...)

1. Biere aller Art (...), ferner

2. alkoholfreie Getränke jeder Art (...), sowie

3. sonstige Brauereierzeugnisse, welche die genannte Gesellschaft herstellt oder vertreibt, und zwar jeweils, zu vertreiben, herzustellen, auszuschenken oder sonst abzugeben oder zu lagern, und dies alles auch nicht durch Dritte vornehmen zu lassen.

(Satz 2) Ausgenommen vom Verbot ist der Vertrieb der Getränke aller Art von fremden Firmen, wenn (...) ein Lebensmittelmarkt bzw. Laden betrieben wird (im Laden).

(Satz 3) Dies gilt jedoch nicht für den Vertrieb von Getränken anderer Xer Brauereien.

(Satz 4) Getränke aller Art von anderen Xer Brauereien dürfen also auch in diesem Fall nicht vertrieben werden ohne Zustimmung (...).“

3 Ziffer XIII. 1. der Urkunde vom 1.3.2007 lautet:

„Für den Fall, daß Bestimmungen dieser Urkunde unwirksam sind oder werden, vereinbaren die Parteien, daß diese Bestimmungen durch wirksame Bestimmungen ersetzt werden sollen, die der unwirksamen Bestimmungen wirtschaftlich und rechtlich in zulässiger Weise am nächsten kommen.“

4 Der eigene Brauereibetrieb der Beteiligten zu 2 ist mittlerweile eingestellt. Die Rechte an allen ehemals von ihr gehaltenen Getränkemarken erwarb die Brauerei X.

5 Am 9.7.2019 hat die Beteiligte zu 1 über ihren Verfahrensbvollmächtigten die Löschung der Dienstbarkeit mit der Begründung beantragt, diese sei ihrem Inhalt nach unzulässig. Zumindest sei das Grundbuch unrichtig, weil die Dienstbarkeit erloschen sei, da die Beteiligte zu 2 sich mittlerweile nur noch im Wirtschaftszweig der Vermietung und Verpachtung eigener oder geleaster Grundstücke betätige.

6 Die Zwischenverfügung, mit der das Grundbuchamt der Beteiligten zu 1 die Vorlage einer Löschungsbewilligung der Beteiligten zu 2 aufgegeben hatte, hat der Senat mit Beschluss vom 2.1.2020, 34 Wx 394/19, aus formalen Gründen aufgehoben. Am 6.5.2020 hat das Grundbuchamt sodann den Antrag auf Löschung der Gewerbebetriebsbeschränkung zurückgewiesen.

7 Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbvollmächtigten vom 20.5.2020 hat die Beteiligte hiergegen Beschwerde eingelegt mit dem Antrag, das Grundbuchamt unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses vom 6.5.2020 anzuweisen, dem diesseitigen Antrag aus dem Schriftsatz vom 9.7.2019 entsprechend die beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu löschen, sofern erforderlich, nach Anhörung der Beteiligten zu 2 innerhalb einer Frist von maximal zwei Monaten, hilfsweise das Grundbuchamt unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses vom 6.5.2020 anzuweisen, in Spalten 6 und 7 der Abt. II des Grundbuchs sinngemäß einzutragen, dass die Sätze 3 und 4 der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (Ifd. Nr. 7 der Spalte 1) von Amts wegen als inhaltlich unzulässig gelöscht wurden, sofern erforderlich, nach Anhörung der Beteiligten zu 2 innerhalb einer Frist von maximal zwei Monaten.

8 Der Senat hat die Entscheidung vom 6.5.2020 mit Beschluss vom 7.9.2020, 34 Wx 218/20, ebenfalls aufgehoben und die Sache zur erneuten Durchführung des Abhilfeverfahrens an das Grundbuchamt zurückgegeben. Dabei hat der Senat ausgeführt, die Eintragung der Dienstbarkeit in Gestalt der Sätze 3 und 4 der Anlage 4 zur Bewilligungsurkunde, in denen der Vertrieb von Getränken anderer Xer Brauereien in einem Lebensmittelmarkt oder in einem Laden ohne Zustimmung der Beteiligten zu 2 untersagt wird, sei nach ihrem Inhalt unzulässig i. S. v. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO und somit zu löschen. Durch die Belastung werde nicht das Eigentumsrecht an dem Grundstück berührt; eingeschränkt sei die Beteiligte zu 1 vielmehr in ihrer persönlichen Freiheit oder in der Freiheit ihres Gewerbebetriebs. Daran ändere auch die gewählte Konstruktion eines allgemeinen Verbots mit Ausnahmevorbehalt, der wiederum im Wege einer Rückausnahme eingeschränkt werde, nichts. Eine Handlung i. S. v. § 1018 Alt. 2 BGB sei daher nicht gegeben. Sei die Eintragung demnach hinsichtlich der Sätze 3 und 4 der Anlage 4 zur Bewilligungsurkunde ihrem

Inhalt nach unzulässig und damit zu löschen, so werde das Grundbuchamt des Weiteren im Hinblick auf § 139 BGB zu prüfen haben, ob die Eintragung im Übrigen bestehen bleibe. Ergänzend wies der Senat darauf hin, dass der Beteiligten zu 2 rechtliches Gehör zu gewähren sei.

9 Die daraufhin vom Grundbuchamt angehörte Beteiligte zu 2 widerspricht den Ausführungen des Senats zur Unzulässigkeit der Dienstbarkeit in den Sätzen 3 und 4 mit der Begründung, die Dienstbarkeit insgesamt bezwecke die Unterlassung des Vertriebs bzw. Verkaufs von Getränken faktisch aller Xer Brauereien als Einschränkung der Benutzungsfreiheit des belasteten Grundstücks. An der Zulässigkeit einer derartigen Beschränkung bestünden keine Zweifel. Sie bedeute im Ergebnis nur, dass der Verkauf der genannten Getränke unter Zustimmungsvorbehalt stehe. Dass sie mit der damaligen Formulierung auf ihre Produkte bezogen quasi die Zustimmung erteilt habe, verändere den Inhalt der Dienstbarkeit nicht ins Unzulässige. Selbst eine Teilnichtigkeit würde nach der salvatorischen Ersetzungsklausel der Bezugsurkunde nicht zur Unwirksamkeit der gesamten Bestimmung führen. § 139 BGB sei im Grundbuchberichtigungsverfahren nicht anwendbar. Die Dienstbarkeit sei auch nicht ohnehin vollständig erloschen. Zur Bestellung und Aufrechterhaltung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit reiche ein bloßes schutzwürdiges Interesse des Berechtigten, das nicht einmal ein eigenes sein müsse. Sie sei als Gesellschaft in die X Getränke AG eingebunden. Niemand hindere sie – die Beteiligte zu 2 – an der Wiederaufnahme eines Brauereibetriebs oder der Aufnahme eines Getränkehandels. In ihrem Eigentum befänden sich auch diverse Gaststätten. Sie wolle sich die Option offenhalten, diese selbst mit Getränken beliefern zu können. Die Dienstbarkeit schütze sie vor der unkontrollierten Errichtung eines in Wettbewerb zu eigenen Gaststätten tretenden Betriebs. Aber selbst bei Eröffnung eines solchen biete die Dienstbarkeit Vorteile. Schließlich habe sie seinerzeit im Rahmen des Vertragsschlusses mit der Brauerei X dieses das Nutzungsrecht an der Dienstbarkeit überlassen, die sich im Gegenzug verpflichtet habe, sie an etwaigen finanziellen Vorteilen hieraus partizipieren zu lassen.

10 Mit Beschluss vom 16.11.2020 hat das Grundbuchamt wiederum der Beschwerde vom 20.5.2020 nicht abgeholfen und auch eine Teillöschung der Dienstbarkeit hinsichtlich der Sätze 3 und 4 abgelehnt. Das Grundbuchamt teile die Auffassung des Senats nicht, nach der die Vereinbarungen in den Sätzen 3 und 4 als unzulässig betrachtet würden. Es bedürfe einer Beurteilung und Auslegung des gesamten Inhalts der Dienstbarkeit. Dies sei stets Aufgabe des Grundbuchamts. Die Beurteilung und Auslegung könne nur zu dem Ergebnis führen, dass sich das Verbot in den Sätzen 3 und 4 auf alle Xer Brauereien beziehe. Gleichzeitig habe die Berechtigte die Zustimmung erteilt für ihre eigenen Produkte. Dies dürfe nicht zu einer Unzulässigkeit der Dienstbarkeit führen. Der Gegenstand des im Handelsregister eingetragenen Unternehmens sei unverändert. Das Grundbuch sei durch die Veräußerung von Marken und Patenten nicht unrichtig geworden.

11 Die Beteiligte zu 1 ist weiterhin der Ansicht, die Gewerbebetriebsbeschränkung sei zumindest teilweise von Amts wegen zu löschen und das Grundbuchamt hierzu vom Beschwer-

degericht anzuweisen. Das Grundbuchamt gehe rechtsirrig und entgegen der eindeutig geäußerten Auffassung des erkennenden Senats davon aus, dass eine teilweise Löschung der Gewerbebetriebsbeschränkung nicht in Betracht komme. Das Verbot in den Sätzen 3 und 4 beziehe sich schon dem Wortlaut nach und im Übrigen denklösig nicht auf alle Xer Brauereien, sondern nur auf alle anderen Xer Brauereien. Dabei bringe die Dienstbarkeit nicht zum Ausdruck, dass eine bestimmte Art von Getränken nicht vertrieben und gelagert werden dürfe, sondern die Getränke einzelner Xer Brauereien. Schließlich sei § 139 BGB durchaus auf Grundbucheintragungen anwendbar, lediglich die dort vorgenommene Beweislastverteilung finde im Berichtigungsverfahren keine Anwendung. Bei der amtswegigen Löschung spiele dies aber überhaupt keine Rolle. Zu Unrecht stütze sich das Grundbuchamt auf die pflichtwidrig unterlassene registerliche Änderung des Unternehmensgegenstands. Die nicht näher erörterte Einbindung in die X AG vermöge kein fortbestehendes Interesse an der Dienstbarkeit zu begründen. Eine entfernte Möglichkeit der Wiederaufnahme der Brauereitätigkeit genüge nicht. Es sei auch nicht dargelegt, wie die Erlaubnis zum Ausschank bzw. Vertrieb von Getränken zu einer unkontrollierten Errichtung von Gaststättenbetrieben auf dem Grundstück oder zu einer Wettbewerbssituation zulasten der Beschwerdegegnerin führen könne. Auf ein etwaiges Interesse der Brauerei X sei gerade nicht abzustellen. Folglich sei es auch unerheblich, dass angeblich mit dieser Absprachen getroffen wurden, deren Nachweis die Beschwerdegegnerin ebenfalls schuldig bleibe.

12 II. Die zulässige Beschwerde ist zum Teil begründet.

13 1. Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie statthaft. Soweit sich die Beteiligte zu 1 gegen die Zurückweisung des Löschantrags nach § 22 GBO wendet, richtet sich das Rechtsmittel gegen eine Entscheidung i. S. v. § 71 Abs. 1 GBO. Soweit die Beteiligte zu 1 „hilfsweise“ die teilweise Löschung nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO begehrt, ist die beschränkte Beschwerde gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 GBO gegeben. Ein echter Hilfsantrag im Sinne eines bedingten Begehrens ist darin nicht zu sehen, sondern eine Klarstellung, dass auch eine bloße Teillöschung gewollt ist.

14 2. Die Beschwerde hat in der Sache teilweise Erfolg.

15 a) Im Umfang der Bezugnahme auf Anlage 2 Abschnitt C § 3 Sätze 3 und 4 der notariellen Urkunde vom 17.12.1987 ist die Dienstbarkeit zu löschen.

16 Hat das Beschwerdegericht die Entscheidung des Grundbuchamts aufgehoben und die Sache an dieses zurückgegeben oder zurückverwiesen, so ist die rechtliche Beurteilung, auf der die Aufhebung beruht, bindend (BayObLGZ 1974, 18, 21; Senat vom 2.10.2008, 34 Wx 33/08, FGPrax 2009, 12, 13; OLG Hamm, NJW 1970, 2118; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 77 Rdnr. 28; *Hügel/Kramer*, GBO, 4. Aufl., § 77 Rdnr. 70; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 512). Hier hat der Senat im Beschluss vom 7.9.2020 erläutert, dass die fraglichen Sätze 3 und 4 eine ihrem Inhalt nach unzulässige Eintragung i. S. v. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO bedingen. Ob diese Ausführungen an der Bindungswirkung teilhaben oder es dem Grundbuchamt freistand, insoweit eine abweichende Auffas-

sung zu vertreten und mit dieser Begründung der Beschwerde weiterhin nicht abzuhelfen, kann offenbleiben. Der Senat hält jedenfalls an seiner bereits geäußerten Rechtsansicht fest.

17 Gemäß § 1090 Abs. 1 i. V. m. § 1018 Alt. 2 BGB kann ein Grundstück durch eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit u. a. in der Weise belastet werden, dass auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen. So kann zwar das Verbot, Getränke schlechthin oder alkoholische Getränke oder auch nur Bier auf einem Grundstück herzustellen, zu lagern, zu vertreiben, auszuschenken oder sonst abzugeben, als Beschränkung nicht der rechtlichen Verfügungsfreiheit, sondern der Benutzung des Grundstücks in tatsächlicher Hinsicht nach ständiger Rechtsprechung zum Inhalt einer Dienstbarkeit gemacht werden (BGHZ 74, 293; NJW 1988, 2364; 1981, 343, 344; 1962, 486; BayObLGZ 1997, 129, 133; 1985, 290; OLG Karlsruhe NJW 1986, 3212). Um derartige Beschränkungen des Grundeigentums handelt es sich hier aber nicht. Der Beteiligten zu 1 wird durch das Zusammenspiel der Sätze 1 bis 4 der Dienstbarkeit nicht unter allen Umständen untersagt, auf dem Grundstück Getränke zu vertreiben. Sie wird vielmehr dahin gehend eingeschränkt, dass keine Getränke anderer ortsansässiger Brauereien als der Beteiligten zu 2 vertrieben werden dürfen. Daraus ergibt sich aber keine verschiedenartige Benutzung des Grundstücks; die Einwirkung auf dieses ist die gleiche, ob nun Getränke der Beteiligten zu 2 oder einer anderen Brauerei vertrieben werden. Beschränkt wird durch die Dienstbarkeit im Ergebnis die Befugnis zur freien Auswahl des Lieferanten. Diese Befugnis ist aber nicht Ausfluss des Eigentumsrechts an dem Grundstück. Durch die Belastung wird also nicht das Eigentumsrecht an dem Grundstück berührt; eingeschränkt ist die Beteiligte zu 1 vielmehr in ihrer persönlichen Freiheit oder in der Freiheit ihres Gewerbebetriebs (vgl. BayObLG, *Rpfleger* 1972, 18, 20; BayObLGZ 1952, 287, 288; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1222). Daran ändert die gewählte Konstruktion eines allgemeinen Verbots mit Ausnahmeverbehalt, der wiederum im Wege einer Rückausnahme eingeschränkt wird, ebenso wenig wie die Möglichkeit eines Dispenses durch Zustimmung der Beteiligten zu 2. Eine Handlung i. S. v. § 1018 Alt. 2 BGB ist daher nicht gegeben. Dies galt auch schon in dem für die Beurteilung der inhaltlichen (Un-)Zulässigkeit maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung der Dienstbarkeit (vgl. Senat vom 15.7.2019, 34 Wx 264/17, FGPrax 2019, 203, 205) im Jahr 2007, wie sich aus den oben zitierten Entscheidungen des BayObLG ergibt.

18 b) Im Übrigen bleibt das Begehren ohne Erfolg, da die Voraussetzungen für die Löschung der Dienstbarkeit im Umfang der Bezugnahme auf Anlage 2 Abschnitt C § 3 Sätze 1 und 2 der notariellen Urkunde vom 17.12.1987 nicht gegeben sind.

19 aa) Insofern liegt keine ihrem Inhalt nach per se unzulässige Eintragung i. S. v. § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO vor. Wie unter a) ausgeführt, kann das Verbot des Vertriebs etc. von Getränken per se, alkoholischen Getränken oder auch nur Bier auf einem Grundstück als Beschränkung der Benutzung des Grundstücks in tatsächlicher Hinsicht zum Inhalt einer Dienstbarkeit gemacht werden. Unter diesem Aspekt bestehen somit keine Bedenken gegen die Zulässigkeit der entsprechenden allgemeinen Regelung in Satz 1 des unter I. abgedruckten Urkun-

denauszugs. Die in Satz 2 getroffene Ausnahme für den Vertrieb in einem Lebensmittelmarkt oder Laden ändert hieran nichts, da sie ihrerseits eine bestimmte Benutzung betrifft.

20 bb) Auch ist die Bestellung der Dienstbarkeit insoweit nicht analog § 139 BGB unwirksam und somit das Grundbuch nicht i. S. v. § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO unrichtig.

21 Gemäß § 139 BGB führt die Nichtigkeit eines Teils der vertraglichen Regelungen zur Nichtigkeit des gesamten Rechtsgeschäfts, wenn nicht anzunehmen ist, dass es auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Dieser Grundsatz ist auf die Bestellung von Dienstbarkeiten entsprechend anzuwenden (vgl. BGH, NJW 2019, 2016, 2018). Dabei ist zu beachten, dass die in § 139 BGB vorgenommene Beweislastverteilung im Grundbuchverfahren nicht gilt (BayObLG, DNotZ 1997, 727; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 37; *Hügel/Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 61). Eine bloße Teilnichtigkeit mit der Folge der Geltung der Regelung im Übrigen ist gegeben, wenn nach Entfernung des unwirksamen Teils ein Vertragsinhalt verbleibt, der auch für sich allein einen Sinn behält (BGH, NJW 2019, 2016, 2018; MünchKomm-BGB/*Busche*, 8. Aufl., § 139 Rdnr. 15). Insoweit ist auf den Parteilwillen abzustellen (BGH, a. a. O.; BeckOGK-BGB/*Jakl*, Stand: 1.11.2020, § 139 Rdnr. 65).

22 Nach diesen Maßstäben ist trotz der bereits festgestellten Unzulässigkeit der in den Sätzen 3 und 4 getroffenen Regelungen von der Wirksamkeit der Dienstbarkeitsbestellung, soweit sie auf den Sätzen 1 und 2 beruht, auszugehen. Das seinerzeit von der Beteiligten zu 2 verfolgte Ziel, den Vertrieb etc. von Konkurrenzprodukten weitgehend zu unterbinden, ist auch im Falle einer bloßen Teilwirksamkeit der Dienstbarkeit in dem beschriebenen Umfang zu erreichen. Das in Satz 1 enthaltene pauschale Verbot des Vertriebs etc. von Bieren, alkoholfreien Getränken sowie sonstigen Brauereierzeugnissen, welche die Beteiligte zu 2 ebenfalls herstellte oder vertrieb, von dem nur der Verkauf in einem Lebensmittelmarkt oder Laden gemäß Satz 2 ausgenommen war, war zur Erreichung dieses Ziels insofern geeignet, als die Beteiligte zu 2 etwa schuldrechtlich auf die Ausübung des dinglichen Rechts hätte verzichten und dies wiederum an den Abschluss eines Bezugsvertrags hätte knüpfen können (vgl. BGH, NJW 1979, 2150, 2151; BeckOGK-BGB/*Kazele*, § 1090 Rdnr. 44). Dass im Falle der Ungültigkeit einer Bestimmung der Vertrag gleichwohl im Übrigen so weit wie möglich seine Geltung behalten sollte, geht bereits aus Ziffer XIII. 1. der Urkunde vom 1.3.2007 hervor.

23 cc) Ebensowenig ist in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen, dass die Dienstbarkeit durch die Einstellung des Brauereibetriebs und die Veräußerung der Markenrechte seitens der Beteiligten zu 2 erloschen ist. Somit ist das Grundbuch auch nicht aus diesem Grund i. S. v. § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO erwiesenermaßen unrichtig.

24 Unrichtig in diesem Sinne ist das Grundbuch, 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, d. h. der materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt (BayObLG, Rpfleger 1988, 254, 255; Senat vom 21.11.2018, 34 Wx 105/18, FGPrax 2019, 60, 61; *Demharter*, GBO, § 22

Rdnr. 4; *Hügel/Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 25; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 356).

25 Der Nachweis hierfür ist in der Form des § 29 GBO zu führen (BayObLGZ 1988, 525; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 37; *Hügel/Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 65; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 369a). An ihn sind strenge Anforderungen zu stellen; ein gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht (BayObLGZ 1995, 413, 415; Senat vom 30.3.2015, 34 Wx 19/15, FGPrax 2015, 159/160; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 37; *Hügel/Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 59; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 369).

26 Gemäß § 1019 Satz 1 BGB setzt die Bestellung einer Grunddienstbarkeit voraus, dass sie für die Benutzung des Grundstücks des Berechtigten einen – materiellen oder immateriellen – Vorteil bietet. Dieses Erfordernis bestimmt nach Satz 2 der Vorschrift auch die inhaltlichen Grenzen der Grunddienstbarkeit. Auf die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist § 1019 BGB jedoch nicht entsprechend anwendbar. Denn diese Bestimmung ist von dem in § 1090 Abs. 2 BGB enthaltenen Verweis auf die für die Grunddienstbarkeit geltenden Vorschriften ausgenommen. Auch aus § 1091 BGB lässt sich nicht ableiten, dass das Vorliegen eines schutzwürdigen Interesses des Berechtigten zwingende Voraussetzung für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist. Zwar bestimmt sich gemäß dieser Vorschrift der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit im Zweifel nach den persönlichen Bedürfnissen des Berechtigten, hierdurch wird aber nicht festgelegt, unter welchen Voraussetzungen eine solche entstehen kann. Vielmehr beinhaltet § 1091 BGB lediglich eine Auslegungsregel für den Fall, dass hinsichtlich des Umfangs einer bestehenden beschränkten persönlichen Dienstbarkeit Zweifel bestehen. Dennoch ist allgemein anerkannt, dass die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ein schutzwürdiges Interesse des Berechtigten voraussetzt. Dahinter steht der Gedanke, die Grundbücher vor einer unnötigen Belastung mit der Eintragung inhaltsleerer Rechte zu bewahren. Die Anforderungen an das schutzwürdige Interesse des Berechtigten sind allerdings gering (BeckOGK-BGB/*Kazele*, § 1090 Rdnr. 4). Es muss nicht zwingend ein eigenes Interesse des Berechtigten vorliegen. Vielmehr genügt auch die Förderung fremder Interessen (BGH, NJW 1984, 924; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1091 Rdnr. 2).

27 Ein solches schutzwürdiges Interesse der Beteiligten zu 2 kann sich durchaus aus den von ihr vorgetragene Umständen ergeben. Insbesondere angesichts der Einbindung – wie auch immer sie im Einzelnen ausgestaltet sein mag – in die X Getränke AG ist eine Wiederaufnahme von Herstellung, Vertrieb u. Ä. von Brauereiprodukten keine rein theoretische Option. Auch die Partizipation an finanziellen Vorteilen, welche die Brauerei X aus der Dienstbarkeit zöge, erscheint nicht fernliegend. Diese Möglichkeiten hat die Beteiligte zu 1 nicht ausgeräumt. Dabei verkennt der Senat nicht, dass dies angesichts der hohen inhaltlichen und formalen Anforderungen an die Nachweisführung praktisch auch kaum möglich ist. Der Beteiligten zu 1 steht jedoch der Weg über eine Klage auf Zustimmung zur Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB offen; in einem solchen Rechtsstreit gelten die üblichen Beweislastregeln.

28 III. 1. Eine gesonderte Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens ist nicht erforderlich. Die gerichtlichen Kosten hat die Beteiligte zu 1 als Rechtsmittelführerin zunächst gemäß § 22 Abs. 1 GNotKG schon von Gesetzes wegen zu tragen; die diesbezügliche Haftung ist im Umfang des Erfolgs der Beschwerde gemäß § 25 Abs. 1 GNotKG jedoch erloschen. Anlass zur Überbürdung außergerichtlicher Kosten auf die eine oder die andere Beteiligte gemäß § 81 FamFG besteht angesichts des jeweiligen Teilunterliegens nicht.

29 2. Die Festsetzung des Geschäftswerts für den erfolglosen Teil des Beschwerdeverfahrens beruht auf § 79 Abs. 1, § 61 Abs. 1, § 36 Abs. 3 GNotKG.

30 3. Grund zur Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO besteht nicht.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Tobias Starnecker**,
München

Die Entscheidung des OLG München befasst sich mit der grundbuchrechtlichen Absicherung von Getränkevertriebsverboten – einer Rechtsmaterie, die in regelmäßigen Zeitabständen die deutschen Gerichte beschäftigt.¹ Im Kern betrifft die Entscheidung die Frage der (Un-)Zulässigkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, nach der der Vertrieb von Getränken auf dem belasteten Grundstück untersagt wird, wobei im Ergebnis aufgrund des Zustimmungsvorbehalts der Vertrieb von Getränken der Berechtigten vom Verbot ausgenommen wird. Weiter adressiert die Entscheidung die Problematik des Erlöschens einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit im Fall der Einstellung des Brauereibetriebs samt Veräußerung der Markenrechte. Konkreter Entscheidungsgegenstand des OLG München war die nachfolgende Dienstbarkeit:

„Satz 1: Verpflichtung gegenüber der X.-Brauerei Aktiengesellschaft mit dem Sitz in X., nur mit deren Zustimmung

1. Biere aller Art, ferner
2. alkoholfreie Getränke jeder Art, sowie
3. sonstige Brauereierzeugnisse, welche die genannte Gesellschaft herstellt oder vertreibt, und zwar jeweils, zu vertreiben, herzustellen, auszuschenken oder sonst abzugeben oder zu lagern, und dies alles auch nicht durch Dritte vornehmen zu lassen.

Satz 2: Ausgenommen vom Verbot ist der Vertrieb der Getränke aller Art von fremden Firmen, wenn ein Lebensmittelmarkt bzw. Laden betrieben wird (im Laden).

Satz 3: Dies gilt jedoch nicht für den Vertrieb von Getränken anderer Xer Brauereien.

¹ Statt vieler: BGH, Urteil vom 29.1.1988, V ZR 310/86, MittBayNot 1988, 124; BayObLG, Beschluss vom 7.8.1985, BReg. 2 Z 139/84, DNotZ 1986, 620; OLG Karlsruhe, Urteil vom 14.5.2008, 6 U 122/07, MittBayNot 2009, 228 m. Anm. *Bormann*.

Satz 4: Getränke aller Art von anderen Xer Brauereien dürfen also auch in diesem Fall nicht vertrieben werden ohne Zustimmung.“

1. Kurzüberblick zur grundbuchrechtlichen Absicherung von Getränkevertriebsverboten

Beschränkte persönliche Dienstbarkeiten können nach § 1090 Abs. 1 BGB bestellt werden, um ein Grundstück in der Weise zu belasten, dass derjenige, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt, berechtigt ist, das Grundstück in einzelnen Beziehungen zu benutzen, oder dass ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt einer Grunddienstbarkeit bilden kann. Beschränkte persönliche Unterlassungsdienstbarkeiten sind mithin nach § 1090 Abs. 1 a. E. i. V. m. § 1018 Var. 2 BGB umfasst. Dadurch kann die Rechtsmacht des Grundstückseigentümers dahin gehend eingeschränkt werden, dass auf dem Grundstück gewisse Handlungen nicht vorgenommen werden dürfen. Positive Handlungspflichten dagegen sind kein eintragungsfähiger Gegenstand einer Dienstbarkeit.² Diese können allenfalls als Nebenpflichten zum Inhalt von Dienstbarkeiten vereinbart werden.³

Allgemeine Getränke- bzw. Warenvertriebsverbote, die sich auf Getränke bzw. Waren jeder Art oder einer näher bezeichneten Art beziehen, sind nach stetiger Rechtsprechung des BGH zulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit.⁴ Dabei lässt die Rechtsprechung teils recht kleinteilige Warengattungen zu (zum Beispiel Weißbier⁵ und Geschenkartikel⁶).

Sollen dagegen Waren des Dienstbarkeitsberechtigten von diesem Verbot ausgenommen werden, sind Gestaltungen, die ausdrücklich die Produkte des Dienstbarkeitsberechtigten ausnehmen, unzulässig.⁷ Die dem Eigentümer auferlegte Unterlassungspflicht muss auf eine Beschränkung im tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks gerichtet sein. Sie darf nicht bloß eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit enthalten.⁸ Es handelt sich insofern nicht um eine Beschränkung des Eigentumsrechts, sondern um eine nicht-grundstücksbezogene Beschränkung. Diese führt lediglich zu einer Beeinträchtigung der Gewerbefreiheit, indem die freie Auswahl des Warenlieferanten erschwert bzw. unmöglich gemacht wird.

² BeckOGK-BGB/*Kazele*, Stand: 1.8.2021, § 1018 Rdnr. 299; MünchKomm-BGB/*Mohr*, 8. Aufl. 2020, § 1090 Rdnr. 18.

³ BeckOGK-BGB/*Kazele*, § 1018 Rdnr. 302 ff.

⁴ Statt vieler: BGH, Urteil vom 29.1.1988, V ZR 310/86, MittBayNot 1988, 124; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 1223.

⁵ BayObLG, Beschluss vom 27.3.1997, 2 Z BR 139/96, DNotZ 1998, 122.

⁶ OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.6.2011, 20 W 268/11, NJOZ 2012, 129.

⁷ Grziwotz/Lüke/Saller/*Grziwotz*, Praxishandbuch Nachbarrecht, 3. Aufl. 2020, Kap. 4 Rdnr. 247; BGH, Beschluss vom 30.1.1959, V ZB 31/58, NJW 1959, 670.

⁸ BGH, Beschluss vom 30.1.1959, V ZB 31/58, NJW 1959, 670; BayObLG, Beschluss vom 27.3.1997, 2 Z BR 139/96, DNotZ 1998, 122.

In der Gestaltungspraxis hat sich vor diesem Hintergrund die Kombination aus allgemeinem Vertriebsverbot für bestimmte Waren (zum Beispiel Getränke aller Art) mit flankierenden schuldrechtlichen Vereinbarungen etabliert.⁹

2. Wesentliche Ausführungen des OLG München

Zwar nimmt das OLG München ausgehend von den Grundsätzen über die Zulässigkeit der grundbuchrechtlichen Absicherung von Warenvertriebsverboten an, dass das allgemeine Verbot mit Zustimmungsvorbehalt in Satz 1 der Dienstbarkeit zulässigerweise im Grundbuch eingetragen werden konnte. Denn das Verbot des Vertriebs von Getränken per se, alkoholischen Getränken oder auch nur Bier, auf einem Grundstück kann als Beschränkung der Benutzung des Grundstücks zum rechtmäßigen Inhalt einer Dienstbarkeit gemacht werden. In diesem Kontext betrachtet das Gericht aber auch die in Nr. 3 des Satzes 1 enthaltene Bezugnahme auf sonstige Brauereierzeugnisse, welche die Dienstbarkeitsberechtigten herstellt oder vertreibt, unkritisch als zulässig, ohne dies näher zu untersuchen.

Ebenfalls abweichend von den unter Ziffer 1. dargestellten Grundsätzen nimmt das OLG die Vereinbarkeit des Dienstbarkeitsinhalts gemäß Satz 2 der Dienstbarkeit (Ausnahme für Getränkevertrieb von Getränken aller Art von fremden Firmen in Lebensmittelmärkten bzw. Läden) mit §§ 1090, 1018 BGB an. Ohne auf die Abweichung von den Vorgaben der ständigen Rechtsprechung einzugehen oder diese überhaupt zu nennen, begründet das OLG diesen Aspekt der Entscheidung kurz und knapp mit bloßem Verweis auf die in Bezug genommene bestimmte Benutzung (hier: Vertrieb in einem Lebensmittelmarkt oder Laden).

Kritischer beurteilt das OLG die Dienstbarkeitsteile in Satz 3 und 4, welche sich auf Getränke von anderen ortsansässigen Brauereien beziehen und diese in Form einer Rückausnahme die Bestimmung in Satz 2 der Dienstbarkeit suspendieren: Das OLG führt insofern aus, dass die gewählte Konstruktion aus allgemeinem Verbot (Satz 1 der Dienstbarkeit), Ausnahme (Satz 2 der Dienstbarkeit) und Rückausnahme (Sätze 3 und 4 der Dienstbarkeit) kombiniert mit der allgemeinen Möglichkeit des Dispenses (Satz 1 der Dienstbarkeit) nicht in der Lage sind, eine Handlung im Sinne von § 1018 Alt. 2 BGB anzunehmen. Auf den Pfaden der ständigen Rechtsprechung bleibend, qualifiziert das OLG München mithin diese Teile der Dienstbarkeit als unzulässig, da sie durch die Bezugnahme auf bestimmte Warenlieferanten (hier: andere ortsansässige Brauereien) nicht mehr grundstücksbezogene Beschränkungen aufstellen, sondern bloß eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit enthalten.

Die Aufrechterhaltung der Dienstbarkeit nur in Teilen steht nach den Ausführungen des OLG auch im Einklang mit § 139 BGB. Nach Auffassung des Gerichts, wollten die Parteien jedenfalls den Vertrieb von Konkurrenzprodukten un-

terbinden. Zumal die Berechtigten schuldrechtlich auf das entsprechende Recht verzichten könnten.

Schließlich beschäftigt sich das Gericht noch mit der Rechtsfrage des Erlöschens einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit für den Fall der Einstellung des Brauereibetriebs samt Veräußerung der Markenrechte der Dienstbarkeitsberechtigten. Für die Löschung nach § 22 GBO muss neben dem Auseinanderfallen von formeller und materieller Rechtslage auch der Nachweis in der Form des § 29 GBO erfolgen. Für die beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist mangels direkter bzw. entsprechender Anwendung von § 1019 BGB ein bloßes schutzwürdiges Interesse des Berechtigten genügend. An dessen Vorliegen sind indes keine erhöhten Anforderungen zu stellen. Allein der Umstand der Betriebseinstellung und der Veräußerung der Markenrechte reicht nach Ansicht des Gerichts im vorliegenden Fall nicht aus, das schutzwürdige Interesse bereits entfallen zu lassen, da durch die Einbindung der Dienstbarkeitsberechtigten in die X. Getränke AG die Wiederaufnahme von Herstellung bzw. Vertrieb von Brauereiprodukten nicht nur als rein theoretische Option erscheine. Ferner sei nach dem Gericht eine Partizipation an finanziellen Vorteilen bei Bestehenbleiben der Dienstbarkeit nicht fernliegend. Gleichzeitig gibt das OLG aber zu bedenken, dass bei Anlegen solcher hoher Maßstäbe für das Erlöschen der Dienstbarkeit die Nachweisführung sowohl in inhaltlicher als auch formaler Hinsicht in der Praxis kaum möglich sein wird. Vielmehr bliebe der Belastete sodann auf den Klageweg verwiesen, um seinen Rechten zur Durchsetzung zu verhelfen.

3. Bewertung

Die Entscheidung des OLG München vermag vor dem Hintergrund der unter Ziffer 1 dargestellten Grundsätze zur grundbuchrechtlichen Absicherung von Warenvertriebsverboten nicht zu überzeugen: Es erscheint gar so, als hätte das OLG München in den entscheidenden Passagen der Entscheidung den exakten Wortlaut der Dienstbarkeit nicht zur Kenntnis genommen.

Bereits zu Beginn der Entscheidungsgründe unterläuft dem Gericht eine fehlerhafte Bewertung. Der Annahme der rechtlichen Zulässigkeit des in Satz 1 der Dienstbarkeit enthaltenen allgemeinen Vertriebsverbots kann mit Blick auf die Bestandteile in Satz 1 Nr. 3 nicht gefolgt werden. Zwar würde die in Satz 1 Nr. 1 und 2 der Dienstbarkeit enthaltene Ausgestaltung eines Verbots des Vertriebs von Bieren und alkoholischen Getränken aller Art samt Zustimmungsvorbehalt nach der Rechtsprechung des BGH keinen Bedenken begegnen.¹⁰ Doch übersieht das Gericht, dass die Bezugnahme auf „sonstige Brauereierzeugnisse, welche die Dienstbarkeitsberechtigten herstellt oder vertreibt,“ samt des Zusatzes „und zwar jeweils“ in Satz 1 Nr. 3 der Dienstbarkeit mit den Grundsätzen der Rechtsprechung gerade nicht mehr übereinstimmt.

Nach den oben unter Ziffer 1 dargestellten Leitlinien ist es für Warenvertriebsverbote erforderlich und ausreichend, dass

⁹ Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1232; DNotI-Report 1997, 138; Würzburger Notarhandbuch/Munzig, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 7 Rdnr. 64.

¹⁰ BGH, Urteil vom 13.7.1979, V ZR 122/77, NJW 1979, 2149; krit.: MünchKomm-BGB/Mohr, § 1090 Rdnr. 28.

sich diese auf Waren oder Warengattungen – ohne Ausnahmen für einzelne Unternehmen – beziehen.¹¹ Weiter verlangt der allgemein geltende Bestimmtheitsgrundsatz, dass der Rechtsinhalt einer Dienstbarkeit so genau zu bezeichnen ist, dass der Umfang der Belastung erkennbar und aufgrund bestimmter objektiver Umstände bestimmbar ist.¹² Dabei lässt es die Rechtsprechung ausreichen, wenn der Umfang eines Rechts durch einen objektiv bestimmbareren Bedeutungsinhalt umrissen wird, sofern die höchstmögliche Belastung für einen Dritten erkennbar ist.¹³ Das OLG Frankfurt a. M. führt in seiner Entscheidung zu einem Vertriebsverbot betreffend Geschenkartikel im Kontext des Bestimmtheitsgebots aus, dass letztlich bei jedem Gattungsbegriff ein Definitionsspielraum verbleibt.¹⁴ Damit ist auch ein Bedeutungswandel des Begriffs nicht ausgeschlossen. Aus diesem Grund ist es aus Sicht des OLG Frankfurt a. M. ausreichend, wenn der konkrete Rechtsinhalt aufgrund objektiver Umstände, notfalls in einem Rechtsstreit mit sachverständiger Hilfe, ermittelt werden kann.¹⁵

Sonstige Brauereierzeugnisse sind, ähnlich wie Weißbier oder Geschenkartikel, als Warengattung aufzufassen. Die Dynamisierung der sonstigen Brauereierzeugnisse durch einen zukünftigen Bedeutungswandel ist nach den Ausführungen des OLG Frankfurt a. M. nicht hinderlich. Auch erlaubt die Rechtsprechung vermehrt, dass dynamische Rechtsinhalte eine Absicherung im Grundbuch erfahren (zum Beispiel Bbauungsrecht nach jeweils geltendem öffentlichen Baurecht).¹⁶ Allerdings überschreitet der Dienstbarkeitsinhalt in Satz 1 Nr. 3 gerade diesen gesetzten Rahmen, indem zusätzlich darauf abstellt wird, dass die Brauereierzeugnisse dem Sortiment der Dienstbarkeitsberechtigten angehören. Dadurch verlagert sich der Dienstbarkeitsinhalt in Richtung der freien Auswahl des Warenlieferanten, was von der ständigen Rechtsprechung gerade nicht toleriert wird. Auch ist die Bezugnahme auf das jeweilige Sortiment nicht mit der gestatteten Dynamisierung beispielsweise bei öffentlichrechtlichen Bauvorschriften vergleichbar. Öffentlichrechtliche Bauvorschriften ergeben sich objektiv und klar aus öffentlich zugänglichen Quellen. Das Sortiment des Dienstbarkeitsberechtigten dagegen ist nicht derart leicht feststellbar und überdies läge es lediglich in der Sphäre des Dienstbarkeitsberechtigten, wie sich dieses Sortiment künftig ändert bzw. zusammensetzt. Korrektiv wäre dann einzig und allein der Begriff der Brauereierzeug-

nisse. Mithin könnte der Dienstbarkeitsberechtigte nach freiem Belieben durch Sortimentsänderungen den Inhalt der Dienstbarkeit bestimmen.

Ungeachtet der rechtlichen Unzulässigkeit führt eine solche Klausel auch zu untragbaren Unsicherheiten in der praktischen Rechtsanwendung: Der Grundstückseigentümer bzw. Nutzer müsste jeweils und ständig das Sortiment der Dienstbarkeitsberechtigten überprüfen, um den Umfang des erlaubten bzw. nicht erlaubten Warenvertriebs erkennen zu können.

Auch kann der Einordnung der Zulässigkeit der Bestimmung in Satz 2 der Dienstbarkeit nicht gefolgt werden. Das Gericht übersieht, dass Satz 2 der Dienstbarkeit nicht für Getränke aller Art von jeglichen Unternehmen gelten soll, sondern nach dem Wortlaut der Dienstbarkeit explizit für fremde Firmen. Anders als das Gericht annimmt, führt die bloße Bezugnahme auf eine bestimmte Benutzung in diesem Kontext nicht zur Zulässigkeit nach § 1090 Abs. 1, § 1018 BGB. Würde man die Ausführungen der Entscheidung insofern für zutreffend erachten, könnten an sich unzulässige Getränkevertriebsverbote zulasten fremder Unternehmen durch Bezugnahme auf eine bestimmte Nutzung des Grundstücks (zum Beispiel als Supermarkt, Lebensmittelgeschäft, Gaststätte, Tankstelle, etc.) über die Hintertür Eingang in die Grundbücher finden.

Weiterhin erscheint die Argumentation des Gerichts zur angenommenen Teilnichtigkeit der Dienstbarkeit bei kritischer Würdigung nicht als überzeugend: Das OLG nimmt an, dass vom beiderseitigen Willen jedenfalls die Aufrechterhaltung des uneingeschränkten Warenvertriebsverbots getragen sei und die Berechtigte schuldrechtlich auf die ihr zustehenden Rechte verzichten könne. Das Gericht übersieht dabei allerdings, dass die von ihm zu beurteilende Dienstbarkeit gerade ein Zusammenspiel aus Verbot, Ausnahme und Rückausnahme darstellte, welches die teils gegenläufigen Interessen der Beteiligten abbildete. Ein pauschales Verbot mit Zustimmungsvorbehalt – wie vom Gericht angedeutet – würde aber gerade nicht den Interessen des Grundstückseigentümers entsprechen. Mit dieser Argumentation ließe das OLG zu, dass aus einem eingeschränkten Verbot letztlich ein pauschales Verbot würde. Der Eigentümer wäre mithin auf rein schuldrechtliche Vereinbarungen verwiesen. Diese würden überdies weder dem Einzelrechtsnachfolger des Grundstückseigentümers, es sei denn, eine ausdrückliche Mitübertragung dieser Rechte erfolgte, noch dem Ersteher in der Zwangsversteigerung nützen.

Zudem ist auf Grundlage der Ergebnisse der Entscheidung des OLG München (siehe Ziffer 2) auch aus Sicht des Dienstbarkeitsberechtigten selbst, der durch die Rücknahmen in Sätzen 3 und 4 der Dienstbarkeit gerade mit dinglicher Wirkung Warenvertriebsverbote zulasten anderer ortsansässiger Brauereien erreichen wollte, zumindest zweifelhaft, ob dieser die Dienstbarkeit in den übrigen Teilen, insbesondere mit der dann aus seiner Sicht zu weit gefassten Ausnahme für den Vertrieb in einem Lebensmittelmarkt oder Laden in Satz 2 der Dienstbarkeit, tatsächlich aufrechterhalten möchte.

11 Statt vieler: BGH, Urteil vom 29.1.1988, V ZR 310/86, MittBayNot 1988, 124; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1223; BayObLG, Beschluss vom 27.3.1997, 2 Z BR 139/96, DNotZ 1998, 122; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.6.2011, 20 W 268/11, NJOZ 2012, 129.

12 BGH, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, DNotZ 2015, 113; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1018 Rdnr. 13.

13 BGH, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, DNotZ 2015, 113.

14 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.6.2011, 20 W 268/11, NJOZ 2012, 129.

15 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.6.2011, 20 W 268/11, NJOZ 2012, 129.

16 BGH, Beschluss vom 6.11.2014, V ZB 131/13, DNotZ 2015, 113.

Den vom OLG München getätigten Passagen zum Erlöschen der Dienstbarkeit wiederum wird man zustimmen müssen, wenngleich die Anforderungen an die Löschung nach § 22 GBO inhaltlich wie formal für die Praxis kaum umsetzbar sein werden. Gerade anders als für Grunddienstbarkeiten erfordert die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht einen Vorteil im Sinne von § 1019 BGB. Ausreichend ist dagegen ein schutzwürdiges Interesse unter Anlehnung an das von § 1091 BGB geforderte persönliche Bedürfnis. An dieses sind keine hohen Anforderungen zu stellen, sondern es erfasst vielmehr neben wirtschaftlichen Interessen auch Interessen des Haushalts oder sogar bloße öffentliche Interessen.¹⁷

Damit weicht das OLG München auch nicht von anderer Judikatur bei Einstellung des Brauereibetriebs ab. Zwar hatte das OLG Nürnberg in einem ähnlich gelagerten Fall engere Maßstäbe angelegt, indem es eine Löschung nur dann als vermeidbar ansah, wenn konkrete Planungen zur Errichtung einer neuen Brauerstätte bzw. zur Wiederaufnahme des Braubetriebs auf dem herrschenden Grundstück vorliegen und wenn mit der baldigen Umsetzung der Planung gerechnet werden könne.¹⁸ Allerdings war für die Entscheidung des OLG Nürnberg eine Grunddienstbarkeit entscheidungsrelevant, die damit gerade den erhöhten Anforderungen eines Vorteils des herrschenden Grundstücks nach § 1019 BGB unterworfen war.

4. Empfehlungen für die notarielle Praxis

Für die notarielle Praxis bleiben pauschale Warenvertriebsverbote weiterhin ein taugliches Gestaltungsinstrument, solange die Bestimmungen nicht auf Waren spezifischer Unternehmen abstellen. Mit flankierenden schuldrechtlichen Vereinbarungen kann den Interessen der Beteiligten hinreichend Rechnung getragen werden.¹⁹ Ob die Dienstbarkeit in Form einer Sicherungsdienstbarkeit oder in Form einer isolierten Verbotsdienstbarkeit vereinbart wird, bleibt den Anforderungen und Interessen des Einzelfalls vorbehalten.²⁰

Unzulässig sind dagegen Gestaltungen, die auf das (jeweilige) Sortiment eines Dienstbarkeitsberechtigten Bezug nehmen. Nicht nur hinsichtlich der oben dargelegten rechtlichen Schranken, sondern gerade auch mit Blick auf die praktischen Auswirkungen, sollte der umsichtige Gestalter auf solch weitreichende Formulierungen verzichten. Durch derartige Gestaltungen wäre der Grundbuchbenutzer gezwungen, das jeweilige Sortiment des Dienstbarkeitsberechtigten stetig und dauernd zu überprüfen, um die Reichweite des Verbots erkennen zu können. Mit jeder Sortimentsänderung würde sich der Inhalt der Dienstbarkeit dynamisch verändern. Ebenso kein Verlass wird auf den angedeuteten Weg des OLG München hinsichtlich Satz 2 der Dienstbarkeit sein

(Rückausnahme zulasten von Getränken fremder Unternehmen). Es ist insofern dringend zu empfehlen, sich bei der Ausgestaltung von Warenvertriebsverboten nicht auf die Ausführungen des OLG München zu diesen Teilaspekten der Dienstbarkeit zu stützen, da sonst erhebliche Rechtsunsicherheiten drohen.

Auch ist dem Kautelarjuristen weiterhin zu raten, Getränkevertriebsverbote für juristische Personen nicht in Form von Grunddienstbarkeiten, sondern mittels beschränkter persönlicher Dienstbarkeiten zu gestalten, um Unwägbarkeiten bei Entstehung und Fortbestand mit Blick auf die unterschiedlichen Anforderungen von § 1019 BGB und §§ 1090 ff. BGB zu vermeiden.²¹

²¹ Vgl. Beck'sches Notar-Handbuch/Everts, 7. Aufl. 2019, § 7 Rdnr. 37.

3. Interessenkollision eines Maklers bei Eintragung einer Sicherungsgrundschuld

OLG Hamm, Urteil vom 9.3.2020, 18 U 136/18

BGB §§ 280, 652, 654

LEITSÄTZE:

1. Eine verfestigte Interessenkollision als Voraussetzung einer unechten Verflechtung liegt nicht in dem bloßen Umstand begründet, dass in dem Grundbuch des vermittelten Grundstücks eine Grundschuld eingetragen ist, welche die Darlehnsforderung einer Bank gegen den Makler sichert. Vielmehr müssen weitere Umstände hinzutreten, wie etwa eine Verschuldung des Maklers und ein Verzug mit der Zahlung der Zinsraten des gesicherten Darlehns. In einer solchen Konstellation könnte ggf. auf sein Interesse an einem möglichst schnellen Verkauf des vermittelten Grundstücks und auf eine Interessenkollision geschlossen werden, wenn er an dem Veräußerungserlös ganz oder teilweise partizipiert.
2. Die Vorschrift des § 654 BGB ist über ihren Wortlaut hinaus entsprechend anzuwenden, wenn der Makler zwar nicht vertragswidrig für den anderen Teil tätig geworden ist, er aber sonst unter Verletzung wesentlicher Vertragspflichten den Interessen seines Auftraggebers in erheblicher Weise zuwidergehandelt hat. (Leitsatz der Schriftleitung)

Die Entscheidung ist abgedruckt in der DnotZ 2021, 188.

¹⁷ MünchKomm-BGB/Mohr, § 1091 Rdnr. 2; BeckOGK-BGB/Kazele, § 1091 Rdnr. 6.

¹⁸ OLG Nürnberg, Urteil vom 26.10.2012, 2 U 50/11, NJOZ 2013, 2085; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1188.

¹⁹ Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1232; DNotI-Report 1997, 138; Würzburger Notarhandbuch/Munzig, Teil 2 Kap. 7 Rdnr. 64.

²⁰ Weiterführend dazu Bormann, MittBayNot 2009, 230 ff.

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

4. Rechtsnachfolge des Schuldners bei Übertragung von Miteigentum und Nutzungsrechten

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26.5.2021, 12 W 3/21

BGB §§ 875, 889, 1090
InsO § 145 Abs. 2

LEITSÄTZE:

- 1. Auch der Schuldner selbst kann Rechtsnachfolger im anfechtbaren Erwerb werden. Sonderrechtsnachfolge im Sinne des § 145 Abs. 2 InsO setzt nicht die Vollübertragung des anfechtbar Erlangten voraus, sondern kann schon vorliegen, wenn aus dem anfechtbar Erworbenen ein neues, beschränktes Recht geschaffen oder eine besondere Befugnis abgezweigt wird.**
- 2. Hat der Schuldner seinen Miteigentumsanteil an einem Grundstück an den anderen Miteigentümer anfechtbar übertragen und räumt dieser ihm sodann ein Mitbenutzungsrecht am gesamten Grundbesitz ein (§ 1090 BGB), so ist der Schuldner hinsichtlich des Mitbenutzungsrechts als Rechtsnachfolger anzusehen, weil erst die Übertragung seines Miteigentumsanteils die Belastung des gesamten Grundstücks ermöglicht hat.**
- 3. Das zugunsten des Schuldners anfechtbar begründete Mitbenutzungsrecht erlischt wegen § 889 BGB nicht schon bei Rücküberweisung des Miteigentumsanteils an diesen. Vielmehr bedarf es seiner rechtsgeschäftlichen Aufhebung gemäß § 875 BGB.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Kläger ist Insolvenzverwalter in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen der H (im Folgenden: Schuldnerin und Beklagte zu 2), das aufgrund eines am 21.10.2016 bei Gericht eingegangenen Eigenantrags durch Beschluss des AG Düsseldorf (Az. 514 IK 190/16) am 30.11.2016 eröffnet wurde (...).

2 Die Beklagte zu 2 betrieb vom 1.3.2004 bis 1.9.2012 eine Gaststätte unter der Adresse (...).

3 Mit notariellem Vertrag vom 19.3.2012 übertrug sie ihren hälftigen Miteigentumsanteil an dem Hausgrundstück Hstraße (...) in N auf den Beklagten zu 1, ihren Ehemann, dem der weitere Miteigentumsanteil gehörte und der dort gemeinsam mit ihr wohnte. Als Zweck der Übertragung war eine „ehebedingte Zuwendung“ angegeben. Zugleich wurde der Beklagten zu 2 ein lebenslanges, nicht übertragbares unentgeltliches Mitbenutzungsrecht eingeräumt. Die mit dinglicher Wirkung übernommene Grundschuld über 100.000 DM valutierte im Zeitpunkt des Vertragsschlusses noch i. H. v. 21.496,97 € (...). Als Verkehrswert des Grundbesitzanteils ga-

ben die Vertragsparteien 175.000 € an; für den Jahreswert der Dienstbarkeit 7.000 €. (...) Die Eigentumsumschreibung und Eintragung des Mitbenutzungsrechts im Grundbuch erfolgten am 22.3.2012 (...).

4 Im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses waren Forderungen des FA N i. H. v. 5.386,87 € (...), der Buchhalterin C i. H. v. 1.813,56 € (...), der IHK Mittlerer Niederrhein i. H. v. 158,88 € (...) sowie der Sch KG i. H. v. 327,25 € (...) gegen die Beklagte zu 2 zur Zahlung fällig, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr beglichen wurden.

5 Nachdem der Kläger zunächst den Beklagten zu 1 auf Rückübertragung des Miteigentumsanteils an die Beklagte zu 2 gemäß § 143 Abs. 1, § 133 Abs. 1, § 129 Abs. 1 InsO verklagt hat, hat er mit Schriftsatz vom 5.3.2020 die Klage auf die Beklagte zu 2 erweitert und begehrt, dass diese erklärt, dass sie das zu ihren Gunsten auf dem Hausgrundstück eingetragene Mitbenutzungsrecht aufgibt und dessen Löschung im Grundbuch bewilligt (§ 875 BGB, § 19 GBO).

6 Der Kläger meint, die Beklagte zu 2 sei gemäß § 143 Abs. 1, § 133 Abs. 1, § 129 Abs. 1 InsO (i. V. m. § 145 Abs. 2 InsO) zur Rückgewähr verpflichtet. Sie sei bei Abschluss des notariellen Vertrages aufgrund einer Zahlungseinstellung zahlungsunfähig gewesen und habe mit Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gehandelt. Die Übertragung des Miteigentumsanteils an den Beklagten zu 1 sei inkongruent, da die Einräumung des Mitbenutzungsrechts keine gleichwertige, der Zwangsvollstreckung unterliegende Gegenleistung darstelle, denn es sei als höchstpersönliches Recht nicht pfändbar (§ 1092 BGB i. V. m. §§ 852, 857 ZPO). Ausnahmsweise bestehe nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ein anfechtungsrechtlicher Rückgewähranspruch gegen den Schuldner selbst, wenn für diesen – wie hier – an einem umfangreichen Vermögensrecht ein Teilrecht anfechtbar begründet werde.

7 Die Beklagte zu 2 hält die Klage für unbegründet und beantragt für ihre Rechtsverteidigung Prozesskostenhilfe. Sie meint, das Mitbenutzungsrecht würde sich im Falle der Begründetheit der Klage gegen den Beklagten zu 1 (Rückübertragung des Miteigentumsanteils an sie) erledigen und der Kläger könne dann die Berichtigung des Grundbuchs herbeiführen. Sie behauptet, das Hausgrundstück habe zur Zeit des Vertragsschlusses allenfalls einen Wert von 250.000 € gehabt.

8 Mit dem angefochtenen Beschluss hat das LG den Prozesskostenhilfeantrag mit der Begründung zurückgewiesen, die beabsichtigte Rechtsverteidigung verspreche keine hinreichende Aussicht auf Erfolg. Zum einen sei die Beklagte zu 2 dem Vortrag zu ihrer im Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestehenden Zahlungseinstellung nicht substantiiert entgegengetreten. Zum anderen bestünden bei einer durch das Gericht vorzunehmenden Gesamtwürdigung der bekannten Umstände und Indizien starke Anhaltspunkte für eine Kenntnis des Beklagten zu 1 von ihrer Gläubigerbenachteiligungsabsicht, die im Wesentlichen auf der Inkongruenz der Leistung und der Stellung des Beklagten zu 1 als nahestehender Person beruhten. Ein Grund für die Übertragung des Grundeigentums sei in keiner Weise nachvollziehbar dargelegt worden. Angesichts des engen persönlichen Verhältnisses seien daher wirtschaftliche Gründe naheliegend. Dem Löschantrag

stehe auch nicht entgegen, dass das Mitbenutzungsrecht durch eine Rücküberweisung des Miteigentumsanteils an sie erlöschen würde. Denn wenn der (Mit-)Eigentümer eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit für sich selbst als Berechtigten stellen könne (§ 1090 BGB, Eigentümerdienstbarkeit), erlösche diese auch nicht bei Wiedererlangung des (Mit-)Eigentums.

9 Gegen den ihr am 18.2.2021 zugestellten Beschluss wendet sich die Beklagte zu 2 mit der am 18.3.2021 bei Gericht eingegangenen sofortigen Beschwerde. Sie rügt, dass das LG nicht lediglich summarisch geprüft, sondern die Hauptsache vorweggenommen habe. Es habe noch keine Beweisaufnahme stattgefunden. Dennoch habe das LG bei einer Gesamtwürdigung der bekannten Umstände und Indizien starke Anhaltspunkte für die Kenntnis des Beklagten zu 1 von ihrem Gläubigerbenachteiligungsvorsatz gesehen, die im Wesentlichen auf der Inkongruenz der Leistung und der Stellung des Beklagten zu 1 als nahestehender Person beruhen. Dies reiche für die Ablehnung eines Prozesskostenhilfesuchs nicht aus. Schwierige Rechts-, Abwägungs- und Auslegungsfragen gehörten ins Hauptsacheverfahren und nicht in das PKH-Bewilligungsverfahren.

10 Mit Beschluss vom 22.3.2021 hat das LG der sofortigen Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat als Beschwerdegericht mit der Begründung zur Entscheidung vorgelegt, dass die Einwände gegen den angefochtenen Beschluss nicht durchgriffen.

11 II. Die gemäß § 127 Abs. 2 Satz 2, § 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthafte und auch ansonsten zulässige sofortige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

12 Ohne Rechtsfehler hat das LG angenommen, dass die Rechtsverteidigung der Beklagten zu 2 keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet (§ 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

13 1. Dem Kläger fehlt nicht schon das Rechtsschutzbedürfnis an der gegen die Beklagte zu 2 erhobenen Klage. Wie das LG zutreffend ausgeführt hat, würde nicht schon die vom Kläger gegenüber dem Beklagten zu 1 geltend gemachte Rücküberweisung des Miteigentumsanteils an die Beklagte zu 2 zum Erlöschen des zu ihren Gunsten bestehenden Mitbenutzungsrechts führen. Gemäß § 889 BGB erlischt ein Recht an einem fremden Grundstück nicht dadurch, dass der Eigentümer des Grundstücks das Recht oder der Berechtigte das Eigentum an dem Grundstück erwirbt. Demnach bestünde auch nach Rückgewähr des Miteigentumsanteils an die Beklagte zu 2 deren Mitbenutzungsrecht – zum Teil als Eigentümerdienstbarkeit – am Gesamtgrundstück (siehe unten 2. 2. 1.) fort (vgl. BeckOK-BGB/Reischl, Stand: 1.2.2021, § 1090 Rdnr. 6; Staudinger/Reymann, Neub. 2017, § 1090 Rdnr. 4, 48). Zu dessen Erlöschen bedarf es vielmehr einer rechtsgeschäftlichen Aufhebung durch die Beklagte zu 2 gemäß § 875 BGB (vgl. Staudinger/Reymann, § 1090 Rdnr. 47).

14 2. Dem Kläger steht gegen die Beklagte zu 2 der begehrte Anspruch aus § 143 Abs. 1 Satz 1, § 133 Abs. 1, § 129 Abs. 1 i. V. m. § 145 Abs. 2 InsO auf Erklärung der Aufgabe des Mitbenutzungsrechts (§ 875 BGB) und auf Bewilligung der Löschung im Grundbuch (§ 19 GBO) zu. Ihr Vorbringen ist unerheblich.

15 2. 1. Auf den Sachverhalt sind die Vorschriften der Insolvenzordnung in der bis zum 4.4.2017 geltenden Fassung anwendbar, weil das Insolvenzverfahren vor diesem Zeitpunkt eröffnet wurde (vgl. Art. 103 j Abs. 1 EGIInsO).

16 2. 2. Gemäß § 145 Abs. 2 Nr. 1 InsO kann die Anfechtbarkeit gegen einen (Einzel-)Rechtsnachfolger dann geltend gemacht werden, wenn dem Rechtsnachfolger zur Zeit seines Erwerbs die Umstände bekannt waren, welche die Anfechtbarkeit des Erwerbs seines Rechtsvorgängers begründen.

17 2. 2. 1. Die Beklagte zu 2 ist entsprechend § 145 Abs. 2 InsO passivlegitimiert. Rechtsnachfolger nach § 145 Abs. 2 InsO muss nicht ein Dritter sein. Vielmehr kann auch der Schuldner selbst Rechtsnachfolger im anfechtbaren Erwerb werden. Sonderrechtsnachfolge im Sinne der Vorschrift setzt nicht die Vollübertragung des anfechtbar Erlangten voraus, sondern kann schon vorliegen, wenn aus dem anfechtbar Erworbenen ein neues, beschränktes Recht geschaffen oder eine besondere Befugnis abgezweigt wird (vgl. BFH, Urteil vom 30.3.2010, VII R 22/09, Rdnr. 21; BGH, Teilurteil vom 3.5.2007, IX ZR 16/06, juris Rdnr. 33 zu § 15 Abs. 2 AnfG; Urteil vom 13.7.1995, IX ZR 81/94, Rdnr. 12 f.; Urteil vom 5.2.1987, IX ZR 161/85, juris Rdnr. 19 zu § 11 Abs. 2 AnfG a. F.; MünchKomm-InsO/Kirchhof/Piekenbrock, 4. Aufl. 2019, § 145 Rdnr. 23; HambKomm-InsO/Rogge/Leptien, 8. Aufl. 2021, § 145 Rdnr. 12; HK-InsO/Kayser/Thole, 10. Aufl. 2020, § 145 Rdnr. 5, 7-9; Uhlenbruck/Hirte/Borries, InsO, 15. Aufl. 2019, § 145 Rdnr. 18, 20).

18 Das trifft für die Beklagte zu 2 zu, soweit sie sich von dem Beklagten zu 1 und Erwerber des Miteigentumsanteils in § 3 des notariellen Vertrages ein Mitbenutzungsrecht an dem streitgegenständlichen Grundbesitz xyz hat (zurück-)übertragen lassen. Zwar besteht hier die Besonderheit, dass das der Beklagten zu 2 eingeräumte Mitbenutzungsrecht sich nicht nur auf den von ihr zuvor übertragenen Miteigentumsanteil bezog, sondern auf den gesamten Grundbesitz. Jedoch ist zu berücksichtigen, dass die Einräumung eines umfassenden Mitbenutzungsrechts an einem ideellen Miteigentumsanteil an einem Grundstück nicht möglich wäre. Das als beschränkte persönliche Dienstbarkeit i. S. d. § 1090 BGB anzusehende Mitbenutzungsrecht berührt das Eigentum als Ganzes. Daher können ideelle Miteigentumsbruchteile nicht mit einer Grunddienstbarkeit belastet werden (BGH, Urteil vom 29.11.1961, V ZR 181/60, Rdnr. 8 m. w. N.; vgl. MünchKomm-BGB/Mohr, 8. Aufl. 2020, § 1090 Rdnr. 41; BeckOK-BGB/Reischl, § 1018 Rdnr. 11, § 1090 Rdnr. 2; Palandt/Herrler, 80. Aufl. 2021, § 1090 Rdnr. 2; § 1018 Rdnr. 2). Hier hat erst die (anfechtbare, siehe unten) Übertragung des Miteigentumsanteils durch die Beklagte zu 2 an den Beklagten zu 1 diesen in die Lage versetzt, ihr das Mitbenutzungsrecht am gesamten Grundbesitz einzuräumen. Auch diese „Befugnis“ stammte damit aus dem Vermögen der Beklagten zu 2, wurde zunächst auf den Beklagten zu 1 übertragen und kam ihr im Gegenzug wieder zugute. Sie muss sich daher hinsichtlich des Mitbenutzungsrechts insgesamt entsprechend § 145 Abs. 2 InsO als Rechtsnachfolgerin behandeln lassen.

19 2. 2. 2. Der Erwerb des hälftigen Miteigentumsanteils am Grundbesitz xyz durch den Beklagten zu 1 war anfechtbar gemäß § 129 Abs. 1, § 133 Abs. 1 InsO (zum Erfordernis der

Anfechtbarkeit gegenüber dem Rechtsvorgänger siehe nur MünchKomm-InsO/*Kirchhof/Piekenbrock*, § 145 Rdnr. 5, 27).

20 Gemäß § 133 Abs. 1 InsO ist eine Rechtshandlung anfechtbar, die der Schuldner in den letzten zehn Jahren vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens oder nach diesem Antrag mit dem Vorsatz, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat, wenn der andere Teil zur Zeit der Handlung den Vorsatz des Schuldners kannte. Diese Kenntnis wird vermutet, wenn der andere Teil wusste, dass die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners drohte und dass die Handlung die Gläubiger benachteiligte.

21 2. 2. 2. 1. Die Übertragung des Miteigentumsanteils durch die Beklagte zu 2 und Schuldnerin an den Beklagten zu 1 erfolgte mit Eintragung in das Grundbuch (§ 140 InsO) am 22.3.2012 innerhalb des Zehn-Jahres-Zeitraums und hat aufgrund des Vermögensabflusses zu einer objektiven Gläubigerbenachteiligung geführt (§ 129 Abs. 1 InsO). Eine wertauserschöpfende Belastung, die eine Gläubigerbenachteiligung ausschließen könnte (vgl. BGH, Urteil vom 9.6.2016, IX ZR 153/15, juris Rdnr. 19 ff. m. w. N.), ist auch unter Zugrundelegung des Vortrags der Beklagten zu 2, dass der Grundbesitz im Zeitpunkt der Übertragung einen Wert von allenfalls 250.000 € hatte, angesichts der gleichzeitig valutierenden Belastung i. H. v. nur 21.496,97 € nicht ersichtlich.

22 2. 2. 2. 2. Ohne Verstoß gegen Denkgesetze und Erfahrungssätze (§ 286 ZPO) hat das LG angenommen, dass die Übertragung des Miteigentumsanteils durch die Schuldnerin mit einem von dem Beklagten zu 1 erkannten Gläubigerbenachteiligungsvorsatz erfolgte (§ 133 Abs. 1 InsO). Für die zur Prüfung der subjektiven Voraussetzungen der Vorsatzanfechtung erforderliche Gesamtwürdigung aller Umstände (siehe nur BGH, Urteil vom 6.7.2017, IX ZR 178/16, juris Rdnr. 12 m. w. N.) bedurfte es entgegen der Auffassung der Beklagten zu 2 vorliegend keiner Beweisaufnahme, sondern es genügte bereits die Bewertung des unstreitigen Vortrags. Diese ist auch im Prozesskostenhilfverfahren geboten und stellt keine Vorwegnahme der Hauptsache dar (vgl. Zöller/*Schultzky*, ZPO, 33. Aufl. 2020, § 118 Rdnr. 23).

23 Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz der Beklagten zu 2 manifestierte sich vorliegend aufgrund ihrer bei Vertragsschluss vorliegenden Zahlungsunfähigkeit, da sie ihre Zahlungen eingestellt hatte (§ 17 Abs. 2 Satz 2 InsO). Ein Schuldner, der zahlungsunfähig ist und seine Zahlungsunfähigkeit kennt, handelt in aller Regel mit Benachteiligungsvorsatz. In diesem Fall weiß der Schuldner, dass sein Vermögen nicht ausreicht, um sämtliche Gläubiger zu befriedigen (st. Rspr., BGH, Urteil vom 30.4.2020, IX ZR 162/16, juris Rdnr. 52). Unstreitig bestanden bei Vertragsschluss Forderungen anderer Gläubiger von insgesamt mehr als 7.000 €, die bis zur Eröffnung des Insolvenzverfahrens nicht mehr ausgeglichen wurden. Dieser Umstand gestattet für sich genommen den Rückschluss auf eine Zahlungseinstellung (vgl. BGH, Urteil vom 6.7.2017, IX ZR 178/16, juris Rdnr. 10 m. w. N.).

24 Anders als vom LG angenommen, liegt als weiteres Indiz zwar kein Fall der Inkongruenz des Deckungsgeschäfts bei bestehenden Zweifeln an der Liquidität des Schuldners vor (vgl. MünchKomm-InsO/*Kayser/Freudenberg*, § 133 Rdnr. 29;

§ 131 Rdnr. 14). Die Übertragung des Miteigentumsanteils stellte kein inkongruentes Deckungsgeschäft dar, weil der Beklagte zu 1 hierdurch nur das erlangt hat, was ihm aufgrund des notariellen Vertrages vom 19.3.2012 zustand (vgl. BGH, Urteil vom 10.7.2014, IX ZR 50/12, juris Rdnr. 13 zu § 3 Abs. 1 AnfG).

25 Jedoch ergibt sich bei der gebotenen Betrachtung des gesamten rechtsgeschäftlichen Vorgangs, der sich aus dem schuldrechtlichen Verpflichtungs- und dinglichen Erfüllungsgeschäft zusammensetzt, eine unmittelbare Gläubigerbenachteiligung zugunsten eines nahen Angehörigen der Schuldnerin (zum Indiz der unmittelbaren Gläubigerbenachteiligung vgl. MünchKomm-InsO/*Kayser/Freudenberg*, § 133 Rdnr. 32 m. w. N.; zur indiziellen Bedeutung des Näheverhältnisses BGH, Urteil vom 16.4.2015, IX ZR 68/14, juris Rdnr. 20 zu § 3 Abs. 1 AnfG). Die Aufgabe ihres Miteigentumsanteils an dem Hausgrundstück zugunsten ihres Ehemannes wurde nicht durch eine gleichwertige Gegenleistung ausgeglichen. Die Einräumung des unentgeltlichen Mitbenutzungsrechts auf Lebenszeit durch den Beklagten zu 1 zugunsten der Beklagten zu 2 und Schuldnerin verschaffte den Gläubigern keinen Ausgleich an haftendem Vermögen. Denn die Überlassung des Mitbenutzungsrechts an Dritte wurde nicht gestattet, so dass die Zwangsvollstreckung in das Mitbenutzungsrecht gemäß § 857 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen ist (vgl. BGH, Urteil vom 16.4.2015, IX ZR 68/14, Rdnr. 17; Urteil vom 10.7.2014, IX ZR 50/12, juris Rdnr. 8, 15, jew. zu § 1 AnfG und einem Wohnungsrecht). Dies lässt darauf schließen, dass die Schuldnerin, die sich einer Vielzahl von fälligen Forderungen ausgesetzt sah, die verschlechterte Zugriffsmöglichkeit der Gläubiger bei Abschluss des Vertrages erkannt und zumindest billigend in Kauf genommen hat. Zudem zeigt die von den Vertragsparteien gewählte Gestaltung, dass die Beklagte zu 2 ihren Grundbesitz nicht endgültig aufgeben, sondern nur rechtlich den Vermögenswert verschieben wollte, ohne die Vorteile der weiteren Immobiliennutzung zu verlieren. Indem die Beklagte zu 2 im Ergebnis nur die „dingliche Hülle“ ihres Miteigentumsanteils auf ihren Ehemann übertrug, während ihr sein „innerer Wert“, dessen uneingeschränkte Nutzung, verblieb, wurde der gemeinsame Wohnsitz insgesamt vor dem Zugriff ihrer Gläubiger geschützt. Ohne die angefochtene Übertragung hätten diese den – mit dem übertragenen Anteil verbundenen – Aufhebungsanspruch (§ 749 Abs. 1, § 753 Abs. 1 BGB, §§ 180 ff. ZVG) der Beklagten zu 2 zusammen mit dem künftigen Anspruch auf eine den Anteilen entsprechende Teilung und Auskehrung des Versteigerungserlöses gemäß §§ 857, 829, 835 ZPO pfänden, sich zur Einziehung überweisen und die (Teilungs-)Versteigerung des ganzen Grundstücks gemäß §§ 180 ff. ZVG betreiben lassen können. Der Gläubigerbenachteiligungsvorsatz wird nicht dadurch ausgeschlossen, dass der Schuldner in erster Linie sich selbst oder ihm nahestehende Personen begünstigen will (vgl. BGH, Urteil vom 10.7.2014, IX ZR 50/12, juris Rdnr. 15 zu § 3 Abs. 1 AnfG).

26 Nach der Gesamtwürdigung sämtlicher Umstände ist auch von der Kenntnis des Gläubigerbenachteiligungsvorsatzes des Beklagten zu 1 auszugehen. Selbst wenn er, wie beide Beklagten behaupten, keine Kenntnis von der Zahlungseinstellung der Schuldnerin gehabt hätte und die Vermutung des

§ 133 Abs. 1 Satz 2 InsO nicht griffe, so waren ihm jedenfalls die Umstände des Vertragsschlusses vollständig bekannt. Der einzig ersichtliche, allein auf die Interessen der Eheleute gerichtete Zweck des Übertragungsvertrages, das Hausgrundstück als gemeinsamen Wohnsitz zu erhalten und dem Zugriff der Gläubiger der Beklagten zu 2 dauerhaft zu entziehen, bildet ein Indiz dafür, dass ihm der Benachteiligungsvorsatz der Schuldnerin bekannt war (vgl. zu einer unüblichen Vertragsgestaltung als Indiz für den Gläubigerbenachteiligungsvorsatz und dessen Kenntnis BGH, Versäumnisurteil vom 18.12.2008, IX ZR 79/07, juris Rdnr. 19). Da sie in unmittelbarer Nachbarschaft zum Hausgrundstück unternehmerisch tätig war, musste er auch mit gegenwärtigen oder zukünftigen Gläubigern rechnen (vgl. BGH, Urteil vom 21.1.2016, IX ZR 84/13, juris Rdnr. 18).

27 2. 2. 3. Durch die Einräumung des Mitbenutzungsrechts bestand der infolge der Übertragung des Miteigentumsanteils entstandene gläubigerbenachteiligende Zustand fort (zu diesem Erfordernis MünchKomm-InsO/Kirchhof/Piekenbrock, § 145 Rdnr. 27; HK-InsO/Kayser/Thole, § 145 Rdnr. 9; vgl. BGH, Urteil vom 10.1.2002, IX ZR 61/99, juris Rdnr. 35).

28 2. 2. 4. Die o. g. subjektiven Voraussetzungen des § 145 Abs. 2 Nr. 1 InsO liegen bei der Schuldnerin unzweifelhaft vor.

29 2. 3. Der Kläger kann von der Beklagten zu 2 gemäß § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO die von ihm begehrte Aufgabeerklärung bzgl. des Mitbenutzungsrechts sowie die entsprechende Löschungsbewilligung verlangen. Der Nachfolger unterliegt selbstständig der Rückgewährpflicht aus § 143 InsO mit allen Modifikationen. Allerdings haftet der Einzelrechtsnachfolger immer nur soweit, wie sein eigener Erwerb reicht, also in demjenigen Umfange, wie er den anfechtbar weggegebenen Gegenstand erlangt hat (MünchKomm-InsO/Kirchhof/Piekenbrock, § 145 Rdnr. 35). Wurde ein zur Insolvenzmasse gehörender Gegenstand in anfechtbarer Weise zugunsten einer anderen Person belastet, kann nach § 143 Abs. 1 Satz 1 die Rückübertragung oder Beseitigung des dinglichen Rechts gefordert werden (MünchKomm-InsO/Kirchhof/Piekenbrock, § 143 Rdnr. 53, 64). Ein anfechtbar bestelltes Wohnrecht oder ein Nießbrauch ist durch Aufgabeerklärung (§ 875 BGB) und Löschungsbewilligung (§ 19 GBO) zurückzugewähren (MünchKomm-InsO/Kirchhof/Piekenbrock, § 143 Rdnr. 65; HambKomm-InsO/Rogge/Leptien, § 143 Rdnr. 37; vgl. Uhlenbruck/Borries/Hirte, InsO, § 143 Rdnr. 210).

30 III. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst (§ 127 Abs. 4 ZPO).

5. Registereintrag des (Nachtrags-) Liquidators

KG, Beschluss vom 11.5.2021, 1 W 29/21, 1 W 30/21, 1 W 31/21, 1 W 32/21, 1 W 33/21, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

AktG § 273
FamFG §§ 47, 394
GmbHG §§ 66, 67

LEITSATZ:

Hat das Registergericht gemäß § 66 Abs. 5 GmbH einen (Nachtrags-)Liquidator bestellt, aber von dessen Eintragung im Handelsregister abgesehen, genügt zum Nachweis seiner Vertretungsmacht gegenüber dem Grundbuchamt eine Ausfertigung des Beschlusses des Registergerichts nicht, wenn seit seinem Erlass bereits ein Jahr vergangen ist. Die Gesellschaft muss zunächst ihre Wiedereintragung und die Eintragung des Liquidators im Handelsregister erreichen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1 ist seit Aufteilung des Grundstücks nach § 8 WEG in Abt. I der im Beschlusseingang bezeichneten Teileigentumsgrundbücher eingetragen. Am 19.10.2006 erfolgte ihre Löschung im Handelsregister – HRB (...) B – von Amts wegen gemäß § 141 a FGG.

2 Mit Beschluss vom 6.12.2019 bestellte das AG Charlottenburg – Handelsregister – (...) (im Folgenden: Nachtragsliquidator) unter Beschränkung des Wirkungsbereiches auf die Vertretung und Wahrnehmung der Rechte der Beteiligten zu 1 hinsichtlich der im Beschlusseingang bezeichneten Teileigentumsrechte „zum Nachtragsliquidator gemäß § 66 Abs. 5 GmbHG“.

3 Der Nachtragsliquidator bewilligte am 10.12.2020 zu den UR-Nr. 2(...)/2(...)Z und 2(...)/2(...) Z des Notars T(...) Z(...) in F(...) a. M. (...) die Eintragung von zwei Gesamtgrundschulden in den Teileigentumsgrundbüchern zugunsten des Beteiligten zu 2 über 50.000 € – UR-Nr. 2(...)/2 x(...) Z – und der Beteiligten zu 3 über 330.000 € – UR-Nr. 2(...)/2(...) Z. Dabei legte er eine Ausfertigung des Beschlusses des AG Charlottenburg vom 6.12.2019 vor, von dem der Notar eine beglaubigte Abschrift zur Niederschrift seiner Urkunden nahm.

4 Unter dem 14.12.2020 hat der Urkundsnotar unter Überreichung der vorgenannten Urkunden die Eintragung der Gesamtgrundschulden in den Teileigentumsgrundbüchern beantragt. In seiner Zwischenverfügung vom 23.12.2020 hat das Grundbuchamt Zweifel geäußert, ob die Grundschuldbestellungen noch von der Liquidation gedeckt seien; der Vertretungsnachweis des Liquidators sei durch Wiedereintragung zu führen und entsprechend § 32 GBO nachzuweisen. Auf die Einwendungen des Urkundsnotars vom 25.1.2021 hat das Grundbuchamt mit weiterer Zwischenverfügung vom 27.1.2021 an seinen Bedenken festgehalten. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 9.2.2021, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 16.2.2021 nicht abgeholfen hat.

5 II. 1. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Beschwerdeführer sind sämtliche Beteiligte, auch wenn der Notar nicht angegeben hat, in wessen Namen die Beschwerde erhoben worden ist. In einem solchen Fall gilt die Beschwerde im Zweifel als im Namen aller Antragsberechtigten erhoben (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 15 Rdnr. 20). Das sind hier gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO die Beteiligten zu 1 bis 3, in deren Namen der Notar auch den Antrag vom 14.12.2020 gestellt hat.

6 2. Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Grundbuchamt hat im Ergebnis zutreffend auf den fehlenden Nachweis der Vertretungsberechtigung des Nachtragsliquidators für die Beteiligte zu 1 hingewiesen, § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GBO.

7 a) Die Eintragung einer Grundschuld erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, wenn sie derjenige bewilligt, dessen Recht betroffen wird, § 19 GBO. Die Bewilligung ist dem Grundbuchamt durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen, § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO.

8 Diese Form gilt auch für den Nachweis der Vertretungsberechtigung, wenn der von der Eintragung Betroffene nicht selbst, sondern ein Vertreter in seinem Namen die Bewilligung erklärt hat (Senat, Beschluss vom 24.9.2020, 1 W 1347/20, FGPrax 2020, 253).

9 b) Vorliegend sind die erforderlichen Eintragungsbewilligungen im Namen der als Kapitalgesellschaft nicht selbst handlungsfähigen Beteiligten zu 1 durch den Nachtragsliquidator erklärt worden. Seine Vertretungsberechtigung ist deshalb formgerecht nachzuweisen, was bislang nicht geschehen und deshalb zu Recht von dem Grundbuchamt in den beiden Zwischenverfügungen als Eintragungshindernis aufgezeigt worden ist.

10 aa) Die im Handelsregister eingetragenen Vertretungsberechtigungen sowie das Bestehen juristischer Personen und Gesellschaften können regelmäßig durch eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO, einen amtlichen Registerausdruck oder eine beglaubigte Registerabschrift, bei elektronischer Registerführung auch durch Bezugnahme auf das Register geführt werden, § 32 Abs. 1 Satz 1 und 3, Abs. 2 GBO. Im Anwendungsbereich dieser Norm wird dem Handelsregister – nur – für den Grundbuchverkehr Beweiskraft beigelegt (Senat, a. a. O.). Das gilt auch, wenn für eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft Liquidatoren tätig geworden sind (*Demharter*, GBO, § 32 Rdnr. 3).

11 bb) Die Vertretungsmacht des Nachtragsliquidators der Beteiligten zu 1 kann derzeit mit den Mitteln des § 32 GBO nicht nachgewiesen werden, weil sie im Handelsregister gelöscht und das Registerblatt geschlossen worden ist. Um die dem Handelsregister im Grundbuchverkehr zukommende Beweiskraft zu erlangen, bedarf es deshalb der (Wieder-)Eintragung der Beteiligten zu 1 und des Nachtragsliquidators.

12 Dem steht nicht entgegen, dass neben den in § 32 GBO aufgeführten grundsätzlich auch andere Beweismittel zulässig sind (*Demharter*, GBO, Rdnr. 16). Da die Sicherheit des Grundbuchverkehrs aber möglichst zuverlässige Nachweise erfordert (*Bauer/Schaub/Schaub*, GBO, 4. Aufl., § 32 Rdnr. 27), müssen

diese Beweismittel geeignet sein, den erforderlichen Nachweis ebenso sicher wie die in § 32 GBO aufgeführten Nachweismittel zu führen. Der Beschluss des AG Charlottenburg vom 6.12.2019 ist hierzu nicht geeignet (*Meikel/Krause/Weber*, GBO, 12. Aufl., § 32 Rdnr. 37.1; *KEHE/Volmer*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 30 Rdnr. 23).

13 (1) Ist eine GmbH durch Löschung wegen Vermögenslosigkeit aufgelöst, § 60 Abs. 1 Nr. 7 GmbHG, § 394 FamFG, so findet eine Liquidation nur statt, wenn sich nach der Löschung herausstellt, dass Vermögen vorhanden ist, das der Verteilung unterliegt; die Liquidatoren sind auf Antrag eines Beteiligten durch das Registergericht zu ernennen, § 66 Abs. 5 GmbHG. Die Löschung im Register ist in diesen Fällen zu Unrecht erfolgt, sodass die Gesellschaft als juristische Person und Zuordnungsobjekt des – aufgefundenen – Vermögens fortbesteht (*Scholz/Karsten Schmidt/Scheller*, GmbHG, 12. Aufl., § 60 Rdnr. 56).

14 Hat hingegen eine Liquidation der Gesellschaft bereits stattgefunden oder geht es nicht um die Einziehung und Verteilung von Vermögen, sondern anderer Abwicklungsmaßnahmen, so sind auf Antrag Nachtragsliquidatoren in entsprechender Anwendung des § 273 Abs. 4 AktG zu bestellen (KG, 25. ZS, GmbHR 2012, 216; Senat, Beschluss vom 13.2.2007, 1 W 272/06, KGreport 2007, 547; Beschluss vom 9.1.2001, 1 W 2002/00, GmbHR 2001, 252; BayObLG, ZIP 1984, 450, 451).

15 (2) Hier ist der Nachtragsliquidator gemäß § 66 Abs. 5 GmbHG bestellt worden. Das AG Charlottenburg hat die Vorschrift ausdrücklich in seinem Beschluss vom 6.12.2019 benannt. Die Beteiligte zu 1 war im Handelsregister gemäß § 141 a FGG (jetzt § 394 FamFG) gelöscht worden, hingegen ist offenbar noch Vermögen vorhanden, was aus ihren jeweiligen Eintragungen in Abt. I der im Beschlusseingang genannten Teileigentumsgrundbücher folgt.

16 Gegen eine Bestellung nach § 66 Abs. 5 GmbHG spricht auch nicht die Beschränkung des Wirkungsbereiches des Nachtragsliquidators. Das AG Charlottenburg hat diesen auf die Vertretung und die Wahrnehmung der Rechte der Beteiligten zu 1 hinsichtlich der fünf Teileigentumsrechte beschränkt. Eine solche Beschränkung der Vertretungsmacht ist hingegen bei Bestellung von Liquidatoren nach § 66 Abs. 5 GmbHG im Gegensatz zu einer solchen nach § 273 Abs. 4 AktG (hierzu Senat, Beschluss vom 7.7.1998, 1 W 6250/96, NZG 1999, 163, 165) nicht möglich (*Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, 22. Aufl., § 66 Rdnr. 40). Die dennoch erfolgte Beschränkung des Wirkungsbereiches des Nachtragsliquidators lässt hingegen allein keine Zweifel dahin zu, das AG Charlottenburg habe ihn nicht nach § 66 Abs. 5 GmbHG bestellen wollen. Anlass zu einer entsprechenden Anwendung des § 273 Abs. 4 AktG hatte das Registergericht offenbar nicht.

17 (3) Im Fall des § 66 Abs. 5 GmbHG ist die gelöschte Gesellschaft als Liquidationsgesellschaft mit den bestellten Liquidatoren von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen (OLG München, NZG 2011, 38; OLG Celle, GmbHR 1997, 752; *Scholz/Karsten Schmidt/Scheller*, GmbHG, Rdnr. 58; *Baumbach/Hueck/Haas*, GmbHG, Rdnr. 39; *MünchKomm-GmbHG/H.F.Müller*, 3. Aufl., § 66 Rdnr. 82; *Lutter/Hommel-*

hoff/Kleindiek, GmbH-Gesetz, 20. Aufl., § 74 Rdnr. 20; Keidel/Heinemann, FamFG, 20. Aufl., § 394 Rdnr. 37).

18 (a) Die Wiedereintragung soll ausnahmsweise dann nicht erforderlich sein, wenn die zu erwartende Abwicklungstätigkeit gering ist; die Liquidatoren sollen dann ihre Vertretungsbefugnis durch die Ausfertigung des Bestellungsbeschlusses des Registergerichts nachweisen können auf dessen Wirksamkeit Dritte vertrauen dürften (OLG München, a. a. O.; Hügel/Kral, GBO, 4. Aufl., GesR, Rdnr. 80; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 426 I; Keidel/Heinemann, FamFG § 375 Rdnr. 63).

19 (b) Der Senat vermag dem jedenfalls für den vorliegenden Fall nicht beizutreten. In dem Verfahren des OLG München standen schon keine formbedürftigen Erklärungen im Raum, auf die es aber im Grundbuchverfahren ankommt, § 29 GBO. Die Form wird zwar grundsätzlich auch durch die Ausfertigung oder wie hier der beglaubigten Abschrift der Ausfertigung eines gerichtlichen Beschlusses gewahrt. Hingegen wird durch den Beschluss des AG Charlottenburg lediglich die Bestellung des Nachtragsliquidators am 6.12.2019 nachgewiesen. Ob er diese Stellung noch im Zeitpunkt der Beurkundung der Bewilligungen der Grundschulden am 10.12.2020 hatte – auf den es hier ankommt, weil die Beteiligten zu 2 und 3 wegen der eigenen bzw. in ihrem Namen abgegebenen Erklärungen Ansprüche auf Erteilung von Ausfertigungen erworben hatten (vgl. Senat, Beschluss vom 24.9.2020, 1 W 1347/20, FGPrax 2020, 253) – ist mit dem Beschluss nicht nachzuweisen.

20 (aa) Daran ändern die Regelungen in § 47 FamFG nichts. Danach hätte die Aufhebung einer ungerechtfertigt erfolgten Bestellung des Nachtragsliquidators auf die Wirksamkeit der inzwischen von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte keinen Einfluss. Das betrifft aber nur solche Rechtsgeschäfte, die der Vertreter vor Aufhebung seiner Bestellung vorgenommen hat, für solche danach fehlt ihm jedoch in jedem Fall die Vertretungsmacht.

21 Auch ein gemäß § 66 Abs. 5 GmbHG bestellter Liquidator kann später aus wichtigem Grund abberufen werden, § 66 Abs. 3 GmbHG (Senat, Beschluss vom 30.8.2005, 1 W 25/04, FGPrax 2006, 28, 29). Diese Möglichkeit kann vorliegend nicht ausgeschlossen werden, nachdem zwischen der Bestellung des Nachtragsliquidators und der Beurkundung der Bewilligungen bereits ein Jahr vergangen war. Ein solcher Zeitraum wäre im Übrigen auch bei einem entsprechenden Nachweis nach § 32 Abs. 1 GBO zu lang (Demharter, GBO, § 32 Rdnr. 15). Wäre der Liquidator also vor dem 10.12.2020 entlassen worden, hätte ihm die erforderliche Vertretungsmacht gefehlt.

22 (bb) Bei dem Beschluss handelt es sich nicht um eine Legitimationsurkunde. Das sind solche Urkunden, an deren Besitz eine besondere Rechtsfolge geknüpft ist, wie das etwa bei der Vollmacht der Fall ist, vgl. § 172 Abs. 2 BGB.

23 (cc) Der Beschluss des AG Charlottenburg ist auch nicht mit Bestellungsurkunden zu vergleichen, wie sie etwa Insolvenzverwalter, § 56 Abs. 2 Satz 1 InsO, Vormünder, § 1791 Abs. 1 BGB, Pfleger, § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1791 Abs. 1 BGB, oder Betreuer, § 290 FamFG, erhalten. Diese Ausweise

zeichnen sich dadurch aus, dass sie nach Ende des Amtes an das jeweilige Gericht zurückzugeben sind, § 56 Abs. 2 Satz 2 InsO, § 1893 Abs. 2 Satz 1, § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1908 i Abs. 1 Satz 1 BGB. Auch wenn diese Urkunden keinerlei öffentlichen Glauben genießen (vgl. Prütting/Helms/Fröschle, FamFG, 5. Aufl., § 290 Rdnr. 13), besteht in der Regel doch kein Grund, am Fortbestand der Bestellung zu zweifeln, wenn sie in Urschrift vorgelegt werden (vgl. Senat, Beschluss vom 21.11.2011, 1 W 652/11, FGPrax 2012, 8).

24 Entsprechendes gilt für Vereins- und Amtsvormünder, die durch Beschluss des Familiengerichts bestellt worden sind, § 1791a Abs. 2, § 1791b Abs. 2 BGB. Sie erhalten keine Bestellungsurkunden, § 791a Abs. 2 2. Hs., § 1791b Abs. 2 2. Hs. BGB, sondern können sich im Rechtsverkehr mit dem Bestellungsbeschluss des Familiengerichts ausweisen, den sie nach Beendigung der Vormundschaft an das Familiengericht zurückzugeben haben, § 1893 Abs. 2 Satz 2 BGB.

25 Im Gegensatz hierzu besteht für einen gerichtlich bestellten Liquidator nach seiner Entlassung keine Verpflichtung zur Rückgabe des Beschlusses des Registergerichts. Das ist folgerichtig, da seine Ernennung und Abbestellung von Amts wegen im Handelsregister einzutragen ist, § 67 Abs. 4 GmbHG, und der Verkehrsschutz des § 15 HGB in diesem Fall eingreift (Scholz/Karsten Schmidt/Scheller, GmbHG, § 67 Rdnr. 16).

26 (4) Hiergegen kann nicht eingewandt werden, es stehe im Ermessen des Registergerichts, ob es die Beteiligte zu 1 und den Nachtragsliquidator im Handelsregister (wieder) eintrage. Allerdings wird diese Auffassung vertreten (OLG München, a. a. O.). Dies vermag an den Anforderungen, die an den Nachweis der Vertretungsberechtigung des Nachtragsliquidators im grundbuchrechtlichen Verfahren zu stellen sind, aber schon nichts zu ändern. Außerdem ist jedenfalls im Hinblick auf die Rechtsprechung des 22. Zivilsenats des KG (Beschluss vom 9.9.2019, 22 W 93/17, FGPrax 2020, 31) nicht zu erwarten, dass das Registergericht hier die Eintragung der Beteiligten zu 1 und des Nachtragsliquidators im Handelsregister ablehnen wird.

27 Zur vollständigen Beendigung der Beteiligten zu 1 ist wegen ihres vorhandenen Immobilienvermögens die Wiedereintragung im Handelsregister notwendig. Weitere, über diejenigen in § 32 GBO aufgeführten Mittel hinausgehende Möglichkeiten, die Vertretungsberechtigung des Nachtragsliquidators nachzuweisen, sind vorliegend nicht ersichtlich. Dies wird das Registergericht, das sein Ermessen pflichtgemäß auszuüben hat, zu berücksichtigen haben.

28 3. Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO, besteht nicht.

29 Die Festsetzung des Verfahrenswerts folgt aus §§ 61, 36 Abs. 3 GNotKG.

6. Löschung einer Vormerkung aufgrund eines Unrichtigkeitsnachweises

OLG München, Beschluss vom 29.6.2020, 34 Wx 217/19, mitgeteilt von Notarin Dr. **Helene Ludewig**, München

BGB §§ 328, 331, 883
GBO § 22

LEITSÄTZE:

1. **Das Grundbuch ist in Bezug auf eine eingetragene Vormerkung dann unrichtig, wenn der durch sie gesicherte Anspruch weggefallen ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Erwirbt ein Dritter ein Rückforderungsrecht durch einen Vertrag zugunsten Dritter mit einer Leistungspflicht nach dem Todesfall gemäß §§ 328, 331 BGB, gehört der Anspruch aus dem Vertrag bis zum Eintritt des Todesfalles noch zum Vermögen des Versprechensempfängers, der die Rechtsstellung des Dritten noch frei verändern kann, sei es durch einseitigen Akt oder durch Vertrag mit dem Versprechenden. (Leitsatz der Schriftleitung)**
3. **Die Löschung der im Grundbuch zugunsten des Dritten eingetragenen Vormerkung kommt dann aufgrund Unrichtigkeitsnachweises in Betracht. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

I. Die Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch als Eigentümerin von Grundbesitz eingetragen. Das Alleineigentum an dem Grundstück hatte sie aufgrund Auflassung im Übergabevertrag vom 3.9.1993 von ihrem Ehemann, dem Beteiligten zu 2, erhalten. In dem Vertrag war unter IV. Rückübertragung geregelt:

„Der Veräußerer behält sich das Recht vor, den Vertragsgrundbesitz zurückzufordern, wenn

der Erwerber ohne die schriftliche Zustimmung des Veräußerers über den Vertragsgrundbesitz verfügt, insbesondere durch Veräußerung oder Belastung,

über das Vermögen des Erwerbers das Konkurs- oder gerichtliche Vergleichsverfahren eröffnet wird,

die Zwangsvollstreckung in den Vertragsgrundbesitz betrieben wird, er sei denn, dass sie durch Gläubiger von Grundpfandrechten erfolgt, die mit Zustimmung des Veräußerers eingetragen wurden,

der Erwerber vor dem Veräußerer verstirbt, ohne dass Abkömmlinge des Veräußerers den Vertragsgrundbesitz als Erben oder Vermächtnisnehmer erhalten,

die Ehe der Vertragsteile, gleichgültig aus welchem Grund, geschieden wird.

(...)

Der Rückübertragungsanspruch erlischt mit dem Tode des Berechtigten, wenn er nicht vorher – durch Absen-

dung eines eingeschriebenen Briefes oder durch Klageerhebung – geltend gemacht wurde.

Er ist nicht übertragbar und nicht vererblich.

(...)

Der Anspruch gemäß vorstehender Ziffer 1. a)–d) steht, falls der Veräußerer vor dem Erwerber verstirbt, dessen Kindern aus erster Ehe, S Z U Z, M Z

als Berechtigten zu gleichen Teilen zu.

Für den Anspruch gelten die vorstehenden Bestimmungen entsprechend.

Der jeweilige Rückforderungsberechtigte erhält für den Fall der Rückforderung beim Versterben des Erwerbers hiermit unwiderruflich Vollmacht zur Vornahme aller zur Rückübertragung erforderlichen Rechtshandlungen unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB.“

In Ziffer VII. 2. Rückauflassungsvormerkungen ist vereinbart:

„Zur Sicherung des aufschiebend und auflösend bedingten Rükckerwerbsrechts gemäß Ziffer IV. bewilligten und beantragen die Vertragsteile die Eintragung je einer entsprechenden Vormerkung gemäß § 883 BGB für

den Veräußerer

die Kinder des Veräußerers aus erster Ehe zu gleichen Anteilen.“

In Abteilung II ist unter I. Nr. 6 die Auflassungsvormerkung für die Kinder aus erster Ehe des Beteiligten zu 2 unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 3.9.1993 eingetragen.

Am 12.9.2018 errichteten die Beteiligten eine notarielle Urkunde zum Verzicht auf ein Rückforderungsrecht. Darin ist unter II. vereinbart:

„Der Erschienene (...) (Beteiligter zu 2) gibt hiermit sein Rückforderungsrecht gemäß Ziffer IV. der Vorurkunde vollinhaltlich auf, da (...).

Die Vertragsteile stellen fest, dass das in Ziffer IV. 5. der Vorurkunde zugunsten der erstehelichen Kinder von (...) (Beteiligter zu 2) eingeräumte Rückforderungsrecht nicht als echter Vertrag zugunsten Dritter vereinbart war und die Vertragsteile sich die Abänderung oder Aufhebung dieses Rechts ohne deren Zustimmung jederzeit vorbehalten wollten.

Mit der Aufgabe des Rechts für (...) (Beteiligter zu 2) soll nun das Recht der in Ziffer IV. 5. benannten Ersatzberechtigten ebenfalls wegfallen. Die Vertragsteile sind hierüber einig.“

In Ziffer III. (Grundbuchanträge) der Urkunde bewilligten und beantragten die Beteiligten die Löschung der in Abteilung II. I. Nr. 6. eingetragenen Vormerkung.

Auf den Hinweis, dass eine Löschung der Vormerkung ohne die Mitwirkung der erstehelichen Kinder nicht möglich sei, teilte die Notarin mit, dass der Anspruch mit dessen Aufgabe durch den Beteiligten zu 2 untergegangen sei und damit auch die Vormerkung zugunsten der erstehelichen Kinder gelöscht werden könne.

Diesen Antrag hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 24.10.2018 zurückgewiesen. Das Grundbuch sei nicht unrichtig. Die Vormerkung sichere einen eigenen Anspruch ab, es handele sich bei dem Anspruch der erstehelichen Kinder um eine Alternativberechtigung, sodass der Wegfall des Anspruchs des Beteiligten zu 2 nicht auch den Wegfall des Anspruchs der Kinder zur Folge habe.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 5.4.2019. Es sei nicht von einer Alternativberechtigung auszugehen, da das Recht der erstehelichen Kinder nur dann bestehen sollte, wenn der Beteiligte zu 2 vor seiner Ehefrau, der Beteiligten zu 1, versterben sollte. Die Beteiligten seien daher lediglich von einer Ersatzberechtigung ausgegangen. Zudem stelle die Vereinbarung aus dem Jahr 1993 keinen Vertrag zugunsten Dritter dar, da ein eigenes Recht der erstehelichen Kinder nicht beabsichtigt gewesen sei. Vielmehr sei von den Beteiligten beabsichtigt gewesen, das Recht der Kinder auch ohne deren Zustimmung aufzuheben bzw. zu ändern, zumal die Zuwendung an die Ehefrau eine ehebedingte gewesen sei.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

II. Die nach § 11 Abs. 1 RPfLG mit § 71 Abs. 1 GBO stattliche unbeschränkte Beschwerde gegen die Zurückweisung des Löschantrags ist auch im Übrigen zulässig erhoben (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO).

2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg, da der Löschung der zugunsten der Kinder des Beteiligten zu 2 eingetragene Vormerkung nicht ein fehlender Nachweis der Unrichtigkeit entgegensteht, § 22 Abs. 1 GBO.

a) Eine Berichtigung des Grundbuchs nach § 22 GBO setzt voraus, dass entweder die Bewilligung des Buchberechtigten vorliegt oder die Unrichtigkeit nachgewiesen ist. An die Führung des Nachweises sind strenge Anforderungen zu stellen. Ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Der Antragsteller hat vielmehr alle Möglichkeiten auszüräumen, die der Richtigkeit der Eintragung entgegen stehen könnten (BayObLG, Rpfleger 1992, 19; vgl. *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 37; Bauer/Schaub/Kahler, GBO, 4. Aufl., § 22 Rdnr. 174, jew. m. w. N). Nur ganz entfernte Möglichkeiten brauchen nicht widerlegt zu werden (vgl. Bauer/Schaub/Kahler, GBO, § 22 Rdnr. 171). Was beim Grundbuchamt offenkundig ist, bedarf keines Beweises (vgl. *Demharter*, a. a. O.). Der Nachweis ist grundsätzlich in der Form des § 29 GBO zu führen.

b) Vorliegend hat zwar der Beteiligte zu 2 die Bewilligung der Löschung der Vormerkung erklärt. Er war dazu allerdings nicht bewilligungsberechtigt, da er nicht Buchberechtigter ist. Die Vormerkung ist vielmehr zugunsten seiner Kinder aus erster Ehe eingetragen. Deren Bewilligung liegt jedoch nicht vor.

c) Die Beteiligten können sich allerdings erfolgreich darauf berufen, den Unrichtigkeitsnachweis erbracht zu haben.

aa) Das Grundbuch ist in Bezug auf eine eingetragene Vormerkung dann unrichtig, wenn der durch sie gesicherte Anspruch weggefallen ist (OLG Frankfurt a. M., Rpfleger 1994, 106; MünchKomm-BGB/Kohler, 8. Aufl., § 886 Rdnr. 8). Als Sicherungsmittel hängt die Vormerkung in ihrem Bestand nämlich davon ab, dass der Anspruch besteht, zu

dessen Sicherung sie bestellt ist. Das Grundbuch ist daher unrichtig, wenn der gesicherte Anspruch nicht mehr besteht.

bb) Die Bestellung der Vormerkung zugunsten der Kinder basiert auf einem Vertrag zugunsten Dritter mit einer Leistungspflicht nach dem Todesfall gemäß §§ 328, 331 BGB.

Durch einen Vertrag zugunsten Dritter im Sinne von § 328 BGB erwirbt der Dritte – ohne Durchgang durch das Vermögen des Versprechensempfängers – einen Leistungsanspruch (Palandt/*Grüneberg*, 79. Aufl., § 328 Rdnr. 5). Soll die Leistung an den Dritten hingegen erst nach dem Tode desjenigen erfolgen, welchem sie versprochen wird, so erwirbt der Dritte das Recht auf die Leistung im Zweifel erst mit dem Tode des Versprechensempfängers (§ 331 Abs. 1 BGB; Staudinger/*Jagmann*, Neub. 2015, § 331 Rdnr. 2 ff.; MünchKomm-BGB/*Gottwald*, § 331 Rdnr. 3). In einem solchen Fall gehört der Anspruch aus dem Vertrag bis zum Eintritt des Todesfalles noch zum Vermögen des Versprechensempfängers, der die Rechtsstellung des Dritten noch frei verändern kann, sei es durch einseitigen Akt oder durch Vertrag mit dem Versprechenden (Palandt/, § 331 Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/*Gottwald*, § 331 Rdnr. 1; Staudinger/*Jagmann*, § 331 Rdnr. 7).

cc) Nach dem Vertrag stand das Rückforderungsrecht bis zu seinem Ableben dem Beteiligten zu 2 allein zu, da eine von § 331 BGB abweichende Vereinbarung nicht getroffen wurde. Dieser Anspruch sollte vielmehr nur im Fall des Ablebens des Beteiligten zu 2 vor seiner Ehefrau seinen Kindern aus erster Ehe zufallen. Die Vertragsparteien haben nach dem Vertragswortlaut den Anfall des Rechts auf Zurückforderung des Grundbesitzes bei den Kindern aus erster Ehe nämlich von der Bedingung des Ablebens des Beteiligten zu 2 abhängig gemacht („falls der Veräußerer vor dem Erwerber verstirbt“). Bis zum Ableben des Beteiligten zu 2 sollte hingegen der Leistungsanspruch allein diesem zustehen.

Da diese Bedingung des Ablebens des Beteiligten zu 2 vorliegend noch nicht eingetreten ist, konnte er als Versprechensempfänger die Rechtsstellung der Dritten noch ohne Weiteres durch Vertrag mit der Beteiligten zu 1 als Versprechender wieder ändern bzw. widerrufen.

dd) Auch ist der Nachweis, dass die Vormerkung erloschen ist, vorliegend formgerecht erbracht. Die notariell errichtete Urkunde vom 3.9.1993, in der der Vertrag zugunsten Dritter mit Leistungspflicht nach dem Todesfall enthalten ist, befindet sich ebenso in den Grundakten, wie die Aufhebung dieses Vertrags durch die Ehegatten vor dem Notar am 12.9.2018.

d) Die Möglichkeit einer Aufladung der Vormerkung ist ebenfalls ausgeschlossen. Eine Wiederaufladung kommt nämlich nach der Rechtsprechung nur in Betracht, wenn der zu sichernde Anspruch, die Eintragung und die Bewilligung im Zeitpunkt ihres Zusammentreffens kongruent sind (BGHZ 143, 175, 181). Diese Kongruenz setzt voraus, dass der Anspruch, der der Vormerkung unterlegt werden soll, vom Inhalt her die gleiche herbeizuführende bzw. zu sichernde Rechtsänderung wie die vorangegangene Eintragung betrifft (BGHZ 143, 175, 180).

Da die Vormerkung der Sicherung eines Rückforderungsrechtes diene, das zwar für den Fall des Ablebens des Beteiligten

zu 2 auf die Kinder ausgedehnt war, auf das der Berechtigte im Vertrag vom 12.9.2018 verzichtet hat, scheidet eine spätere Entstehung eines deckungsgleichen Anspruchs aus.

III. Eine Kostenentscheidung war nicht erforderlich, da die Beschwerde der Beteiligten zu 1 und 2 erfolgreich war, § 25 Abs. 1 GNotKG.

7. Vertretung des Minderjährigen bei Grundstücksgeschäft mit einem Elternteil

OLG Brandenburg, Beschluss vom 10.9.2020, 9 WF 198/20

BGB § 107 Nr. 1, § 177 Abs. 1, §§ 181, 1629 Abs. 2 Satz 1, §§ 1795, 1796, 1821

FamFG §§ 58, 59, 60

LEITSÄTZE:

- 1. Will der Ergänzungspfleger an dem Abschluss des Rechtsgeschäfts nicht oder nicht mehr festhalten, darf das Gericht den Abschluss des Rechtsgeschäfts nicht gegen seinen Willen genehmigen.**
- 2. Eine vorsorgliche Ergänzungspflegerbestellung (oder auch ein vorsorgliches Genehmigungserfordernis) ist abzulehnen.**
- 3. Die Einräumung eines bedingten vertraglichen Rückforderungs- oder Rücktrittsrechts führt zur Bewertung des Schenkungsvertrages als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn die Haftung des Beschenkten lediglich auf die Zeit bis zu seiner Volljährigkeit beschränkt wird.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die nicht verheirateten Beteiligten zu 1 und 2 sind die gemeinsam sorgeberechtigten Eltern ihrer minderjährigen Tochter, der Beteiligten zu 3.

2 Die Beteiligten zu 1 und 2 sind zu je ½ Eigentümer von Wohnungs- und Teileigentum. Mit notarieller Urkunde vom (...) 2020 (Notar [...]) überließ der Beteiligte zu 1 seinen ideellen hälftigen Miteigentumsanteil am Grundbesitz unentgeltlich der Beteiligten zu 3, die insoweit, vorbehaltlich nachträglicher Genehmigung durch einen noch zu bestellenden Ergänzungspfleger, von den gemeinsam sorgeberechtigten Beteiligten zu 1 und 2 vertreten wurde. In dem Überlassungsvertrag behielt sich der Beteiligte zu 1 unter § 10 (überschrieben mit Vormerkung) ein Rückübertragungsrecht unter anderem für den Fall der Veräußerung des Vertragsgegenstands ohne seine Zustimmung und für den Fall der Verschlechterung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten zu 3 vor. Der sich hieraus ergebende Rückauflassungsanspruch soll durch eine Vormerkung gesichert werden. In § 11 des Notarvertrags ist u. a. vereinbart, dass die Beteiligten zu 1 und 2 die Beteiligte zu 3 bis zum Erreichen der Volljährigkeit ausdrücklich von allen Zahlungsverpflichtungen freistellen, die mit dem Grundvermögen verbunden sind.

3 Mit Schriftsatz vom 3.3.2020 bat der beurkundende Notar um Einleitung einer Ergänzungspflegschaft bzw. die für das minderjährige Kind abgegebenen Erklärungen familiengerichtlich zu genehmigen. Mit Bestallungsurkunde vom 13.3.2020 wurde Rechtsanwalt R zum Ergänzungspfleger für die Beteiligte zu 3 bestellt (...). Der Aufgabenkreis umfasst die Vertretung der Beteiligten zu 3 bei der Übertragung des Wohnungseigentums. Der Ergänzungspfleger hat aufgrund von Zweifeln an der Vorteilhaftigkeit des Notarvertrags bislang keine Genehmigung der abgegebenen Erklärungen ausgesprochen.

4 Mit Beschluss des AG Oranienburg vom 24.7.2020 (...) ist die familiengerichtliche Genehmigung im Wesentlichen mit der Begründung, der Notarvertrag enthalte in § 10 massive Nachteile für die Beteiligte zu 3, versagt worden. Auf die Gründe dieser Entscheidung wird Bezug genommen.

5 Gegen diesen Beschluss richtet sich die mit Schriftsatz vom 30.7.2020 eingelegte Beschwerde, mit welcher die Erteilung der beantragten Genehmigung weiterhin verfolgt wird.

6 II. 1. Die Beschwerde ist gemäß §§ 58 ff. FamFG statthaft. Gemäß § 111 Nr. 2, § 151 Nr. 4 FamFG i. V. m. § 58 FamFG ist die Verweigerung einer gemäß §§ 1819 ff. BGB erforderlichen familiengerichtlichen Genehmigung als Endentscheidung mit der Beschwerde anfechtbar (vgl. auch OLG Schleswig, NJW-Spezial 2020, 241; OLG Jena, FamRZ 2014, 140).

7 Die Beschwerde ist auch in zulässiger Weise gemäß §§ 58 ff. FamFG eingelegt worden. Wird, wie hier, die familiengerichtliche Genehmigung versagt, steht das Beschwerderecht gemäß §§ 59, 60 FamFG nicht nur dem Kind, sondern auch den Eltern im eigenen Namen zu (OLG Zweibrücken, FamRZ 2012, 1961; BayObLG, FamRZ 1981, 196). Der Senat geht angesichts der Interessenlage davon aus, dass die im Streitfall beteiligten Kindeseltern – vertreten durch den Notar – die Beschwerde im eigenen Namen eingelegt haben, zumal die Einholung einer eventuellen familiengerichtlichen Genehmigung bereits Gegenstand des geschlossenen Notarvertrags (dort S. 3) war.

8 2. In der Sache bleibt die Beschwerde ohne Erfolg, sie ist unbegründet. Das AG hat die in der angefochtenen Entscheidung ausgesprochene Versagung der familiengerichtlichen Genehmigung zutreffend ausgesprochen.

9 a. Dies folgt bereits aus dem Umstand, dass die Voraussetzungen für die Erteilung einer familiengerichtlichen Genehmigung (zumindest derzeit) nicht vorliegen.

10 Die familiengerichtliche Genehmigung eines Rechtsgeschäfts kommt nur dann in Betracht, wenn die dafür erforderlichen gesetzlichen Voraussetzungen gegeben sind. Gleiches gilt auch im Hinblick auf eine – damit verbundene – Bestellung eines Ergänzungspflegers. Die entsprechenden Voraussetzungen müssen dafür jeweils konkret festgestellt werden. Eine lediglich vorsorgliche Ergänzungspflegerbestellung oder ein vorsorgliches Genehmigungserfordernis sind in Ermangelung einer gesetzlichen Grundlage abzulehnen (vgl. [zur Ergänzungspflegerbestellung] BGH, FamRZ 2019, 386; insgesamt dazu *Bartels*, FamRB 2020, 318, 319).

11 Die Einleitung eines familiengerichtlichen Genehmigungsverfahrens setzt zwar keinen förmlichen Antrag voraus, ein

formloses Ersuchen reicht aus. Dieses Ersuchen kann sowohl vom minderjährigen Kind bzw. dessen Vertreter als auch – wie im vorliegenden Fall – vom Vertragspartner ausgehen (BeckOK-BGB/*Kilian*, Stand: 1.8.2020, § 1828 Rdnr. 8). Die Erteilung einer familiengerichtlichen Genehmigung setzt aber stets voraus, dass das minderjährige Kind – ordnungsgemäß vertreten – den Abschluss des genehmigungspflichtigen Rechtsgeschäfts begehrt. Dies ist aber – jedenfalls in der Person der Ergänzungspfleger als Vertreter der minderjährigen Beteiligten zu 3 – nicht (mehr) der Fall. Der bestellte Ergänzungspfleger hat bislang keine Zustimmung zu den abgegebenen Erklärungen ausgesprochen, diese vielmehr nach dem bisherigen Inhalt seiner Schriftsätze auf der vorliegenden Grundlage der notariellen Vereinbarung verweigert. Will aber der Ergänzungspfleger an dem Abschluss des Rechtsgeschäfts nicht oder nicht mehr festhalten, so darf das Gericht den Abschluss des Rechtsgeschäfts nicht gegen seinen Willen genehmigen (BeckOK-BGB/*Kilian*, § 1828 Rdnr. 8 unter Bezugnahme auf BGH, NJW 1952, 1410; MünchKommBGB/*Kroll-Ludwigs*, 8. Aufl. 2020, § 1828 Rdnr. 12).

12 b. Etwas anderes könnte nur dann gelten, wenn es der Bestellung eines Ergänzungspflegers nicht bedurft hätte und die Beteiligte zu 3 bei Abschluss des Notarvertrags bereits wirksam durch die Beteiligten zu 1 und 2 vertreten worden wären. Dies ist aber nicht der Fall.

13 aa. Im Verfahren über die familiengerichtliche Genehmigung eines von Eltern als gesetzliche Vertreter ihres minderjährigen Kindes abzuschließenden Vertrages bedarf es zur Vertretung des nicht verfahrensfähigen Kindes im Verfahren und für die Bekanntgabe der die Genehmigung aussprechenden Entscheidung zwar grundsätzlich keines Ergänzungspflegers (BGH, FamRZ 2019, 986; FamRZ 2014, 640). Etwas anderes gilt allerdings dann, wenn und soweit die Eltern nach § 1795 BGB kraft Gesetzes von der Vertretung ausgeschlossen sind oder ihnen die Vertretung wegen einer bestehenden Interessenkollision nach § 1796 BGB durch gerichtliche Entscheidung entzogen worden ist (BGH, FamRZ 2019, 986; FamRZ 2018, 1512; FamRZ 2011, 1788). Die entsprechenden Voraussetzungen müssen dabei jeweils konkret festgestellt werden. Eine vorsorgliche Ergänzungspflegerbestellung (oder auch ein vorsorgliches Genehmigungserfordernis) ist in Ermangelung einer gesetzlichen Grundlage abzulehnen (zutreffend *Bartels*, FamRB 2020, 318, 319; vgl. erneut BGH, FamRZ 2019, 386).

14 Ein Vertretungsausschluss gemäß § 1795 BGB Abs. 1 Nr. 1 (für die Mutter), Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB (für den Vater) ist vorliegend gegeben, wie aus den nachfolgenden Ausführungen folgt, weshalb die von den Eltern für den Beteiligten zu 3 abgegebenen Erklärungen zunächst gemäß § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam waren.

15 bb. Gemäß § 1629 Abs. 1 BGB umfasst die elterliche Sorge zwar grundsätzlich die Vertretung des Kindes. Davon macht jedoch § 1629 Abs. 2 S. 1 BGB insoweit eine Ausnahme, als die Eltern von der Vertretung ausgeschlossen sind, wenn ein Fall des § 1795 BGB vorliegt. Der Vater und die Mutter können nach § 1795 BGB Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB das Kind bei einem Rechtsgeschäft zwischen dem Vater einerseits und dem Kind andererseits nicht vertreten, es

sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht. Letzteres ist dann gegeben, wenn der schuldrechtliche Schenkungsvertrag rechtswirksam ist, weil dann durch die Auflassung ausschließlich eine Verbindlichkeit erfüllt wird (BGH, NJW 1975, 1885). Eine rechtswirksame schuldrechtliche Vereinbarung bei Vertretung eines geschäftsunfähigen Minderjährigen durch die Eltern liegt allerdings nur dann vor, wenn das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft entsprechend § 107 BGB ist. Denn nach der Rechtsprechung des BGH greift das Vertretungsverbot des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB bei Vorliegen dieser Voraussetzung nicht (BGH, NJW 1975, 1885).

16 § 107 BGB ist eine formal zu handhabende Ordnungsvorschrift, bei der es lediglich auf die rechtlichen Folgen eines Rechtsgeschäfts für den Minderjährigen ankommt. Lediglich rechtlich vorteilhaft sind insbesondere dingliche Rechtsgeschäfte, aufgrund derer der Minderjährige ein Recht erwirbt, ohne dass zugleich unmittelbar aus dem Rechtsgeschäft auch ein rechtlicher Nachteil zulasten des Minderjährigen erwächst. Das gilt etwa für die Einigung über den Eigentumsübergang einer Sache an den Minderjährigen wie zum Beispiel bei einer Übertragung von Grundeigentum. Die mit jedem Rechtserwerb, insbesondere dem Erwerb von Grundstückseigentum, notwendig verbundenen allgemeinen öffentlichen Lasten (zum Beispiel Steuer-, Abgaben-, Gebühren-, Verkehrssicherungs-, Polizeipflicht etc.) stellen lediglich mittelbare Rechtsnachteile dar, die das dingliche Rechtsgeschäft nach ganz herrschender Meinung nicht zustimmungspflichtig machen (allg. Ansicht, vgl. nur BGH, FamRZ 2005, 359).

17 cc. Die am 12.4.2013 geborene Beteiligte zu 3 war zum Zeitpunkt der notariellen Beurkundung ([...] 2020) nach § 104 Nr. 1 BGB geschäftsunfähig, da sie das siebte Lebensjahr noch nicht vollendet hatte. Vorliegend ist Übergeber der Vater der Beteiligten zu 3. Das Rechtsgeschäft hat die schenkweise Übertragung von Wohnungseigentum zum Gegenstand.

18 Ob bei einer Schenkung des gesetzlichen Vertreters an den Minderjährigen die Frage einer nicht lediglich rechtlich vorteilhaften und zustimmungsbedürftigen Gestaltung einer Gesamtbetrachtung des schuldrechtlichen und des dinglichen Geschäftes heraus beantwortet werden muss (so BGH, FamRZ 1981, 761) oder ob man den Minderjährigenschutz in diesen Fällen dadurch gewährleisten kann, dass man § 181 BGB im Wege der teleologischen Reduktion nur eingreifen lässt, wenn das Erfüllungsgeschäft dem Minderjährigen nicht unmittelbar rechtlich nachteilig ist (so die mittlerweile wohl h. M., vgl. jurisPK-BGB/*Nalbach*, Stand: 1.5.2020, § 107 Rdnr. 25 m. w. N.), kann hier dahinstehen. Denn der Streit ist praktisch allein dann von Bedeutung, wenn das schuldrechtliche (Schenkungsvertrag) und dingliche (Auflassung) Rechtsgeschäft zeitlich auseinanderfallen, nicht aber wenn – wie es auch der Praxis sowie dem vorliegenden Fall entspricht – Schenkungsvertrag und Auflassung in einer Urkunde zusammengefasst werden (vgl. auch dazu *Nalbach*, a. a. O.).

19 Die in der notariellen Urkunde vom (...) 2020 getroffene Vereinbarung ist für die minderjährige Beteiligte zu 3 wegen der enthaltenen (bedingten) Rückübertragungsverpflichtung, die in § 10 (insoweit sehr missverständlich mit Vormerkung überschrieben) geregelt ist, nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.

Steht der Schenkungsvertrag unter einem Rücktrittsvorbehalt des Schenkers, kann der Minderjährige im Falle der Ausübung des Rücktrittsrechts zum Wertersatz oder Schadensersatz, insbesondere wegen einer zwischenzeitlichen Verschlechterung des zurück zu gewährenden Gegenstands, verpflichtet sein. Die Einräumung eines bedingten vertraglichen Rückforderungs- oder Rücktrittsrechts führt zur Bewertung des Schenkungsvertrages als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn die Haftung des Beschenkten nicht auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung beschränkt bleibt. Die fehlende Beschränkung auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung setzt den Beschenkten nämlich der Gefahr aus, aus seinem sonstigen Vermögen Schadensersatz oder Wertersatz leisten zu müssen (BGH, FamRZ 2005, 359; BayObLG, FamRZ 2004, 1055). Dies entspricht seit längerem gerade auch dem notarrechtlichen Schrifttum (vgl. nur Münch/Müller-Engels, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2020, § 13 Rdnr. 169). Das vom Notar eingereichte Gutachten des Deutschen Notarinstituts vom 7.3.2002 (...) ist – jedenfalls insoweit – erkennbar veraltet, schon da es die zeitlich später ergangene BGH-Entscheidung (BGH, FamRZ 2005, 359) nicht beachtet. Zudem geht dieses Gutachten auch von einer fehlerhaften Prämisse (auf S. 4 unter c)) aus. Für die Frage einer Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1821 BGB spielt es nämlich keine Rolle, ob das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist. Dies ist vielmehr nur im Rahmen der Prüfung der wirksamen Vertretung des Minderjährigen von Bedeutung (vgl. insoweit ausdrücklich OLG München, Rpfleger 2020, 379).

20 Eine Beschränkung auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung enthält der Notarvertrag nicht. Vorliegend ist die Beteiligte zu 3. für die Zeit ihrer Minderjährigkeit zwar von einer Kostentragungslast befreit, wie aus § 11 Abs. 3 des Notarvertrags folgt. Diese Befreiung endet aber mit dem Erreichen der Volljährigkeit der Tochter. Ab diesem Zeitpunkt besteht für diese somit die Gefahr, dass sie infolge einer Rückübertragung ihren geschenkten Vermögenswert verliert, für die ab der Volljährigkeit entstandenen Kosten/Lasten aber weiterhin einzustehen hat und zudem eventuell Schadensersatz oder Wertersatz leisten muss. Mag auch bis zum Eintritt der Volljährigkeit noch ein zeitlich weiter Weg gegeben sein, so ist das Rechtsgeschäft jedenfalls für die Beteiligte zu 3. insoweit erkennbar gefahrgeneigt und damit auch nicht lediglich rechtlich vorteilhaft.

21 Ist ein Vertrag nicht in diesem Sinne rechtlich vorteilhaft, so soll die Entscheidung darüber, ob der Vertrag wirksam werden soll, dem gesetzlichen Vertreter obliegen, der durch Abwägung der sich für den Minderjährigen ergebenden Rechte und Verpflichtungen ermitteln soll, ob der Vertrag dem Minderjährigen im Ergebnis wirtschaftlich vorteilhaft ist (jurisPK-BGB/Nalbach, § 107 Rdnr. 2 a. E.). Ist der gesetzliche Vertreter seinerseits von der Vertretung wie im vorliegenden Fall ausgeschlossen, obliegt diese Abwägung dem dann zu bestellenden (hier bereits bestellten) Ergänzungspfleger.

22 dd. Die Frage, ob eine familienrechtliche Genehmigung hier angesichts des Inhalts des Notarvertrags zu Recht versagt wurde, stellt sich damit vorliegend zwar nicht.

23 Rein vorsorglich sei aber darauf hingewiesen, dass eine familiengerichtliche Genehmigung hier wegen § 1821 Abs. 1

Nr. 4 in Verbindung mit Nr. 1 BGB wohl zutreffend versagt worden ist, weil die Beteiligte zu 3 nach der vertraglichen Vereinbarung zur Rückübertragung eben nicht uneingeschränkt nur verpflichtet ist, soweit sie noch bereichert ist; die Haftung der Beteiligten zu 3 ist also nicht zuverlässig auf das ihr unentgeltlich Zugewandte beschränkt (vgl. auch OLG München, Rpfleger 2020, 379).

24 III. Die Kostenentscheidung für das Beschwerdeverfahren folgt aus § 84 FamFG. Die Festlegung des Verfahrenswertes beruht auf § 36 FamGKG. Danach ist auf den Wert des Übertragungsgegenstandes abzustellen, den der Senat angesichts der Vertragsurkunde (vgl. dort § 11 letzter Absatz) mit 92.500 € bemisst.

25 Gründe, gemäß § 70 Abs. 2 FamFG die Rechtsbeschwerde zuzulassen, sind nicht gegeben.

26 Die Entscheidung ergeht schriftlich gemäß § 68 Abs. 3 S. 2 FamFG. Eines vorherigen Hinweises darauf bedarf es nicht (BGH, FamRZ 2017, 1668).

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

8. Anspruch auf Auflassung eines Grundstückes gegen einen mit Weitergabeverpflichtung Beschenkten

OLG München, Endurteil vom 8.2.2021, 33 U 4723/20

BGB § 330 Satz 2, §§ 525, 1365 Abs. 1, § 1967 Abs. 2, § 2302

ZPO §§ 292, 415

LEITSÄTZE:

- 1. Gegenstand einer Auflage kann auch eine lebzeitige Weitergabeverpflichtung schuldrechtlicher Art sein, mit der Abrede, dass der Erstbeschenkte den Schenkungsgegenstand bis zu seinem Tod an den Zweitbeschenkten weiterzugeben hat, wobei diese Wirkung über den Tod des Erstbeschenkten hinaus entfaltet. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Insbesondere begründet eine derartige, nur rein schuldrechtliche Weitergabeverpflichtung keine gegen das Prinzip der Universalsukzession verstoßende Sondererfolge in einen einzelnen Gegenstand. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 3. Auch formbedürftige Rechtsgeschäfte sind der Auslegung zugänglich, insbesondere gibt es keinen Erfahrungssatz dahin, dass notarielle Texte immer sprachlich zweifelsfrei formuliert sind. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 4. Auch wenn maßgebender Zeitpunkt für die Auslegung grundsätzlich der Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärungen ist, kann das nachträgliche Verhalten der Parteien unter Umständen von Bedeu-**

tung für die Ermittlung des tatsächlichen Willens und des tatsächlichen Verständnisses der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten sein, sodass nachträgliche Vorgänge jedenfalls insoweit bei der Auslegung berücksichtigt werden können, soweit diese Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verständnis der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten zulassen. (Leitsatz der Schriftleitung).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Kläger, zu deren Gunsten ebenso wie zugunsten des Beklagten zu 2 im Grundbuch eine Aufassungsvormerkung bezüglich des streitgegenständlichen Grundstücks eingetragen ist, begehren von den beiden Beklagten Zustimmung zur (anteiligen) Übertragung eines Grundstücks in M, I Straße 7, auf die Kläger und den Beklagten zu 2 und Bewilligung von deren Eintragung im Grundbuch jeweils zu 1/3 als Eigentümer vor dem Hintergrund das streitgegenständliche Grundstück betreffender notarieller Schenkungsvereinbarungen zwischen ihrem Großvater H H, verstorben am (...)3.2019, und ihrem Vater F H, verstorben am (...)9.2017.

2 Die Parteien sind wohl kraft gewillkürter Erbfolge (...) Mitglieder der Erbengemeinschaft nach F H (nachfolgend abgekürzt: Erblasser). Die Kläger sind die Kinder aus der ersten Ehe des Erblassers, die am 30.3.1995 geschieden wurde. Die Beklagte zu 1 ist kraft Eheschließung vom 29.9.1995 die zweite Ehefrau des Erblassers, wobei die Ehegatten mit notariellem Ehevertrag vom 27.7.1995 (...) u. a. Gütertrennung vereinbart hatten. Der Beklagte zu 2, geboren 1996, ist Sohn aus der zweiten Ehe des Erblassers, mithin der Halbbruder der Kläger.

3 H H und der Erblasser haben bezüglich des streitgegenständlichen Grundstücks drei notarielle Vereinbarungen getroffen:

- Vereinbarung vom 12.12.1995, Überschrift „Hausübergabe“ (...)
- Vereinbarung vom 15.5.2003, Überschrift „Nachtrag zur Hausübergabe vom 12.12.1995“ (...)
- Vereinbarung vom 25.6.2008, Überschrift „Weiterer Nachtrag zur Hausübergabe vom 12.12.1995“ (...).

4 Darüber hinaus wurde zu der das streitgegenständliche Grundstück betreffenden „Hausübergabe“ in dem zwischen H H und seiner Ehefrau am 18.10.2006 geschlossenen „Erbvertrag“ (...) unter Ziffer I. 3. „Weitergabe und Nutzungsrechte“ u. a. festgehalten:

„Mit der diesamtlichen Urkunde „Hausübergabe“ URNr. (...)11 R/1995 vom 12.12.1995 haben die Ehegatten H ihr Hausanwesen, I Str. 7, M an ihren Sohn F H übergeben und ihn u. a. zugleich zur Weitergabe des Anwesens „an die gegenwärtigen und künftigen leiblichen Kinder des Übernehmers als Miteigentümer zu gleichen Teilen“ verpflichtet. Über die Weitergabe haben die Ehegatten H mit ihrem Sohn F H (Anm. des Senats: vgl. dazu Ziffer I. 1. c.) am 15.5.2003 zu diesamtlicher Urkunde URNr. (...)55 R/2003 weiterführende Vereinbarungen getroffen, wodurch letztlich P H und V H, die erstehelichen Kinder des F H,

das Anwesen spätestens beim Tode ihres Vaters als Miteigentümer zu je ein Halb bekommen sollen.“

5 Hinsichtlich zweier anderer Grundstücke von H H wurden, ausweislich des neuen Vortrages der Beklagten in der Berufungsinstanz, ebenfalls notarielle Vereinbarungen zwischen H H und seinen anderen beiden Kindern am 12.12.1995 getroffen (...).

6 Im Übrigen nimmt der Senat hinsichtlich des Sach – und Streitstandes auf die Feststellungen im Ersturteil des LG München I vom 6.8.2020 Bezug, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

7 Das Erstgericht hat der Klage, mit Ausnahme der Nebenforderung bezüglich außergerichtlicher Anwaltskosten, stattgegeben, da den Klägern gegen die Beklagten der geltend gemachte Anspruch auf Auflassung und Eintragung der Eigentumsübertragung im Grundbuch nach § 1967 BGB zustehe. Die Beklagten hätten als Miterben des F H dessen Schuld aus der zwischen dem Erblasser und H H wirksam vereinbarten Schenkungsaufgabe, wonach der Erblasser zur unentgeltlichen Weitergabe der Immobilie an seine Kinder spätestens bis zu seinem Tod verpflichtet gewesen sei, zu erfüllen. Dies ergebe sich im Wege der Auslegung der notariellen Vereinbarung vom 12.12.1995, auch im Lichte zeitlich nachfolgend geschlossener, weiterer Vereinbarungen. Daraus lasse sich der Wille des Schenkers ableiten, die Immobilie spätestens mit dem Ableben des Beschenkten F H seinen Enkeln im Wege einer „Nachschenkung“ zukommen zu lassen. Ob, wie von den Beklagten behauptet, der zwischen dem Erblasser und der Beklagten zu 1 geschlossene Ehevertrag sittenwidrig sei und daher die notarielle Vereinbarung vom 25.6.2008 der Zustimmung der Beklagten zu 1 gemäß § 1365 BGB bedürft hätte, könne offenbleiben.

8 Hiergegen wenden sich die Beklagten mit ihrer Berufung (...) und rügen insbesondere eine fehlerhafte Auslegung durch das Erstgericht. Das Erstgericht gehe rechtsirrig davon aus, dass in dem notariellen Vertrag vom 12.12.1995 die unentgeltliche Weitergabe der Immobilie an die Kinder des Erblassers zunächst zu Lebzeiten und spätestens mit dessen Tode wirksam vereinbart sei. Der Vertrag vom 12.12.1995 weise keine Regelungslücke auf und sei einer ergänzenden Auslegung nicht zugänglich. Für einen notariellen Vertrag gelte die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit. Anhaltspunkte für eine abschließende Regelung der Rückgabe- und Weitergabepflichten des mit dem Grundstück beschenkten Erblassers ergäben sich auch aus zwei weiteren, zeitgleichen Grundstücksübertragungen durch H H. Undenkbar sei es zudem für die Auslegung Urkunden heranzuziehen, die 8, 11 und 13 Jahre nach der Urkunde aus dem Jahr 1995 errichtet worden sind. Im Übrigen ergebe sich auch aus der Urkunde 2003, die schon mangels Mitwirkung der Großmutter (§ 311 BGB) unwirksam sei, keine Verpflichtung des Vaters zur unbedingten Weitergabe der Immobilie. Die in der Urkunde 2008 schließlich geregelte Weitergabepflicht der Immobilie an die Kläger sowie den Beklagten zu 2 als Miteigentümer zu je einem Drittel spätestens bei Ableben des Vaters könne schon denknotwendig keine Schenkung unter Auflage darstellen, da die Schenkung bereits 13 Jahre vorher erfolgt sei. Die Schenkungsaufgabe verstoße auch gegen das erbrechtliche Umgehungsverbot bzw. das „Verbot Fideikommiss“ sowie gegen § 2303 BGB.

Ungeachtet dessen habe sich der Vater damit verpflichtet, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen, wofür die Einwilligung der Beklagten zu 1 gemäß § 1365 BGB erforderlich gewesen wäre, da der am 27.7.1995 geschlossene Ehevertrag wegen Sittenwidrigkeit unwirksam gewesen sei. Die Beklagte zu 1 sei zum damaligen Zeitpunkt der deutschen Sprache kaum mächtig gewesen und aufgrund ihrer ungesicherten Aufenthaltssituation – am 9.5.1995 war ein Abschiebebescheid gegen sie ergangen – sei für sie die Heirat die einzige Möglichkeit zur Sicherung des Weiteren Aufenthalts in Deutschland gewesen. Im Rahmen der Verhandlung mit dem damaligen Verlobten sei die Beklagte zu 1 daher deutlichst unterlegen gewesen, sodass die Entscheidung des BGH XII ZB 20/17 einschlägig sei.

9 Die Beklagten beantragen im Berufungsverfahren (...):

1. Das Urteil des LG München I vom 6.8.2020 (23 O 8748/19) wird aufgehoben und der Rechtsstreit zur erneuten mündlichen Verhandlung und Entscheidung an das LG München I zurückverwiesen.

2. Im Falle einer eigenen Sachentscheidung des Berufungsgerichts, das Urteil teilweise abzuändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

3. Vorsorglich wird für den Fall des Unterliegens beantragt, die Revision zuzulassen.

10 Die Kläger beantragen (...),

die Berufung zurückzuweisen.

11 Am 18.1.2021 hat der Senat mündlich verhandelt und im Vorfeld den Parteien angesichts der Pandemielage ein persönliches Erscheinen freigestellt, wovon durch den Kläger zu 2 und die Beklagte zu 1 Gebrauch gemacht wurde. Hinsichtlich des Inhalts und Ergebnisses der mündlichen Verhandlung wird auf das Protokoll (...) Bezug genommen. Eine gütliche Einigung, um die sich der Senat bemüht hat, scheiterte leider daran, dass der Beklagte zu 2 angab, angesichts der schwierigen Sach- und Rechtslage einen Gang zum BGH allem anderen vorzuziehen, und deshalb jegliche Vergleichsverhandlungen abgelehnt hat.

(...) **13** II. Die gemäß §§ 511 ff. ZPO zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Die angefochtene Entscheidung des Erstgerichts, auf dessen zutreffende und überzeugende Ausführungen der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt, ist im Ergebnis richtig. Auf der Grundlage der zwischen H H und dem Erblasser geschlossenen Individualvereinbarungen steht den leiblichen Kindern des Erblassers, mithin auch den Klägern, der geltend gemachte Anspruch auf Auflassung und Eintragung im Grundbuch als Eigentümer des streitgegenständlichen Grundstücks zu je 1/3 gemäß § 1967 BGB zu, denn:

– Der Erblasser ist gegenüber dem Schenker H H wirksam eine schuldrechtliche Verpflichtung (Auflage zur Erstschenkung) zur (Weiter-)Übertragung des streitgegenständlichen Grundstücks auf seine Kinder eingegangen, zu erfüllen zu Lebzeiten, spätestens mit seinem Tode (dazu nachfolgend Ziffer II. 1.).

– Die Kläger haben gegen die Beklagten unmittelbar einen Anspruch auf Erfüllung dieser Auflage (dazu nachfolgend Ziffer II. 2.).

– Diesem Anspruch steht auch nicht eine etwaige Unwirksamkeit der Vereinbarung vom 25.6.2008 mangels Zustimmung der Beklagten zu 1 gemäß § 1365 Abs. 1 BGB entgegen (dazu nachfolgend Ziffer II. 3.).

14 1. Schenkung des Grundstücks unter der Auflage der Weitergabepflicht an die Kinder des Beschenkten H H hat dem Erblasser als dem Erstbeschenkten das streitgegenständliche Grundstück (nur) unter der Auflage einer schuldrechtlichen Weitergabepflicht an seine Kinder, die Zweitbeschenkten, überlassen.

15 a) Rechtliche Gestaltung

16 Das BGB regelt die Schenkung mit Weitergabeverpflichtung nicht als eigenständigen Vertragstyp, sondern erwähnt lediglich in § 525 BGB die Schenkung unter Auflage. Durch eine vertraglich vereinbarte Auflage kann der Beschenkte grundsätzlich zu jedem denkbaren Tun oder Unterlassen auch im Interesse eines Dritten aus dem Zugewendeten verpflichtet werden (Palandt/*Weidenkaff*, 80. Aufl. 2021, § 525 Rdnr. 1). Gegenstand einer Auflage kann mithin denkbare auch eine lebzeitige Weitergabeverpflichtung schuldrechtlicher Art sein, mit der Abrede, dass der Erstbeschenkte den Schenkungsgegenstand spätestens bis zu seinem Tod an den Zweitbeschenkten weiterzugeben hat. Eine solche Auflage ist nach herrschender Meinung (*Feick*, ZEV 2002, 85; Groll/Steiner/*Rösler*, Praxishandbuch Erbrechtsberatung, 5. Aufl. 2019, Rdnr. 26.302; Staudinger/*Chiusi*, Neub. 2013, § 525 Rdnr. 19, 54) auch grundsätzlich zulässig und entfaltet Wirkung über den Tod des Erstbeschenkten hinaus, weil der Beschenkte sie in der letzten juristischen Sekunde seines Lebens erfüllen kann und muss, sodass mit ihr mangels Ähnlichkeit mit erbrechtlichen Bindungen oder dem abgeschafften Erbschaftsfideikommiss auch keine Umgehung der Formvorschriften des Erbrechts einhergeht. Insbesondere wird bei einer nur schuldrechtlichen Weitergabeverpflichtung keine gegen das Prinzip der Universal sukzession verstoßende Sondererfolge für einen einzelnen Gegenstand begründet. Auch bedarf es (anders als in der Kommentierung bei MünchKomm-BGB/*Koch*, 8. Aufl. 2019, § 525 Rdnr. 3 zugrunde liegenden Fallgestaltung) keiner Einhaltung der Formvorschriften der §§ 1939, 1940 BGB, da eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Weiterleitung des Schenkungsgegenstandes an den Beschenkten selbst gerichtet ist und nicht etwa an dessen Erben. Mit einer solchen Gestaltung findet auch keine Einschränkung der Testierfreiheit des Erstbeschenkten gemäß § 2302 BGB statt, lediglich sein Nachlass wird mit einem Herausgabeanspruch eines Dritten belastet.

17 b) Auslegung der notariellen Vereinbarung(en)

18 Der Schenker des Grundstücks H H und der insoweit beschenkte Erblasser F H haben (schon) mit dem notariellen Vertrag vom 12.12.1995 eine solche rechtliche Gestaltung, wie eben dargestellt, gewählt und eine lebzeitige Verpflichtung schuldrechtlicher Art des Erblassers zur unentgeltlichen Weitergabe des Grundstücks an seine leiblichen Kinder, die Kläger und den Beklagten zu 2, vereinbart.

aa) Prüfungsmaßstab

Ein Berufungsgericht hat die erstinstanzliche Auslegung gemäß § 513 Abs. 1, § 546 ZPO – auf der Grundlage der nach

§ 529 ZPO maßgeblichen Tatsachen – in vollem Umfang darauf zu überprüfen, ob sie überzeugt. Hält es die erstinstanzliche Auslegung nur für eine zwar vertretbare, letztlich aber bei Abwägung aller Gesichtspunkte nicht für eine sachlich überzeugende Auslegung, so hat es selbst die Auslegung vorzunehmen, die es als Grundlage einer sachgerechten Entscheidung des Einzelfalls für geboten hält (vgl. BGH, Urteil vom 14.7.2004, VIII ZR 164/03, NJW 2004, 2751).

19 bb) Auslegungsbedürftigkeit

20 Der Wortlaut jedenfalls der notariellen Vereinbarung vom 12.12.1995 enthält, anders als die späteren notariellen Vereinbarungen, keine ausdrückliche Aussage zu der vorliegend im Raum stehenden Frage einer Auflage an den Beschenkten in Form der unentgeltlichen Weitergabepflicht der Immobilie an seine Kinder spätestens bei seinem Ableben. Sie ist mithin auslegungsbedürftig.

21 Der Auslegungsbedürftigkeit steht vorliegend nicht entgegen, dass es sich bei der Vereinbarung aus dem Jahr 1995, wie auch sämtlichen nachfolgenden, hier relevanten Vereinbarungen, um formbedürftige, notariell beurkundete Vereinbarungen handelt. Auch formbedürftige Rechtsgeschäfte sind der Auslegung zugänglich, insbesondere gibt es keinen Erfahrungssatz dahin, dass notarielle Texte immer sprachlich zweifelsfrei formuliert sind (BayObLG, Beschluss vom 20.2.1997, 1 ZB BR 44/96, NJW-RR 1997, 835; BeckOGK-BGB/Möslein, Stand: 1.10.2020, § 133 Rdnr. 83 ff.; Palandt/Ellenberger, § 133 Rdnr. 19).

22 cc) Wortlaut

23 Aus dem bei der Auslegung zunächst in den Blick zu nehmenden Wortlaut der Vereinbarung vom 12.12.1995 selbst ergibt sich, dass der Schenker Wert darauf gelegt hat, dass die streitgegenständliche Immobilie im Familienbesitz bleibt (...), dem tragen auch die vereinbarten Auflagen Rechnung. Dabei verstanden die an dem Schenkungsvertrag Beteiligten offensichtlich unter Familie Verwandte in gerade Linie in Person der leiblichen Kinder des Beschenkten, seines Sohnes, mithin nicht etwaige Ehefrauen des Beschenkten als nur „Angehörige“ im umgangssprachlichen Sinn. Eine Regelungslücke enthält die Vereinbarung jedoch zu der vorliegend im Raum stehenden Frage, ob der Beschenkte, unabhängig von den im Vertrag geregelten Fallgruppen für eine Rückgabe- bzw. Weitergabepflicht, zur unentgeltlichen Weitergabe der Immobilie an seine Kinder spätestens bei seinem Ableben verpflichtet sein sollte.

24 dd) Begleitumstände

25 Grundsätzlich sind außerhalb des Erklärungsaktes liegende Begleitumstände, wie zum Beispiel die Entstehungsgeschichte oder Äußerungen der Parteien über den Inhalt des Rechtsgeschäfts, in die Auslegung miteinzubeziehen. Von maßgeblicher Bedeutung sind insoweit auch rechtsgeschäftliche Erklärungen in anderen Verträgen, sofern diese mit dem auszulegenden Rechtsgeschäft in Zusammenhang stehen (Staudinger/Singer, Neub. 2017, § 133 BGB Rdnr. 49 m. w. N.). Auch wenn maßgebender Zeitpunkt für die Auslegung grundsätzlich der Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärungen ist, kann das nachträgliche Verhalten der Parteien zwar den objektiven Er-

klärungsinhalt nicht mehr beeinflussen, hat aber unter Umständen Bedeutung für die Ermittlung des tatsächlichen Willens und des tatsächlichen Verständnisses der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten (BGH, Versäumnisurteil vom 6.7.2005, VIII ZR 136/04, NJW 2005, 3205, 3207). Nachträgliche Vorgänge können jedenfalls insoweit berücksichtigt werden, soweit diese Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verständnis der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten zulassen (BGH, Urteil vom 24.6.1988, V ZR 49/87, NJW 1988, 2878, 2879; Palandt/Ellenberger, § 133 Rdnr. 17; Staudinger/Singer, § 133 Rdnr. 50).

26 Auf dieser Grundlage kommt den der Schenkung 1995 zeitlich nachfolgend getroffenen Vereinbarungen bzw. Willenserklärungen der Schenkungsparteien Bedeutung zu, denn aus ihnen ergeben sich, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten im Jahr 1995 bezüglich einer schuldrechtlichen Weitergabepflicht des Beschenkten/ Erblassers an seine Kinder. Deren Berücksichtigung steht infolge dessen das von den Beklagten ins Feld geführte Argument der zeitlichen Diskrepanz nicht entgegen.

27 Im Einzelnen:

– Mit Erbvertrag vom 18.10.2006, dort Ziffer I. 3., hat der Schenker seinen Willen zur von Anfang an beabsichtigten Schenkung des Grundstücks unter der Auflage einer schuldrechtlichen Weitergabepflichtung bzw. Nachschenkung klar dokumentiert, in dem dort festgehalten wird, dass dem Sohn/Erblasser das Grundstück 1995 übergeben und dieser „unter anderem zugleich zur Weitergabe des Anwesens an die gegenwärtigen und künftigen leiblichen Kinder des Übernehmenden als Miteigentümer zu gleichen Teilen verpflichtet“ worden sei.

– Die Vereinbarung vom 15.5.2003 spiegelt in Ziffer II. 1. S. 3 den übereinstimmenden Willen der an der Schenkung beteiligten Parteien wider, dass die leiblichen Kinder des Erblassers, damals nur erfasst in Person der beiden Kläger, den Haus- und Grundbesitz I Straße 7 spätestens beim Ableben ihres Vaters (von diesem übertragen) bekommen sollten, „falls er ihn den Kindern nicht schon lebzeitig übereignet.“ (Zugleich wurden den Kindern signifikante, dinglich abgesicherte Nutzungsrechte an der Immobilie zugestanden, Ziffer II. 3., und deren Rechte durch Auflassungsvormerkung gesichert, Ziffer III.) Diese Verpflichtung wird allgemein und losgelöst von der zuvor in der Urkunde aufgeführten, speziellen Weitergabepflicht normiert. Soweit die Beklagten auf S. 8 der Berufungsbegründung insoweit unter Bezugnahme auf das Testament des Erblassers (...) von einer „aufgezwungenen Regelung“ sprechen, ändert dies nichts daran, dass der Erblasser sich auf diese Regelung eingelassen und sie im Übrigen im Jahr 2008 bekräftigt hat.

– Zweck der „weiterführende(n)“ Vereinbarungen über den Haus- und Grundbesitz (...) vom 25.6.2008 sollte es „hauptsächlich“ sein, das Anwesen „in Familienbesitz zu erhalten“, Ziffer I. 1. Abs. 2 und Ziffer I. 2., und die Familie dabei um den Beklagten zu 2 zu erweitern, Ziffer I. 3. In Ziffer II.1. wird sodann unstreitig (...) und zweifelsohne eine allgemeine Verpflichtung des Beschenkten zu einer Weiterübertragung der

Immobilie an seine drei Kinder vereinbart/dokumentiert, was im Rahmen der Vertragsfreiheit rechtlich auch ohne Weiteres möglich war.

28 ee) Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit

29 Diesem Auslegungsergebnis steht auch nicht die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit entgegen (...):

30 Zwar besteht danach für die über ein Rechtsgeschäft aufgenommene öffentliche Urkunden im Sinne von § 415 ZPO, mithin auch für notarielle Urkunden, die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit; es wird also vermutet, dass das, was in dem beurkundeten Text steht, der Vereinbarung entspricht und nur das vereinbart ist. Die Partei, die sich auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände – sei es zum Nachweis eines vom Urkundentext abweichenden, übereinstimmenden Willen der Beteiligten, sei es zum Zwecke der Deutung des Inhalts des Beurkundeten – beruft, trifft die Beweislast für deren Vorliegen, wobei der Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO) geführt werden muss, es reicht nicht, dass die Beweiswirkung erschüttert wird (BGH, Urteil vom 10.6.2016, V ZR 295/145, NJW 2017, 175).

31 Dass in der ursprünglichen Vereinbarung vom 12.12.1995 der Wille der Parteien bezüglich der Weitergabepflicht des Beschenkten an seine Kinder nur unvollkommen dokumentiert ist, haben die Kläger vorliegend, wie soeben unter Ziffer I. b. dd. im Einzelnen dargelegt, unter Vorlage der notariellen Urkunden aus den Jahren 2003, 2006 und 2008, aus denen sich der vollständige Wille der Schenkungsparteien entnehmen lässt, nachgewiesen.

32 ff) Weitere Grundstücksübertragungen durch H H im Jahr 1995: Soweit die Beklagten unter Berufung auf eine nicht ersichtliche, erstinstanzliche Gehörsverletzung erstmals im Berufungsverfahren zu weiteren, zeitgleich im Jahr 1995 vom Großvater an zwei andere Kinder erfolgte Grundstücksschenkungen vortragen, ist dieser unstreitige Vortrag zwar nicht gemäß § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert, ändert an dem Ergebnis der Auslegung jedoch nichts.

33 Aus den jeweils differenziert bei den einzelnen Verträgen getroffenen Regelungen für die Weitergabepflicht der jeweils verschenkten Grundstücke lässt sich nicht ableiten, dass die Regelung in der das streitgegenständliche Grundstück betreffende Vereinbarung vom 12.12.1995 abschließend sein sollte. Zum einen stehen die rechtsgeschäftlichen Erklärungen in den weiteren Verträgen mit dem auszulegenden Rechtsgeschäft nicht im Zusammenhang. Zum anderen haben die an der Vereinbarung 1995 beteiligten Parteien, wie unter Ziffer I. b. dd. im Einzelnen ausgeführt, in den nachfolgenden Vereinbarungen gerade dokumentiert, dass es von Anfang an ihr Wunsch war, das streitgegenständliche Grundstück im Besitz der Familie in Person der Abkömmlinge des Beschenkten zu erhalten und dass eine dementsprechende Schenkungsaufgabe gewollt war (die in der Vereinbarung selbst nur unvollkommen zum Ausdruck kam).

34 gg) Abfindungsklauseln in der Urkunde 2008

35 Auch der Einwand der Beklagten zur angeblichen Unwirksamkeit der Klausel in Ziffer II. 2. d. der Vereinbarung 2008 (...) erschüttert das Ersturteil nicht, denn eine Unwirksamkeit der

Vereinbarung vom 25.6.2008 ergibt sich daraus aus keinem ersichtlichen Rechtsgrund, auch nicht wegen Verstoßes gegen § 2302 BGB oder nach § 311b BGB.

36 hh) Unterbliebene Mitwirkung der Großmutter

37 Entgegen S. 11 der Berufungsbegründung steht der Wirksamkeit der vereinbarten Schenkungsaufgabe auch nicht entgegen, dass die Großmutter E H an den Vereinbarungen in den Jahren 2003 und 2008 nicht mehr als Beteiligte mitgewirkt hat. H H war Alleineigentümer des streitgegenständlichen Grundstücks, sodass allenfalls (wenn überhaupt) eine Zustimmung seiner Ehefrau nach § 1365 BGB zur Schenkung 1995 erforderlich war, die dort ausdrücklich erteilt wurde, Ziffer II. 9. An weiteren Vereinbarungen musste sie nicht beteiligt werden, da sie von diesen nicht (mehr) betroffen war.

38 Mithin ist der Senat unter Berücksichtigung aller Umstände, auch der erhobenen Berufungsrügen, von der Richtigkeit der erstinstanzlichen Auslegung überzeugt. Im Wege der Auslegung ergibt sich ohne Zweifel der Wille des Schenkers H H, auf den es bei einem Schenkungsvertrag maßgeblich ankommt, aber auch der Wille des Vertragspartners F H, dass das diesem als Erstem geschenkte, streitgegenständliche Grundstück im Familienbesitz bleiben und spätestens mit dessen Tod von diesem unentgeltlich an seine leiblichen Kinder als Familienmitglieder im Sinne des Verständnisses der Vertragsparteien weiterübertragen werden sollte. Eine solche Schenkungsaufgabe haben die Vertragsparteien einvernehmlich vereinbart und konnten diese im Rahmen der Vertragsfreiheit auch ohne Weiteres einvernehmlich konkretisieren.

39 2. Unmittelbarer Anspruch der Kläger auf Erfüllung der Schenkungsaufgabe Da die oben dargestellte Auflage noch zu Lebzeiten vom Erblasser, dem Erstbeschenkten F H, zu erfüllen gewesen wäre, liegt eine „vom Erblasser herrührende Schuld“, § 1967 Abs. 2 BGB, vor, deren Erfüllung die Kläger als Begünstigte unmittelbar an sich von den Beklagten als (Mit-)Erben des F H verlangen können, § 330 Satz 2 BGB (*Feick*, ZEV 2002, 85, 88; *MünchKomm-BGB/Koch*, § 525 Rdnr. 15; *Palandt/Weidenkaff*, § 525 BGB Rdnr. 13).

40 3. Keine Unwirksamkeit der Auflage der Weitergabepflicht wegen fehlender Zustimmung der Beklagten zu 1.

41 Soweit die Beklagten „ergänzend“ (...) auf die Unwirksamkeit des zwischen dem Erblasser und der Beklagten zu 1 geschlossenen Ehevertrages und der infolgedessen erforderlichen Zustimmung der Beklagten zu 1 zur im Jahr 2008 vereinbarten Weitergabepflicht hinweisen, erschüttert auch dieser Einwand das Ersturteil nicht.

42 a) Da die Schenkung des streitgegenständlichen Grundstücks an den Erblasser/Ehemann der Beklagten zu 1, wie oben dargestellt, von Anfang an unter der Auflage der Weitergabepflicht an seine Kinder erfolgt ist, ist in sein Vermögen nie ein insoweit unbelastetes Grundstück gelangt, auf das die Beklagte zu 1 – bei unterstellter Unwirksamkeit ihres Ehevertrages und Anwendbarkeit des § 1365 BGB – Zugriff nehmen könnte. Auf eine etwaige Zustimmungsbedürftigkeit der Vereinbarung im Jahr 2008, zu der von den Parteien umfangreich unter Beweisanzug vorgetragen wurde, kommt es mithin nicht entscheidungserheblich an.

43 b) Als obiter dictum sei noch hinzugefügt: Selbst wenn man die wirksame Begründung einer Schenkungsaufgabe in Form der Verpflichtung des Erblassers zur Weitergabe des Grundstücks spätestens mit seinem Tode erst aus der im Jahr 2008 getroffenen Vereinbarung ableiten wollte, würde dies der Berufung nicht zum Erfolg zu verhelfen. Denn schon der Tatbestand des § 1365 BGB, für dessen sämtliche Anspruchsvoraussetzungen die Beklagten darlegungs- und beweispflichtig sind, greift unter den gegebenen Umständen des vorliegenden Einzelfalls nicht ein:

44 aa) Im von der Beklagten zu 1 für sich unter Berufung auf die Unwirksamkeit ihres Ehevertrages in Anspruch genommenen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verwaltet jeder Ehegatte sein Vermögen selbstständig (§ 1364 BGB). Von diesem Grundsatz machen §§ 1365 ff. BGB eine Ausnahme. Hiernach kann sich ein Ehegatte nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen. Dies gilt nach der sog. Einzeltheorie, der sich die höchstrichterliche Rechtsprechung angeschlossen hat (vgl. zum Beispiel BGH, Urteil vom 26.2.1965, V ZR 227/62, NJW 1965, 909), auch dann, wenn sich das Rechtsgeschäft lediglich auf einzelne Vermögensgegenstände erstreckt, diese aber nahezu das ganze Vermögen abbilden. Voraussetzung ist nach der von der herrschenden Meinung vertretenen, auch den Senat überzeugenden, sog. strengen „subjektiven Theorie“ (BGH, Urteil vom 26.2.1965, V ZR 227/62, NJW 1965, 909; Beschluss vom 12.1.1989, V ZB 1/88, NJW 1989, 1609; Urteil vom 25.6.1993, V ZR 7/92, NJW 1993, 2441; Urteil vom 16.1.2013, XII ZR 141/10, NJW 2013, 1156; BeckOK-BGB/Scheller, Stand: 1.11.2020, § 1365 Rdnr. 17; Palandt/Siede, § 1365 Rdnr. 8) dann jedoch, dass der Vertragspartner dies weiß, denn dem Einzelgegenstand ist nicht anzusehen, ob er tatsächlich das nahezu gesamte Vermögen des handelnden Ehegatten ausmacht. Der gutgläubige Vertragspartner ist insoweit auf die Angaben des Eigentümergatten angewiesen und darf, da Beschränkungen der Vermögensverwaltung nicht ersichtlich sind, auf die gesetzliche Normalsituation der Zugewinnngemeinschaft vertrauen (§ 1364 BGB). Bei einer Verfügung über einen Einzelgegenstand ist mithin eine Einschränkung des § 1365 BGB um das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der positiven Kenntnis geboten, um den zu weit gezogenen Anwendungsbereich des § 1365 Abs. 1 BGB in Grenzen zu halten und dem Grundsatz des § 1364 BGB Geltung zu verschaffen. Zur Begründung weist der BGH überzeugend darauf hin (BGH, Beschluss vom 12.1.1989, V ZB 1/88, NJW 1989, 1609, 1610), dass „bei einem nur einzelne Vermögensgegenstände betreffenden Geschäft der Familienschutz keinen Vorrang vor dem Schutz des Rechtsverkehrs haben kann“. Die Kenntnis hat derjenige zu beweisen, der sich auf die Zustimmungsbedürftigkeit nach § 1365 BGB beruft (vgl. zum Beispiel BGH, Urteil vom 26.2.1965, V ZR 227/62, NJW 1965, 909, 911; Palandt/Siede, § 1365 Rdnr. 23)

45 bb) Diese Grundsätze im Blick kann die Einschränkung des § 1365 BGB vorliegend nicht zum Tragen kommen, der Schutz des Rechtsverkehrs geht hier dem Familienschutz vor. Denn hinsichtlich des Erblassers ist in allen hier in den Blick genommenen notariellen Urkunden, auch in der aus dem Jahr 2008, gleich zu Beginn ausdrücklich vermerkt „nach Angabe in Gütertrennung lebend“, was jedenfalls zu Lebzeiten des Erblassers

und bis vor kurzem von niemandem in Zweifel gezogen wurde. Den Güterstand (und eine etwaige Verfügung über das Vermögen im Ganzen) hinterfragen Notare bei Vereinbarungen über Grundstücksgeschäfte gerichtsbekannt gerade wegen der Bestimmung des § 1365 BGB. Aufgrund dieser Angabe konnte der Schenker H H, aber auch der Beschenkte selbst, der Erblasser, ohne Weiteres davon ausgehen, dass den Vereinbarungen keine aus dem Güterstand der Zugewinnngemeinschaft resultierende Einschränkungen entgegen stehen. Eine subjektive Kenntnis bezüglich des Eingreifens des § 1365 Abs. 1 BGB konnte und musste er sich nicht bilden. Selbst wenn er angenommen hätte, dass sich der Erblasser mit der Verpflichtung zur Weitergabe des Grundstücks zu Lebzeiten an seine Kinder zu einer Verfügung über sein Vermögen im Ganzen verpflichtet hätte, hätte dies (auch) unter güterrechtlichen Gesichtspunkten nichts an der Wirksamkeit der Verpflichtung geändert, denn unter den gegebenen Umständen des vorliegenden Einzelfalls gebührt dem Schutz des Rechtsverkehrs Vorrang vor dem Familienschutz.

46 cc) Dahin gestellt bleiben kann mithin, ob sich die Beklagten Jahrzehnte nach der Vereinbarung der Gütertrennung zwischen Beklagter zu 1 und Erblasser und Jahre nach dem Tod des Erblassers noch auf die Unwirksamkeit des Ehevertrages gemäß § 138 BGB und auf ein etwaiges Zustimmungserfordernis nach § 1365 BGB bzw. auf ein Revokationsrecht der Beklagten zu 1 in Form einer Einwendung im Rahmen eines Zivilprozesses vor den ordentlichen Gerichten berufen können.

47 III. Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 97, 100 Abs. 4 ZPO. Bei einer Klage auf Erfüllung einer Nachlassverbindlichkeit in Form einer Auflassung eines Grundstücks und Zustimmung zur Eintragung ins Grundbuch handelt es sich um eine Gesamtschuldklage, da mit ihr die Herbeiführung der Auflassung erstrebt wird (BGH, NJW 1963, 1611; Palandt/Weidlich, § 2059 Rdnr. 11).

48 Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit beruht auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO. Bei der Abwendungsbefugnis der Beklagten war für die Sicherheitsleistung – auch angesichts der Bestimmungen §§ 894, 895 ZPO (wobei zugunsten der Kläger und des Beklagten zu 2 bereits eine Auflassungsvormerkung für das Grundstück im Grundbuch eingetragen ist) – nur auf die Verfahrenskosten abzustellen.

49 Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen von § 543 Abs. 2 ZPO, zu denen von den Beklagten auch nichts vorgetragen wurde, nicht vorliegen. Die Rechtssache hat keine grundsätzliche, über den Einzelfall hinausreichende Bedeutung, § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO. Auch erfordern weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Revisionszulassung, § 543 Abs. 2 Nr. 2 ZPO. Es liegt ein von den Umständen des vorliegenden Einzelfalls geprägter Lebenssachverhalt inmitten, für dessen entscheidungserhebliche Rechtsfragen höchstrichterliche Orientierungshilfen gegeben sind.

9. Folgen der Veräußerung des Vermächtnisgegenstands durch die Erblasserin

OLG Koblenz, Hinweisbeschluss vom 26.11.2020,
12 U 140/20

LEITSÄTZE:

- 1. Wird der einem Vermächtnisnehmer durch testamentarisches Vermächtnis zugewandte Gegenstand, hier ein Pkw VW Polo, etwa vier Monate vor Eintritt des Erbfallendes von der Erblasserin an einen Dritten veräußert, weil der Gesundheitszustand des vorgesehenen Vermächtnisnehmers, der das Fahrzeug überwiegend gefahren hat, das Führen eines Kraftfahrzeugs nicht mehr gefahrlos zulässt, hat dies grundsätzlich gemäß § 2169 Abs. 1 BGB die Unwirksamkeit des Vermächtnisses zur Folge; § 2169 Abs. 3 BGB ist nicht anwendbar.**
- 2. Die Erwähnung eines „Surrogats“ – in Form eines Ersatzfahrzeugs – im Vermächtnis, kann darauf hindeuten, dass die Erblasserin dem Vermächtnisnehmer nicht lediglich das spezielle Fahrzeug als solches überlassen wollte.**
- 3. Eine einheitliche Behandlung von Hausrat und Pkw im Testament und die Einsetzung des Vermächtnisnehmers als Vorvermächtnisnehmer sprechen eher gegen die Annahme, dass auch ein aus dem Erlös des Pkw stammender Geldbetrag dem Vermächtnisnehmer in jedem Fall zur Absicherung seines Lebensunterhalts zugewandt werden soll.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Klägerin macht einen Zahlungsanspruch einer aus ihr selbst und ihren zwei Brüdern bestehenden Erbengemeinschaft gegen den Beklagten, langjährigen Lebensgefährten der verstorbenen Mutter der Klägerin (Erblasserin) geltend. Die Parteien streiten um die Frage, ob ein von der Erblasserin in ihrem notariellen Testament vom 10.12.2009 ausgesetztes Vermächtnis zugunsten des Beklagten über einen Pkw VW Polo dahin gehend auszulegen ist, dass dem Beklagten der bei Veräußerung des Fahrzeugs vier Monate vor dem Tod der Erblasserin erzielte Verkaufserlös zustehen sollte. Weitere von der Klägerin erhobene Zahlungsansprüche sind nicht mehr Gegenstand des Berufungsverfahrens.

2 Das LG hat unter Abweisung der Klage im Übrigen der Klage i. H. v. 10.500 € nebst Zinsen stattgegeben und damit den Beklagten zur Herausgabe des von ihm (als Testamentsvollstrecker) an sich selbst überwiesenen Verkaufserlöses für das Fahrzeug VW Polo verurteilt. Es hat nach Vernehmung eines von dem Beklagten benannten Zeugen und unter Auslegung des notariellen Testaments angenommen, die Erblasserin habe dem Beklagten kein Geldvermächtnis hinterlassen wollen.

3 Der Beklagte erstrebt unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Abweisung der Klage insgesamt. Mit seiner Berufung greift er die vom LG vorgenommene ergänzende Auslegung des Testaments und die Beweiswürdigung in Bezug auf die Zeugenvernehmung an. Er meint, das Vermächtnis könne

nicht anders ausgelegt werden als dahin, dass er den Erlös aus dem Verkauf des Fahrzeugs als Surrogat habe erhalten sollen.

4 II. Die zulässige Berufung des Beklagten hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg. Das angefochtene Urteil beruht weder gemäß § 513 Abs. 1, § 546 ZPO auf einer Rechtsverletzung, d. h. einer Nichtanwendung oder unrichtigen Anwendung einer Rechtsnorm, noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung.

5 Das LG hat richtig entschieden. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat auf die zutreffenden Gründe der Entscheidung Bezug.

6 Das Berufungsvorbringen des Beklagten führt zu keinem anderen Ergebnis.

7 Der auf Leistung an die Erbengemeinschaft gerichtete Zahlungsanspruch der Klägerin ergibt sich aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB, weil der Beklagte, der sich diesen Betrag als Testamentsvollstrecker selbst in der Annahme überwiesen hat, er stehe ihm aufgrund des zu seinen Gunsten im Testament vom 10.12.2009 ausgesetzten Vermächtnisses zu, insoweit ohne Rechtsgrund bereichert ist. Ein Anspruch des Beklagten auf den Verkaufserlös von 10.500 € ergibt sich insbesondere nicht aus dem Testament der Erblasserin vom 10.12.2009 (...) i. V. m. § 1939 BGB.

8 Der dem Beklagten durch Vermächtnis zugewandte Gegenstand, der Pkw VW Polo, befand sich zum Zeitpunkt des Erbfalls unstreitig nicht mehr in der Erbmasse, sondern war etwa vier Monate zuvor von der Erblasserin an einen Dritten veräußert worden, weil der Gesundheitszustand des Beklagten, der das Fahrzeug überwiegend gefahren hatte, das Führen eines Kraftfahrzeugs nicht mehr gefahrlos zuließ. Grundsätzliche Rechtsfolge dessen ist gemäß § 2169 Abs. 1 BGB die Unwirksamkeit des Vermächtnisses.

9 Auf die Vorschrift des § 2169 Abs. 3 BGB kann der Beklagte seinen Anspruch nicht stützen. Nach dieser Vorschrift gilt im Zweifel der Anspruch auf Ersatz des Wertes als vermacht, wenn der Gegenstand dem Erblasser entzogen oder untergegangen ist. Die freiwillige Veräußerung des vermachten Gegenstandes ist keine Entziehung, und sie bewirkt auch nicht den Untergang des Gegenstandes. Hat daher der Erblasser den Vermächtnisgegenstand veräußert und den Erlös selbst noch eingezogen, ist der Gegenstand weder untergegangen noch entzogen, sodass § 2169 Abs. 3 BGB nicht anwendbar ist. Die Vorschrift kann auf diesen Fall nicht entsprechend angewendet werden, da sie nicht Niederschlag eines das bürgerliche Recht beherrschenden allgemeinen Surrogationsprinzips ist; insbesondere kennt das Vermächtnisrecht eine allgemeine Surrogationsregelung nicht (vgl. BGHZ 22, 357 = NJW 1957, 421; OLG Rostock, ZEV 2009, 624; OLG Koblenz, Beschluss vom 2.9.2009 und 29.9.2009, 2 U 204/09, BeckRS 2009, 88052; Staudinger/Otte, § 2169 Rdnr. 16; Damrau/Tanck/Linnartz, Erbrecht, 4. Aufl., § 2169 Rdnr. 14).

10 Im Einzelfall kann sich jedoch bei dahin gehender feststellbarer Willensrichtung des Erblassers durch eine ergänzende Testamentsauslegung ergeben, dass dem bedachten Ver-

mächtnisnehmer der Erlös für den veräußerten Gegenstand vermacht sein soll. Sinn und Zweck der ergänzenden Testamentsauslegung ist es gerade, dass auch in anderen als den gesetzlich geregelten Fällen, in denen hinsichtlich des vermachten Gegenstandes nach der Testamentserrichtung eine Veränderung eingetreten ist, einem dem Rechnung tragenden Willen des Erblassers, der in der Verfügung selbst nicht geäußert ist, Geltung verschafft werden soll. Der Unterschied zwischen der ergänzenden Testamentsauslegung und den entsprechenden gesetzlich geregelten Fällen besteht darin, dass bei diesen der entsprechende Wille des Erblassers kraft ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift widerlegbar vermutet wird, während in jenem Fall der den Verhältnissen entsprechende Wille des Erblassers nur unterstellt werden darf, wenn er auf eine bestimmte, durch Auslegung der letztwilligen Verfügung erkennbare Willensrichtung des Erblassers zurückgeführt werden kann (vgl. BGH, a. a. O. unter Ziffer II.). Dafür, dass der Veräußerungserlös vermacht sein soll, spricht, wenn der Vermächtniszweck in erster Linie auf die Zuwendung eines wirtschaftlichen Wertes abzielt und der vermachte Gegenstand nur eines von mehreren möglichen Mitteln ist, das der Verwirklichung dieser Absicht dient (BGH, NJW 1959, 2252, juris Rdnr. 49; Damrau/Tanck/Linnartz, Erbrecht, Rdnr. 14; OLG Koblenz, a. a. O. unter II.).

11 Unter ergänzender Auslegung von § 2 Ziffer 4 des Testaments war, wie das LG zutreffend zugrunde gelegt hat, zu fragen, welchen Willen die Erblasserin gehabt hätte, wenn sie bei Testamentserrichtung bereits gewusst hätte, dass das dem Beklagten als Vermächtnis zugewandte Fahrzeug im Zeitpunkt ihres Todes weder als solches noch in Form eines Ersatzfahrzeugs vorhanden sein würde. Insoweit sind neben dem gesamten Inhalt der Testamentsurkunde auch Umstände, die außerhalb des Testaments liegen, zu berücksichtigen.

12 Zwar kann der Wortlaut des Vermächtnisses „Meinen Pkw VW Polo mit dem amtlichen Kennzeichen BIT-(...), ggf. das an dessen Stelle getretene Ersatzfahrzeug, darf er ebenfalls mitnehmen“ nach dem zuvor ausgesetzten Vermächtnis bezüglich Hausrat und Möbeln zugunsten des Beklagten möglicherweise grundsätzlich auch dahin ausgelegt werden, dass durch die Erwähnung eines eventuell vorhandenen Ersatzfahrzeugs ausgedrückt wäre, dass dem Beklagten nicht allein das vermachte Fahrzeug VW Polo als solches zustehen sollte. Die Erwähnung eines „Surrogats“ im Vermächtnis, nämlich in Form des Ersatzfahrzeugs, könnte also darauf hindeuten, dass die Erblasserin dem Beklagten nicht lediglich das spezielle Fahrzeug als solches überlassen wollte. Andererseits hätte für den Fall, dass die Erblasserin dem Beklagten ein Wertvermächtnis für den Fall der Veräußerung des Pkw zukommen lassen wollte, umgekehrt nahegelegen, dies in dem Testament, welches in notarieller Form errichtet war, ausdrücklich aufzunehmen, zumal im Testament weitere Geldvermächtnisse zugunsten anderer Personen ausgesetzt bzw. abgeändert worden waren.

13 Das LG hat sich schlussendlich nach durchgeführter Beweisaufnahme zu der Behauptung des beweispflichtigen Beklagten, die Erblasserin habe gegenüber dem Zeugen geäußert „der Verkaufserlös geht an E, meinen Ehemann“, unter Berücksichtigung der Gesamtumstände und nach Würdigung

der Zeugenaussage nicht davon überzeugen können, dass die Erblasserin den Willen hatte, dem Beklagten in jedem Fall den wirtschaftlichen Wert des Fahrzeugs zukommen zu lassen, weil sie die Absicht hatte, ihn finanziell abzusichern. Der von dem Beklagten benannte und vom LG vernommene Zeuge hat dazu zwar ausgesagt, er habe es definitiv so in Erinnerung, dass das Geld für das Auto bei Herrn K habe verbleiben sollen, er könne sich nicht an einen konkreten Gesprächswortlaut erinnern, allerdings habe er es so in Erinnerung, dass das Geld für ihn habe sein sollen, insbesondere auch zur etwaigen Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs. Weiter hat der Zeuge angegeben, die Verstorbene habe in seinem Beisein geäußert, dass das Geld nach dem Verkauf des Fahrzeugs auf dem gemeinsamen Konto verbleiben sollte und dass ggf. der Beklagte, wenn es sein Zustand zulasse, sich dann auch ein anderes Fahrzeug hätte kaufen können. Gerade unter Einbeziehung der letztgenannten Äußerung des Zeugen, dessen Schilderung eher dahin gehend verstanden werden kann, dass die Erblasserin dem Beklagten die Möglichkeit einer weiteren Fahrzeugnutzung (nach Anschaffung eines Ersatzfahrzeugs von dem Verkaufserlös des VW Polo) nicht gänzlich entziehen wollte, ihm aber gerade nicht in erster Linie den wirtschaftlichen Wert des Fahrzeugs zukommen lassen wollte.

14 Gegen einen solchen Versorgungswillen der Erblasserin spricht neben der Tatsache, dass sie mit dem notariellen Testament umfassende und mutmaßlich zum damaligen Zeitpunkt abschließende Verfügungen von Todes wegen zugunsten verschiedener Bedachter treffen wollte, entscheidend der Umstand, dass der Beklagte finanziell bereits durch einen Vertrag zugunsten Dritter auf den Todesfall aus dem Jahr 2007 in Form eines Sparbuchs bedacht war, wodurch der Beklagte nach dem Tod der Erblasserin einen Betrag von fast 25.000 € ausbezahlt bekam. Die übrigen unter § 2 Ziffer 5 des notariellen Testaments verfügten Vermächtnisse zugunsten des Beklagten betreffen ebenfalls keine Geldzuwendungen, nämlich ein für die Dauer von sechs Monaten befristetes Wohnrecht, Hausrat und Möbel sowie eventuell ausgezahlte Gewinne aus Gewinnspielen, an denen die Erblasserin teilnahm. Hinzu kommt, dass die Vermächtnisnehmerstellung des Beklagten auf eine solche als Vorvermächtnisnehmer beschränkt war, Nachvermächtnisnehmerin sollte nach dem Willen der Erblasserin ihre Enkelin sein. Auch die einheitliche Behandlung von Hausrat und Pkw und die Einsetzung des Beklagten als Vorvermächtnisnehmer sprechen eher gegen die Annahme, dass der aus dem Erlös des Pkw stammende Geldbetrag dem Beklagten in jedem Fall zur Absicherung seines Lebensunterhalts zugewandt werden sollte. In einem solchen Fall hätte es im Übrigen eher nahegelegen, dass die Erblasserin nach dem Verkauf des Pkw im April 2018 (etwa vier Monate vor ihrem Tod) entweder ihr ursprüngliches Testament in diesem Punkt geändert oder das Geld dem Beklagten direkt hätte zukommen lassen.

15 Unter Zugrundelegung dieser Umstände hat das LG im Ergebnis die Zeugenaussage zu Recht nicht dahin gehend bewertet, dass aus ihr verlässlich zu schlussfolgern sei, dass die Erblasserin ein anderweitiges Verständnis von ihrer testamentarischen Verfügung gehabt hätte, als aus deren Wortlaut erkennbar ist. Dass dem Beklagten das Geld als „Versorgung“

auf jeden Fall zustehen sollte, nicht nur der ursprünglich im Vermögen der Erblasserin vorhandene Pkw oder ein Ersatzfahrzeug, wird durch die Zeugenaussage unter Berücksichtigung der sonstigen bei der Auslegung einzubeziehenden Gesamtumstände außerhalb der Testamentsurkunde nicht hinreichend belegt.

16 Das LG hat den Beklagten daher zu Recht zur Herausgabe des von ihm ohne Rechtsgrund erlangten Betrages von 10.500 € an die Erbengemeinschaft verurteilt.

17 Da die Berufung keine Aussicht auf Erfolg hat, legt der Senat aus Kostengründen die Rücknahme des Rechtsmittels nahe. Im Fall der Berufungsrücknahme ermäßigen sich vorliegend die Gerichtsgebühren von 4,0 auf 2,0 Gebühren (vgl. Nr. 1222 des Kostenverzeichnisses zum GKG).

18 Es ist beabsichtigt, den Streitwert auf 10.500 € festzusetzen.

10. Anfechtung der Annahme einer Erbschaft nach Kenntnis der mit einem Vorausvermächtnis verbundenen Verbindlichkeiten

OLG Bremen, Urteil vom 19.11.2020, 5 U 22/20

BGB § 119 Abs. 2, § 426 Abs. 1, §§ 1942, 1943, 1944, 1954, 1957, 2058, 2166

LEITSÄTZE:

- 1. § 2166 BGB ist auch dann entsprechend auf die mit einer Grundschuld an einem vermachten Grundstück gesicherte Darlehensforderung anzuwenden, wenn das Darlehen zur Erwerbsfinanzierung eines anderen Grundstücks genutzt worden ist.**
- 2. Die Zweifelsregel des § 2166 BGB greift nicht ein, wenn ein entgegengesetzter Wille des Erblassers erwiesen ist (Anschluss an OLG Hamm, Beschluss vom 6.12.2007, BeckRS 2009, 87887).**
- 3. Ein die Anfechtung der Annahme einer Erbschaft rechtfertigender Grund kann auch darin liegen, dass der anfechtende Miterbe davon ausgeht, dass eine zur Überschuldung des Nachlasses führende Nachlassverbindlichkeit infolge von § 2166 BGB von dem anderen Miterben allein zu tragen ist.**
- 4. Die bloße schriftliche Erklärung des ein Testament des Erblassers beurkundenden Notars zu den Vorstellungen des Erblassers bei dessen Abfassung kann unter Umständen nicht ausreichend sein, um dem Anfechtungsberechtigten die hinreichende Kenntnis von den Umständen zu vermitteln, die auf eine Überschuldung des Nachlasses schließen lassen (hier: Entfallen der Zweifelsregelung des § 2166 BGB infolge entgegenstehenden Willens des Erblassers).**

- 5. Der Anfechtungsberechtigte ist in diesem Fall auch nicht gehalten, zur Wahrung der Anfechtungsfrist eine sog. Eventualanfechtung zu erklären, weil es sich bei der Frage des Erblasserwillens nicht um eine Rechtsbedingung handelt.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Parteien sind je zu ½ die alleinigen Erben ihrer am 29.12.2015 verstorbenen Mutter (...) (Erblasserin). In deren von dem Notar S beurkundeten Testament vom 21.4.2015 (...) hatte diese die Parteien zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt und zudem unter Ziffer III. in einem Vorausvermächtnis verfügt:

„Mein Hausgrundstück (Mehrfamilienhaus) in B, A-Straße, eingetragen im Grundbuch (...), einschließlich darauf ruhender Belastungen erhält im Wege des Vorausvermächtnisses mein Sohn, Herr H H S) geboren (...) wohnhaft (...). Diese Vermächtnisanordnung erfolgt vor dem Hintergrund, dass meine Tochter bereits zu Lebzeiten das Hausgrundstück (Einfamilienhaus) W-Straße, B, (...) lastenfrei erhalten hat.“

2 Das erwähnte Haus in der W-Str., das von der stark sehbehinderten Erblasserin über lange Jahre mit ihrem 2012 verstorbenen Lebenspartner bewohnt worden war, hatte die Beklagte im Jahre 2013 zu einem Kaufpreis von 160.000 € erworben. Finanziert wurde der Kaufpreis durch ein von der Erblasserin bei der X-Bank in B aufgenommenes Darlehen mit einer Valuta von 170.000 €, welches die Erblasserin bediente, die auch die Nebenkosten des Erwerbs übernahm. In diesem Zusammenhang gewährte die Beklagte der Erblasserin ein Wohnrecht, welches diese bis zu ihrem Tode auch in Anspruch nahm. Besichert wurde das Darlehen über eine Buchgrundschuld mit einem Betrag von 170.000 €, die an dem Objekt A-Str. 121 eingetragen wurde (Abt. III lfd. Nr. 14). Nach dem Tode der Erblasserin übertrug die Beklagte dem Kläger in Erfüllung des Vorausvermächtnisses das Eigentum an dem Grundstück A-Str.; der Wert des Grundstücks wurde dabei mit 280.000 € angegeben (...). Der Kläger löste die Grundschuld durch Zahlung von insgesamt 184.471,19 € ab. Ausweislich eines vom Kläger vorgelegten Nachlassverzeichnisses belief sich der Aktivnachlass (unter Einbeziehung einer zwischen den Parteien strittigen Darlehensforderung auf 20.123,65 € und der Passivnachlass (unter Einbeziehung der Darlehensschuld gegenüber der X-Bank) auf 175.614,67 € (...).

3 Der Kläger hat die Beklagte als Miterbin auf Zahlung der Hälfte des Darlehensbetrages (und – nur in erster Instanz – auf die Rückzahlung eines ihr angeblich gewährten Darlehens) in Anspruch genommen. Die Beklagte hat mit notariell beglaubigtem Schreiben vom 19.8.2019 (...) gegenüber dem zuständigen Nachlassgericht die Anfechtung der Annahme der Erbschaft nach ihrer Mutter sowie deren Ausschlagung wegen Irrtums mit der Begründung erklärt, dass sie im Hinblick auf den Verlauf des Rechtsstreits davon ausgehen müsse, dass der Nachlass überschuldet sei, was sie bei Annahme der Erbschaft nicht gewusst habe.

4 Der Kläger hat vorgetragen, die Erblasserin habe nicht gewollt, dass mit dem Eigentum am belasteten Vermächtnis-

grundstück auch die durch die Grundschild besicherte persönliche Darlehensschuld im Verhältnis zur Erbengemeinschaft auf ihn habe übergehen sollen. Das Vermächtnis habe ein Ausgleich dafür sein sollen, dass die Beklagte bereits das Hausgrundstück in der W-Str. lastenfrei erhalten habe. Diese Anordnung habe dabei unter der Maxime der Erblasserin gestanden, beide Parteien gleichmäßig zu bedenken. Da die beiden Grundstücke jeweils in etwa den gleichen Wert hätten, sei folgerichtig der Begriff „darauf beruhender Belastungen“ dahin gehend zu verstehen, dass er, der Kläger, wie schon die Beklagte, das Grundstück A-Str. lastenfrei von persönlichen Schulden habe erwerben sollen, diese also von beiden Parteien zu gleichen Teilen hätten getragen werden sollen. Die Anfechtung hat der Kläger für unbegründet und verfristet gehalten.

5 Der Kläger hat – soweit für die Berufung von Bedeutung – erstinstanzlich beantragt,

die Beklagte zu verurteilen, an ihn, den Kläger, € 92.235,59 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz auf € 6.492,93 seit Rechtshängigkeit der Klage vom 12.10.2017 und übrigen seit Rechtshängigkeit der Klage vom 4.12.2018 sowie die Beklagte zu verurteilen, an ihn, den Kläger, vorgerichtlich entstandene Kosten von € 2.554,93 zu zahlen.

6 Die Beklagte hat die Abweisung der Klage beantragt.

7 Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, der Kläger habe mit dem Erwerb des vermachten Grundstücks nicht nur die dingliche Last, sondern auch die durch sie besicherte Schuld übernommen; jedenfalls aber die Verpflichtung, sie von dieser Schuld zu befreien. Dies ergebe der klare Wortlaut der Regelung. Sollte man aber das Testament in diesem Punkte für unklar halten, so ergebe sich die „Übernahme“ der persönlichen Schuld jedenfalls aus der „Zweifelsfall“-Regelung der §§ 1192, 2166 Abs. 1 BGB. Es werde bestritten, dass die Erblasserin die persönliche Schuld nicht mit dem Vermächtnisgrundstück und der darauf ruhenden dinglichen Last auf den Kläger habe übergehen lassen wollen. Zutreffend sei zwar, dass es der Erblasserin darauf angekommen sei, die Parteien gleichmäßig zu bedenken. Dies erfordere aber nicht die Verlagerung der Darlehensschuld auf die Erbengemeinschaft, denn dann bliebe unberücksichtigt, dass der Wert des Grundbesitzes in der W-Str. mit 146.000 € (2012) ganz erheblich hinter dem des Grundstücks A-Str. zurückbleibe, den die Beklagte auf 360.000 € schätzt. Jedenfalls sei sie aber durch die von ihr erklärte Anfechtung der Erbschaftsannahme aus der Erbengemeinschaft ausgeschieden. Die Annahme der Erbschaft sei in Unkenntnis der Tatsache erfolgt, dass der Nachlass überschuldet sei. Diese Unkenntnis beruhe auf der Tatsache, dass sie nach dem Inhalt des Vermächtnisses davon ausgehen müssen, dass das X-Bank-Darlehen von dem Kläger übernommen worden sei. Erst im Laufe dieses Rechtsstreits hätte sich herausgestellt, dass das Gericht in diesem Punkt eine andere Auffassung vertreten wolle.

8 Das LG hat Beweis erhoben durch Vernehmung der Zeugen S (Notar), B, G und Sch. (...). Mit dem angefochtenen Urteil vom 16.3.2020, in der Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 27.4.2020, hat das LG der Klage – soweit für die Berufung von Bedeutung – stattgegeben. Nach dem Ergebnis

der Beweisaufnahme sei das Gericht davon überzeugt, dass die Erblasserin die Tragung der Darlehensschuld durch die Erbengemeinschaft gewollt habe. Damit könne sich die Beklagte nicht auf die Zweifelsregelung des § 2166 BGB berufen. Die Anfechtung der Beklagten sei verfristet, denn diese habe schon aufgrund des vorprozessual gewechselten Schriftverkehrs davon Kenntnis gehabt, dass der Notar S mit der Formulierung des Vermächtnisses den vom Kläger behaupteten Willen der Erblasserin umgesetzt habe.

(...)

10 Gegen diese, der Beklagten zu Händen ihres Prozessbevollmächtigten am 25.3.2020 zugestellte Entscheidung hat die Beklagte am 20.4.2020 Berufung eingelegt und diese – nach einmaliger Verlängerung bis zum 25.6.2020, mit ihrem am 10.6.2020 eingereichten Schriftsatz begründet.

11 Mit ihrer Begründung macht die Beklagte geltend, das LG habe übersehen, dass die Erbengemeinschaft einen Freistellungsanspruch gegen den Kläger im Hinblick auf die bei der X-Bank bestehende Darlehensverbindlichkeit gehabt habe. Das habe auch das LG offenbar zunächst so gesehen, wie der ursprüngliche Einleitungssatz der Gründe belege. Angesichts der auch im Berichtigungsbeschluss offenbarten Zweifel verwundere es, aus welchem Grunde das Gericht nicht die Regelung des § 2166 BGB angewendet habe, wonach der Kläger mit der Grundschild auch das persönliche Darlehen übernommen habe. Das LG habe nicht hinreichend gewürdigt, dass der Wortlaut des Vermächtnisses eindeutig sei, weil die übernommenen „Belastungen“ selbstverständlich auch die persönliche Schuld der Erblasserin umfassten. Das LG habe aber auch dem Erblasserwillen nicht hinreichend Rechnung getragen. Zutreffend sei zwar davon auszugehen, dass die Erblasserin beide Kinder gleichmäßig habe bedenken wollen. Tatsächlich werde dies aber bei der vom LG bevorzugten Auslegung nicht erreicht, denn die Grundstücke seien, wie die Beklagte schon in erster Instanz unter Beweisantritt behauptet habe, im Wert erheblich verschieden: das der Beklagten zugewandte Grundstück sei lediglich 160.000 € wert, während das dem Kläger zugewandte Objekt einen Wert von ca. 360.000 € gehabt habe. Nur wenn man die Übernahme der Darlehensschuld durch den Kläger mitberücksichtige, ermäßige sich die Zuwendung an den Kläger auf rund 180.000 € und liege damit nahe am Wert der Zuwendung für die Beklagte. Nicht nachvollziehbar sei auch, aus welchem Grund der Notar das Vermächtnis so unklar formuliert habe, wenn ihm doch die Existenz der Zweifelsregel des § 2166 BGB bekannt gewesen war. Schließlich habe das LG im Hinblick auf die angenommene Versäumung der Anfechtungsfrist nicht erkannt, dass diese noch gar nicht zu laufen begonnen hatte, als die Beklagte die Anfechtung erklärt habe. Notwendig sei die positive Kenntnis vom Anfechtungsgrund; diese habe aber erst in dem Augenblick einer rechtskräftigen Entscheidung eintreten können, mit der über die rechtliche Einordnung der Darlehensschuld als vom Kläger oder der Erbengemeinschaft zu übernehmenden Verbindlichkeit geurteilt werde. Den Angaben des Notars S in seinem Schreiben vom 18.1.2017 sei so lange keine rechtliche Bedeutung zugekommen, wie sie nicht durch das Gericht als für die Auslegung des Erblasserwillens maßgeblich angesehen worden seien.

12 Die Beklagte beantragt,

die Klage unter Abänderung des landgerichtlichen Urteils abzuweisen.

13 Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

14 Der Kläger verteidigt die angefochtene Entscheidung. Er verweist darauf, dass nach der klaren Regelung des Testaments beide Parteien Erben und damit zur Tragung der von der Erblasserin begründeten Verbindlichkeiten verpflichtet seien. Daran ändere auch die Formulierung des Vermächtnisses nichts, wenn man sie entsprechend dem im Rahmen der Beweisaufnahme festgestellten Erblasserwillen auslege. Für die Anwendung des § 2166 BGB sei daneben kein Raum. Für den Beginn der Anfechtungsfrist komme es entscheidend darauf an, wann der Anfechtende Kenntnis von den für das Bestehen eines Anfechtungsgrundes maßgeblichen Tatsachen habe, wobei die volle Überzeugung vom Bestehen dieses Grundes nicht notwendig sei. Diese Kenntnis sei der Beklagten durch das Schreiben des Notars S vom 18.1.2017 vermittelt worden, denn darin habe der Notar nicht etwa seine Meinung geäußert, sondern den von ihm ermittelten Erblasserwillen wiedergegeben. Jedenfalls hätte die Beklagte das Schreiben des Notars zum Anlass nehmen müssen, eine sog. Eventualanfechtung zu erklären.

15 II. Auf die zulässige Berufung der Beklagten ist das angefochtene Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen, weil dem Kläger der von ihm verfolgte Ausgleichsanspruch nicht (mehr) zusteht, denn die Beklagte ist nicht (mehr) Miterbin.

16 1. Der vom Kläger verfolgte Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs. 1 BGB setzt voraus, dass beide Parteien Gesamtschuldner hinsichtlich der hier in Rede stehenden Darlehensschuld gegenüber der X-Bank sind. Dieses Gesamtschuldverhältnis folgt aus § 2058 BGB, wenn beide Parteien Miterben sind und es sich um eine gemeinschaftliche Nachlassverbindlichkeit handelt. Nach Ziffer I des Testaments der Erblasserin vom 21.4.2015 waren beide Parteien zu gleichen Teilen zu Miterben eingesetzt worden, sie waren damit gemeinschaftliche Miterben im Sinne von § 2032 BGB. Die Darlehensschuld stellt eine vom Erblasser herrührende Verbindlichkeit im Sinne von 1967 Abs. 2 BGB dar, sodass beide Erben hierfür gemäß § 1967 Abs. 1 BGB haften. Danach bestand grundsätzlich ein Ausgleichsanspruch des Klägers gegen die Beklagte.

17 Hinsichtlich des Umfangs der Ausgleichspflicht bestimmt § 426 Abs. 1 BGB einen Ausgleich zu gleichen Teilen, soweit nichts anderes bestimmt ist. Eine anderweitige Bestimmung liegt nicht in der testamentarischen Regelung („zu gleichen Teilen“), denn diese führt ebenfalls zum hälftigen beiderseitigen Ausgleich. Soweit die Beklagte darüber hinaus geltend macht, der Kläger müsse diese Verbindlichkeit allein tragen, ist sie hierfür darlegungs- und beweispflichtig (Palandt/*Grüneberg*, 79. Aufl., § 426 Rdnr. 8).

18 Die Beklagte sieht in der Regelung des Vorausvermächtnisses in Verbindung mit der Norm des § 2166 BGB eine anderweitige Bestimmung. Nach der Regelung des Vorausvermächtnisses soll der Vermächtnisnehmer die „darauf (auf dem Grundstück A-Str.) ruhenden Belastungen“ übernehmen. Mit

„Darauf ruhend“ sind ersichtlich die auf dem Grundbesitz lastenden Grundpfandrechte gemeint, was zwischen den Parteien auch nicht im Streit steht. Hinsichtlich einer an einem Grundstück bestellten Hypothek regelt § 2166 BGB, dass der Vermächtnisnehmer, dem ein mit einer Hypothek belastetes Grundstück vermacht wurde, „im Zweifel dem Erben gegenüber zur rechtzeitigen Befriedigung des Gläubigers verpflichtet ist“. Damit haftet der Vermächtnisnehmer in einem solchen Fall auch für die durch die Hypothek gesicherte persönliche Schuld. Gemäß § 1192 Abs. 1 BGB gilt § 2166 BGB auch für Grundschulden, sofern sich nicht etwas anderes aus dem Umstand ergibt, dass die Grundschuld eben keine akzessorische Forderung voraussetzt. Nach allgemein vertretener Ansicht haftet der Vermächtnisnehmer im Fall eines vermachten, mit einer Grundschuld belasteten Grundstücks auch für die damit gesicherte persönliche Forderung, sofern es sich um einen typischen Realkredit (Sicherungsgrundschuld) und um die Sicherung einer einzigen, in ihrer Natur und Höhe nach von vorneherein grundsätzlich festliegenden Forderung handelt, weil in diesem Fall eine der hypothekarischen Sicherung ähnliche Situation besteht (vgl. BGH, Urteil vom 22.5.1963, V ZR 112/61, NJW 1963, 1612, MünchKomm-BGB/*Rudy*, § 2166 Rdnr. 5). Vorliegend handelt es sich bei der hier in Rede stehenden Darlehensschuld um eine typische Sicherungsgrundschuld, die das von der Erblasserin aufgenommene Darlehen sichern sollte. Allerdings weist der vorliegende Fall insoweit eine Besonderheit auf, als die Darlehensvaluta nicht für den Erwerb oder andere, auf das Grundstück A-Str. bezogene Zwecke verwendet wurde, sondern zum Erwerb des Grundstücks in der W-Str. Nach einer durchaus verbreiteten Auffassung soll § 2166 BGB dann nicht auf die mit einer Grundschuld gesicherte Forderung angewendet werden, wenn die abgesicherte Forderung weder in Bezug zum Grundstück steht noch diesem zugutekommt (vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2166 Rdnr. 3 m. w. N.; BeckOGK-BGB/*Schellenberger*, Stand: 1.8.2020, § 2166 Rdnr. 29 m. w. N.; a. A. MünchKomm-BGB/*Rudy*, § 2166 Rdnr. 3). Abgeleitet wird diese Auffassung aus § 2166 Abs. 3 BGB, wonach die Regelung des Abs. 1 nicht im Falle einer Höchstbetragshypothek anwendbar ist und es einer der Rechtslage bei der Hypothek ähnlichen Verknüpfung zwischen Forderung und Grundbesitz fehlt. Letzteres ist aber im vorliegenden Fall zu bejahen, denn anders als bei einer Höchstbetragshypothek oder einer Forderung, die in ihrem Bestand einem stetigen Wechsel unterworfen ist, wird lediglich eine einzelne, in ihrem Bestand feststehende Forderung gesichert. Zudem wäre es der Erblasserin auch im Falle einer hypothekarischen Sicherung des aufgenommenen Darlehens möglich gewesen, dieses zum Erwerb des Grundstücks W-Str. zu verwenden. Die Wahl der dinglichen Sicherung steht also hier in keinem Zusammenhang mit der Verwendung des Darlehens, sodass es einer entsprechenden Anwendung von § 2166 Abs. 3 BGB nicht bedarf.

19 Allerdings greift die in § 2166 BGB normierte Zweifelsregel vorliegend nicht ein, weil ein entgegenstehender Wille der Erblasserin erwiesen ist (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 6.12.2007, 10 U 37/07, BeckRS 2009, 87887, sub II. 1. b) BB) (2)). Sowohl der das Testament beurkundende Notar S als auch der bei der Beurkundung anwesende Zeuge B haben bekundet, dass nach dem ihnen gegenüber erklärten Willen der Erblasser

serin der Kläger das Grundstück A-Str., die Beklagte das Grundstück W-Str. erhalten und die Verbindlichkeiten geteilt werden sollten. Dieses Ergebnis der Beweisaufnahme hat das LG rechtsfehlerfrei gewürdigt; die dagegen erhobenen Bedenken überzeugen den Senat nicht. Insbesondere steht diesem Ergebnis der Einwand der Beklagten, der Wille der Erblasserin, beide Kinder gleichermaßen zu bedenken, werde missachtet, weil es auf diese Weise angesichts der von der Beklagten behaupteten erheblichen Differenz der Grundstückswerte zu einer deutlichen Ungleichbehandlung komme, nicht entgegen. So kann schon nicht festgestellt werden, dass der Erblasserin die behaupteten Wertunterschiede klar vor Augen standen. Zwar kann unterstellt werden, dass die Erblasserin sich des Grundstückswerts der Immobilie W-Str. bewusst war, weil sie im Juni 2013 – also knapp zwei Jahre vor dem Testament – das für die Finanzierung des Kaufpreises erforderliche Darlehen von 170.000 € selbst aufgenommen hatte. Inwieweit sie aber Vorstellungen zum Wert des Grundbesitzes in der A-Str. hatte, ist nicht vorgetragen, sodass nicht auszuschließen ist, dass sie den von der Beklagten behaupteten erheblichen Wertunterschied gar nicht realisiert hatte. Die Beklagte kann auch nicht erfolgreich geltend machen, die Darstellung des Zeugen S sei vor dem Hintergrund unglaublich, dass die von ihm verwendete Formulierung („einschließlich darauf ruhender Belastungen“) im Sinne eines auf die nur dingliche Belastung beschränkten Verständnisses dieses Begriffs überflüssig wäre, weil dingliche Lasten ohnehin kraft Gesetzes übergangen. Das übersieht, dass gerade im Hinblick auf die Verwendung der Darlehensvaluta für ein anderes Grundstück – nämlich die der Beklagten zugewandte W-Str. – der Kläger bei Auslassung dieser Formulierung möglicherweise die Meinung hätte vertreten können, ihm sei das Grundstück A-Str. gänzlich lastenfrei zu übereignen.

20 2. Die Beklagte ist indes nicht Miterbin, weil sie die Annahme der Erbschaft wirksam angefochten hat. (§§ 1954, 1957 Abs. 1 BGB).

21 Gemäß § 1942 Abs. 1, §§ 1943, 1944 Abs. 1 BGB geht die Erbschaft nach Annahme durch den Erben auf diesen über; von der Annahme ist auszugehen, wenn die Erbschaft nicht ausgeschlagen ist; die Frist hierfür beträgt sechs Wochen und beginnt mit dem Zeitpunkt, in dem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat. Wann dies war, ist nicht dargetan, angesichts der seit dem Erbfall verstrichenen Zeit (29.12.2015) und der Tatsache, dass eine Ausschlagung zeitnah nicht erfolgt ist, ist von der Annahme auszugehen.

22 Die Beklagte hat die Annahme der Erbschaft gemäß §§ 1954, 119 Abs. 2 BGB wirksam angefochten, sodass die die Erbschaft als ausgeschlagen gilt (§ 1957 Abs. 1 BGB).

23 Nach ganz herrschender Meinung stellt die Überschuldung des Nachlasses eine verkehrswesentliche Eigenschaft im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB dar; der Erbe kann also die Annahme der Erbschaft wegen Irrtums gemäß § 119 Abs. 2 BGB anfechten, wenn er die Überschuldung nicht bemerkt und er in Kenntnis der Sachlage die Erbschaft ausgeschlagen hätte (vgl. OLG München, Beschluss vom 28.7.2015, 31 Wx 54/15, FamRZ 2015, 2195; OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.11.1998, 11 U 49/1998, ZEV 2000, 64; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 16.2.1996, 3 W 260/95, ZEV 1996, 428). Vorliegend ist der Sachverhalt insoweit besonders, als der Beklagten die

Überschuldung im Grundsatz bekannt war, sie aber davon ausging, sie trete aufgrund der Regelung im Vorausvermächtnis nicht ein, weil die durch die Grundschuld gesicherte Forderung nur vom Kläger zu befriedigen sei. Der BGH (Urteil vom 8.2.1989, IV a ZR 98/87, FamRZ 1989, 523) hat hierzu die Auffassung vertreten (a. a. O., juris Rdnr. 12), dass ein Irrtum über die Überschuldung auch vorliegen kann, wenn es um die Belastung des Nachlasses mit einer wesentlichen Verbindlichkeit geht, deren rechtlicher Bestand ungeklärt ist (das war im dortigen Fall ein Vermächtnis, bei dem streitig war, ob es wirksam war; ebenso: Staudinger/Otte, Neub. 2017, § 1954 Rdnr. 15 a. E.; Erman/J. Schmidt, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1954 Rdnr. 5b). Das OLG München (a. a. O.) hat basierend auf dieser Entscheidung die Auffassung vertreten, zu den wertbildenden Faktoren des Nachlasses gehöre auch die Frage, mit welchen Nachlassverbindlichkeiten dieser belastet sei. Daher könne ein – beachtlicher – Irrtum auch dann vorliegen, wenn der Erbe die die Überschuldung bedingende Nachlassverbindlichkeit (rechts-)irrig für verjährt hält und sich später das Gegenteil erweist (a. a. O., Rdnr. 9, 10). Ähnlich liegt es hier.

24 Die Beklagte macht geltend, sie habe erst nach der Beweisaufnahme erster Instanz erkannt, dass der Nachlass überschuldet sei. Zuvor sei sie – irrtümlich – davon ausgegangen, dass die Darlehensverbindlichkeit der Erblasserin gegenüber der X-Bank von dem Kläger als Begünstigtem des Vorausvermächtnisses zu tragen gewesen sei. Da die Beklagte Nutznießerin des von der Klägerin aufgenommenen Darlehens war, ist davon auszugehen, dass ihr der Umstand der Darlehensaufnahme bekannt war; etwas Gegenteiliges hat sie nicht behauptet. Daher musste sie bei Annahme der Erbschaft und in Ansehung des Nachlassverzeichnisses davon ausgehen, dass der Nachlass mit der Verbindlichkeit aus diesem Darlehen belastet war, für das sie als Miterbin neben dem Kläger haftete. Damit war aber klar, dass der Nachlass überschuldet war, wenn nicht der Kläger verpflichtet war, die Darlehensschuld allein zu tragen. Die Vorstellung, der Kläger müsse die Darlehensschuld allein tragen, konnte die Beklagte aus der Formulierung des Vorausvermächtnisses „einschließlich darauf ruhender Belastungen“ aber gewinnen. Selbst wenn man mit dem Kläger davon ausging, dass die Beklagte schon frühzeitig anwaltlich beraten war, konnte auch ihr Prozessbevollmächtigter vor dem Hintergrund der oben dargestellten Rechtslage bei der Anwendung des § 2166 BGB auf Sicherungsgrundschulden die Überzeugung gewinnen, der Kläger müsse als Vermächtnisnehmer auch die grundpfandrechtlich gesicherte persönliche Schuld tragen, so lange nicht ein entgegenstehender Erblasserwille erwiesen war.

25 Damit hat sich die Beklagte in einem beachtenswerten Eigenschaftsirrtum befunden, indem sie annahm, der Kläger sei von Rechts wegen verpflichtet, die Darlehensschuld allein zu begleichen.

26 Entgegen der Annahme des LG geht der Senat davon aus, dass die Beklagte die sechswöchige Anfechtungsfrist (§ 1954 BGB) eingehalten hat, die mit der Kenntnis von dem Anfechtungsgrund zu laufen beginnt. „Kenntnis“ vom Anfechtungsgrund hat der Anfechtende, wenn ihm die dafür maßgeblichen Tatsachen bekannt werden; dabei ist volle Überzeugung nicht erforderlich (Palandt/Weidlich, § 1954 Rdnr. 7). Ausreichend

ist, dass er eine feste Vorstellung gewonnen hat, aufgrund derer er sich entschließen kann (OLG Düsseldorf, ZEV 2017, 262). Dafür soll es nicht ausreichen, dass ein Nachlassgericht in der mündlichen Verhandlung seine vorläufige Auffassung zur Auslegung eines Testaments durch einen entsprechenden Hinweis erkennen lässt (OLG Hamm, Beschluss vom 18.3.2004, 15 W 38/04, ZEV 2004, 286). Andererseits kann die Kenntnis durch ein dem Anfechtungsberechtigten bekannt gewordenes Urteil vermittelt werden, selbst wenn gegen dieses Rechtsmittel eingelegt wurden (OLG Düsseldorf, a. a. O.; Staudinger/Otte, § 1954 Rdnr. 21).

27 Nach der Überzeugung des Senats konnte die Beklagte die Kenntnis von der Überschuldung des Nachlasses erst in dem Augenblick erlangen, als das Gericht dem Ergebnis der Beweisaufnahme folgend die Mithaftung der Beklagten für die Darlehensschuld annahm. Insbesondere ist die notwendige Kenntnis der Beklagten nicht durch das Schreiben des Notars S vom 18.1.2017 (...) vermittelt worden. In Anbetracht der Zweifelsregelung in § 2166 BGB war hinreichend Raum für die Vorstellung der Beklagten (und ihres Prozessbevollmächtigten), dass die zu übernehmenden „Belastungen“ auch die persönliche Darlehensschuld der Erblasserin gegenüber der X-Bank umfassten. Zwar kann – siehe oben – der Wille des Testierenden diese Zweifelsregelung beseitigen, dies kann aber rechtsverbindlich nur das Ergebnis einer wertenden Betrachtung durch ein Gericht sein. So war die Beklagte bei der Beurkundung nicht zugegen; wer – außer dem Notar – zugegen war und mit wem sich die Erblasserin zuvor besprochen hatte, war ihr nicht bekannt. Dass der Zeuge B der Beurkundung beigewohnt hatte, deutet sich im Schreiben des Prozessbevollmächtigten des Klägers vom 18.1.2017, dem eine Stellungnahme des Notars S anlag, an; dieser soll danach eine „inhaltsgleiche Stellungnahme“ abgegeben haben, die indes dem Schreiben nicht beilag. Das war aus der Sicht der Beklagten geeignet, Argwohn zu erwecken, der dahin gehen durfte, Zweifel an der Eindeutigkeit der Erklärung des Notars zu haben. Aus der Sicht der Beklagten war nicht auszuschließen, dass die scheinbar klaren Angaben des Notars zu den Vorstellungen der Erblasserin im Verlauf einer gerichtlichen Beweisaufnahme durchaus in Zweifel gezogen werden könnten; damit war es im Bereich des Möglichen, dass es dem Gericht trotz der Angaben des Notars nicht möglich war, eine sichere Überzeugung von dem behaupteten Erblasserwillen zu erlangen. Diese Zweifel wurden durch die Formulierung des Vorausvermächtnisses genährt. Ausgehend von der Annahme, dass dem Notar die Regelung des § 2166 BGB und die hierzu ergangene Rechtsprechung im Hinblick auf durch Grundschuld gesicherte Forderungen bekannt gewesen sein müsste, stellt sich die gewählte Formulierung im Vorausvermächtnis als unnötig undeutlich dar, wenn es denn darum gehen sollte, beide Kinder der Erblasserin zu Schuldnern der Darlehensforderung zu machen.

28 Der Kläger kann der Beklagten auch nicht erfolgreich vorhalten, sie hätte – nach Kenntnisnahme des Schreibens vom 18.1.2017 – eine sog. Eventualanfechtung erklären müssen. Da die Anfechtungserklärung als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung grundsätzlich bedingungsfeindlich ist, ist für eine Eventualanfechtung nur Raum, wenn die Bedingung, unter die die Erklärung gestellt wird, die künftige gerichtliche

Klarstellung eines für die Parteien noch ungewissen, aber objektiv bereits feststehenden Rechtszustandes ist (BeckOGK-BGB/Rehberg, Stand: 1.9.2020, § 121 Rdnr. 23 m. w. N.). So kann eine Partei, die vertragliche Gewährleistungsansprüche verfolgt, die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung für den Fall erklären, dass das Gericht den Gewährleistungsanspruch verneint (BGH, Urteil vom 22.2.1991, V ZR 299/89, NJW 1991, 1673). So liegt es indes hier aber nicht. Zwar wäre die Frage, ob das Vorausvermächtnis zugunsten des Klägers die Mithaftung der Beklagten für die Darlehensschuld unberührt lässt, auf den ersten Blick eine Rechtsfrage, die für eine Eventualanfechtung Raum lassen könnte. Tatsächlich beruht die Entscheidung aber nicht auf der bloßen Feststellung des objektiv bereits feststehenden Rechtszustandes, sondern setzt auch ein bestimmtes Ergebnis der Beweisaufnahme über den Willen der Erblasserin und damit die Feststellung umstrittener Tatsachen voraus. Hätte nämlich die Beweisaufnahme ergeben, dass sich der Wille der Erblasserin, die Beklagte für die Darlehensschuld mithaften zu lassen, nicht sicher feststellen lässt, so wäre es bei der Zweifelsregel des § 2166 BGB geblieben. Mithin war die Anfechtung nicht ausschließlich von Rechtsbedingungen, sondern auch von Tatsachen – einem bestimmten Aussageverhalten der Zeugen – abhängig, so dass eine Eventualanfechtung nicht in Betracht kam. Die Anfechtungserklärung vom 19.8.2019 erfolgte mithin rechtzeitig.

29 Weitere Bedenken gegen die Wirksamkeit der Anfechtung sind nicht dargetan, aber auch nicht ersichtlich.

30 Die Kostenentscheidung beruht auf § 91 Abs. 1 ZPO; die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Ziffer 10 ZPO.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Stefan Bandel**, Passau

Die Entscheidung des OLG Bremen betrifft mit der Anfechtung der Annahme einer Erbschaft eines der größten praktischen Probleme der Erben in Deutschland. Was tun, wenn unklar ist, welche Risiken in einer Erbschaft lauern? Anlass der Entscheidung war die Unklarheit darüber, wen bestimmte Nachlassverbindlichkeiten wirtschaftlich treffen, nachdem im Nachlass vorhandene Verbindlichkeiten durch Grundschuld an einem Hausgrundstück gesichert waren und dieses Grundstück einem Miterben als Vorausvermächtnis zugewendet worden war.

Die Entscheidung wäre nicht nötig gewesen, wenn das notarielle Testament, in dem die betreffenden Regelungen verfügt waren, eine eindeutige Regelung der Frage enthalten hätte. Entsprechende Formulierungen¹ sind einfach und

¹ Zum Beispiel: *Braun*, Nachlassplanung bei Problemkindern, 2. Aufl. 2018, Baustein 46 (§ 3 Rdnr. 59): „Verbindlichkeiten, welche beim Erbfall durch an dem Vermächtnisgegenstand eingetragene Grundpfandrechte abgesichert sind, hat der Vermächtnisnehmer [nicht – wenn nicht, dann den nachfolgenden Satz ab „Soweit (...)“ weglassen] zu übernehmen, gleichgültig, ob mit den Darlehensmitteln Aufwendungen für die Immobilie getätigt worden sind oder nicht. Soweit eine vorzeitige Tilgung oder Vertragsübernahme nicht möglich ist, hat der Vermächtnisnehmer den Nachlass insoweit im Wege der Erfüllungsübernahme freizustellen.“

sollten deshalb in jedem Muster enthalten sein. Im konkreten Fall waren sie unbedingt geboten, weil zum Zeitpunkt der Beurkundung des Testaments der gesamte Sachverhalt (Grundstück, Kredit, Kreditzweck) vorlag. Das Gericht hat das kritisch angemerkt (Rdnr. 27 am Ende).²

Dieses Versäumnis gab dem Gericht nun Gelegenheit, zu zwei Bereichen Rechtsfragen zu klären, nämlich erstens zur Anwendung des § 2166 BGB auf Grundschulden und zweitens zur Möglichkeit der Anfechtung einer Erbschaftsannahme bei rechtlicher Unsicherheit darüber, in welchem Umfang ein Miterbe von einer Nachlassverbindlichkeit betroffen ist.

Streitig und damit rechtlich unsicher war zwischen den Miterben, ob der auf Ausgleich klagende Miterbe, der ein mit einer Grundschuld belastetes Grundstück als Vorausvermächtnis erhalten hatte, gemäß der Vermutung des § 2166 Abs. 1 BGB dem beklagten Miterben gegenüber verpflichtet war, den Gläubiger der gesicherten Schuld rechtzeitig zu befriedigen (so geschehen), oder ob abweichend hiervon beide Miterben auch im Innenverhältnis zur Befriedigung verpflichtet waren. Im letzteren Fall war der vom beklagten Miterben erworbene Nachlassanteil eindeutig überschuldet, im ersteren Fall nicht.

Im Ausgangspunkt unstreitig ist, dass der Vermächtnisnehmer gemäß § 1192 Abs. 1 i. V. m § 2166 Abs. 1 BGB im Zweifel auch bei einer Grundschuld verpflichtet ist, den Gläubiger der vererbten Schuld bis zum Wert des vermachten Grundstücks zu befriedigen, wenn es sich – wie im Sachverhalt – um einen typischen Realkredit und um die Sicherung einer einzigen, ihrer Natur und Höhe nach von vornherein grundsätzlich festliegenden Forderung handelt. Diese Lösung wird jedoch angezweifelt, wenn die abgesicherte Forderung weder in Bezug zum Grundstück steht noch diesem zugute kommt, was nun wiederum der Fall war. Das OLG Bremen hat diese Zweifel zurecht nicht geteilt, da diese Unterscheidung weder im Gesetz angelegt ist noch irgendeine Bedeutung dafür hat, ob eine einmalige Forderung – zum Beispiel die gestundete Abfindung eines weichenden Erben – durch Hypothek oder Grundschuld abgesichert wird. Kreditinstitute wählen ohnehin nur noch die Grundschuld, egal was für eine Art von Kredit letztlich abgesichert wird.

Aufgrund der Aussagen zweier Zeugen, darunter auch des beurkundenden Notars, sah es das OLG jedoch – wie auch schon die Vorinstanz – als erwiesen an, dass die gesicherten Verbindlichkeiten beide Erben treffen sollten, weshalb sich seine Ausführungen zur Zweifelsregelung letztlich als obiter dictum erweisen.

Nun war also der beklagte Miterbe mit dem Ausgleich für gezahlte Schulden konfrontiert, von denen er bei Anwendung der Zweifelsregelung des § 2166 Abs. 1 BGB befreit worden wäre.

Die von ihm daraufhin erklärte Anfechtung der Annahme der Erbschaft sah die Vorinstanz als verspätet an, während das OLG hier gegenteilig entscheidet. Hierzu entscheidet es so-

wohl beim Anfechtungsgrund als auch bei der Anfechtungsfrist wichtige Fragen zugunsten des Anfechtenden.

Anfechtungsgrund war die nicht erkannte Überschuldung des Nachlasses. Dies wird als Eigenschaftsirrturn im Sinne von § 119 Abs. 2 BGB anerkannt, jedoch bestand hier die Besonderheit, dass die Überschuldung im Außenverhältnis gar nicht zweifelhaft war, sondern nur die Frage, ob der Anfechtende sich darauf verlassen konnte, diese Schulden im Verhältnis zum Vorausvermächtnisnehmer nicht tragen zu müssen. Das OLG lässt die letztlich falsche Annahme, zur Freistellung berechtigt zu sein, unter Verweis auf andere obergerichtliche Entscheidungen, bei denen ebenfalls die fehlerhafte Annahme von Forderungen oder Verbindlichkeiten als Bestandteilen des Nachlasses einen Anfechtungsgrund ergeben hatte, genügen. Dies ist überzeugend.

Damit steuert alles auf die Frage zu, ab welchem Zeitpunkt der Miterbe im Sinne von § 1954 Abs. 2 Satz 1 BGB Kenntnis darüber erlangte, dass doch eine Ausgleichspflicht bestand. Dies ist bei Ansprüchen, um deren Bestand mit Recht gestritten werden kann, so eine Sache. Schon dadurch, dass der vermeintlich nicht bestehende Anspruch von der anderen Partei geltend gemacht wird, verliert man den unschuldigen Glauben an sein Recht, nicht aber unbedingt schon die Überzeugung, Recht zu haben. Im streitigen Verfahren folgen dann ggf. die Klageerhebung, der Austausch weiterer Schriftsätze, Beweisangebote und Beweiserhebungen, die mündliche Verhandlung, deren Abschluss, das erstinstanzliche Urteil, dessen Rechtskraft oder ggf. auch der weitere Instanzenzug.

Die gängige Formel, dass Kenntnis besteht, wenn dem Anfechtenden die für den Anfechtungsgrund maßgeblichen Tatsachen bekannt geworden sind, während eine volle Überzeugung nicht erforderlich ist, hilft hier nicht viel weiter, denn die maßgeblichen Tatsachen (Testamentswortlaut, Schuldenstand) sind schon lange bekannt, nur nicht das Ergebnis, das die Justiz in diesem Einzelfall daraus ableitet. Das LG hatte nun in den Einlassungen der Zeugen, auf die es seine Entscheidung, dass der Miterbe zum Ausgleich verpflichtet sei, gestützt hat, die maßgeblichen Tatsachen gesehen, ab deren Kenntnis die Anfechtungsfrist zu laufen begann. Das verlangt meines Erachtens einem Laien, selbst wenn er anwaltlich vertreten ist, deutlich zu viel ab. Zu Recht sieht das OLG die den Beginn der Anfechtungsfrist auslösende Kenntnis erst als erlangt an, „als das LG dem Ergebnis der Beweisaufnahme folgend die Mithaftung des Beklagten für die Darlehensschuld annahm“.³

Damit bewegt sich das Gericht im Rahmen anderer von ihm zitierter obergerichtlicher Entscheidungen, die Kenntnis zumindest ab dem Bekanntwerden einer gerichtlichen Entscheidung auch dann angenommen hatten, wenn diese Entscheidungen noch nicht rechtskräftig waren, während vorläufige richterliche Hinweise zur Rechtslage als nicht ausreichend angesehen wurden.

Völlig zu Recht lehnt das OLG schließlich auch die Forderung ab, dass im Fall der rechtlichen Unklarheit eine sog.

² Rdnr. 27 am Ende der besprochenen Entscheidung.

³ Rdnr. 27 der besprochenen Entscheidung.

Eventualanfechtung früher erklärt werden müsste. Mag man im Einzelfall noch darüber nachdenken, ob bestimmte Bedingungen trotz des Bedingungsverbots in § 1947 BGB möglich sein sollten, so folgt daraus keineswegs im Umkehrschluss, dass die Möglichkeit einer bedingten Anfechtungserklärung trotz fehlender Kenntnis zum vorzeitigen Beginn der Anfechtungsfrist führt.

Zum Abschluss als Ergebnistest eine hypothetische Frage: Angenommen, das OLG hätte den Sachverhalt anders gewürdigt und entschieden, dass gemäß der Vermutungsregel des § 2166 Abs. 1 BGB der Beklagte nicht verpflichtet war, Ausgleich zu leisten. Hätte der Beklagte dann den nicht durch Schulden belasteten Erbteil durch seine Ausschlagung endgültig verloren? Ich meine nicht, denn die Ausschlagung ist wiederum eine anfechtbare Erklärung, und Anfechtungsgrund ist die durch die erstinstanzliche Entscheidung entstandene Unkenntnis vom Nicht-Bestehen der Ausgleichspflicht, sodass die Anfechtung gemäß § 1954 Abs. 2 Satz 1 BGB innerhalb von sechs Wochen nach Bekanntwerden der zweitinstanzlichen Entscheidung erklärt werden kann.

Dies ist eine logische Konsequenz aus der Maßgeblichkeit gerichtlicher Entscheidungen, die (noch) nicht rechtskräftig sind, und auch mit dem Ziel, möglichst rasch Klarheit über die richtigen Erben zu erhalten, im Einklang, da die Aufhebung erstinstanzlicher Entscheidungen nicht die Regel, sondern die Ausnahme ist.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

11. Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters bei offener Einlage

BGH, Urteil vom 4.8.2020, II ZR 171/19 (Vorinstanz: OLG Köln, Urteil vom 4.7.2019, 18 U 76/18)

AktG § 241 Abs. 1 Nr. 3

GmbHG § 19 Abs. 2 Satz 1, § 33 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. **Der Gesellschafter einer GmbH kann, obwohl er seine bereits fällig gestellte Einlage noch nicht vollständig erbracht hat, aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, ohne dass zugleich mit dem Ausschluss ein Beschluss über die Verwertung seines Geschäftsanteils gefasst werden muss.**
2. **Das Verbot der Einziehung eines nicht vollständig eingezahlten Geschäftsanteils leitet sich aus nicht aus dem Grundsatz der Kapitalerhaltung, sondern aus dem Grundsatz der Kapitalaufbringung, her. Eine Einziehung ist nur zulässig, wenn die auf den einzuziehenden Geschäftsanteil zu erbringende Einlageleistung vollständig erbracht ist, vgl. § 19 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. (Leitsatz der Schriftleitung)**

3. **Hat ein rechtmäßiger Ausschließungsbeschluss der Gesellschafterversammlung nach der Satzung der GmbH die Wirkung, dass der betroffene Gesellschafter seine Gesellschafterstellung mit sofortiger Wirkung verliert, tritt diese Wirkung unabhängig von der Zahlung der dem Gesellschafter zustehenden Abfindung ein. (Leitsatz der Schriftleitung)**
4. **Der Inferent kann gegen die Bareinlageforderung kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, vgl. § 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG. (Leitsatz der Schriftleitung)**

12. Befreiung von § 181 BGB im Rahmen einer Satzungsänderung einer im vereinfachten Verfahren gegründeten GmbH

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30.4.2021, 3 Wx 46/21

BGB § 181

FamFG §§ 58 ff.

GmbHG § 2 Abs. 1a, 53ff.

LEITSATZ:

Die Befreiung des Geschäftsführers einer im vereinfachten Verfahren gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG unter Verwendung des gesetzlichen Musterprotokolls als Einpersonengesellschaft gegründeten UG (haftungsbeschränkt) von den Beschränkungen des § 181 BGB kann nicht im Handelsregister eingetragen werden, wenn der als Anlage zur Anmeldung vorgelegte neu gefasste Gesellschaftsvertrag ersichtlich eine dahin gehende Regelung nicht enthält.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die betroffene Gesellschaft wurde mit notariell beurkundetem Vertrag vom 15.9.2017 im vereinfachten Verfahren gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG unter Verwendung des gesetzlichen Musterprotokolls als Einpersonengesellschaft mit einem Stammkapital von 1.000 € und mit Sitz in Münster gegründet. Am 2.10.2017 wurde die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen und am 20.12.2017 wurde die Erhöhung des Stammkapitals auf 2.000 € eingetragen.

2 Mit notariell beurkundetem Gesellschafterbeschluss vom 6.10.2020 wurde die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft nach Düsseldorf sowie die Neufassung des Gesellschaftsvertrages beschlossen. Am gleichen Tage meldete die betroffene Gesellschaft die Änderung ihres Sitzes zur Eintragung im Handelsregister an; der Gesellschaftsvertrag sei neu gefasst worden, mit Ausnahme der Sitzverlegung seien die Inhalte des Gesellschaftsvertrages unverändert geblieben. Der Anmeldung beigefügt war die beschlossene Neufassung des Gesellschaftsvertrages.

3 Mit Verfügung vom 9.2.2021 wies das Registergericht darauf hin, dass die geänderte besondere Vertretungsbefugnis, die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, des

Geschäftsführers noch angemeldet werden müsse. Die Befreiung sei mit der Satzungsänderung entfallen.

4 Gegen diese Verfügung legte die betroffene Gesellschaft am 10.2.2021 Beschwerde ein. Sie wandte ein, die Änderung des Gesellschaftsvertrages lasse die Geschäftsführerbestellung als solche unberührt, ebenso wenig wirke sich die Änderung auf die Ausgestaltung seiner Vertretungsmacht aus.

5 Mit Beschluss vom 18.2.2021 hat das Registergericht die Anmeldung vom 6.10.2020 zurückgewiesen. Die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB habe begrenzte materielle Satzungsqualität. Die Gesellschafter könnten die Befreiung durch einfachen Gesellschafterbeschluss widerrufen oder aber auch – wie hier in Ziffer 4 geschehen – das Musterprotokoll ändern. Die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB müsse durch oder aufgrund einer satzungsmäßigen Regelung erfolgen und diese müsse auch bestehen bleiben. Der Wegfall der Möglichkeit einer Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB in einer normalen GmbH-Satzung infolge Satzungsänderung führe auch zu einer Änderung der besonderen Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers, dem unter der alten Satzung die Befreiung zugesprochen gewesen sei.

6 Noch am 18.2.2021 hat die betroffene Gesellschaft Beschwerde gegen die Zurückweisung der von ihr angemeldeten Eintragung eingelegt. Dazu wiederholt sie ihre bereits in ihrer Beschwerde vom 10.2.2021 vertretene Auffassung.

7 Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf mit weiterem Beschluss vom 25.2.2021 zur Entscheidung vorgelegt.

(...)

9 II. Die nach Maßgabe der §§ 58 ff. FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde der betroffenen Gesellschaft ist dem Senat infolge der vom Registergericht mit weiterem Beschluss vom 25.2.2021 ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 68 Abs. 1 Satz 1 2. Hs. FamFG. In der Sache bleibt sie ohne Erfolg.

10 Das Registergericht hat die begehrte Eintragung zu Recht und mit zutreffender, aus Rechtsgründen nicht ergänzungsbedürftiger Begründung zurückgewiesen. Lediglich zur Verdeutlichung sei Folgendes angemerkt:

11 Änderungen der Satzung einer gemäß dem gesetzlichen Musterprotokoll gegründeten und eingetragenen Gesellschaft unterfallen den allgemeinen Regelungen der §§ 53 ff. GmbHG (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rdnr. 18 und 62). Zwar ist es zur wirksamen Änderung eines gemäß dem Musterprotokoll gefassten Gesellschaftsvertrages nicht erforderlich, dass der Gesellschaftsvertrag insgesamt neu gefasst wird. Indes müssen die geänderten Bestimmungen zwingend vom Wortlaut des Musterprotokolls abweichen, wenn sonst inhaltlich Falsches geregelt würde; die sonstigen, durch die Satzungsänderung nicht berührten Regelungen sind dagegen unverändert zu übernehmen (Beck'sches Notar-Handbuch/Meyer/Weiler, 7. Aufl. 2019, Rdnr. 352). Das gilt auch für die im Gesellschaftsvertrag geregelte Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft als materieller Satzungsbestandteil und eine generell geltende Befreiung des Geschäfts-

führers von den Beschränkungen des § 181 BGB bedarf zu ihrer Wirksamkeit einer satzungsmäßigen Grundlage (OLG Nürnberg, BeckRS 2010, 7681; BeckOK-GmbHG/Tröllitzsch, Stand: 1.2.2021, § 53 Rdnr. 1a und 43).

12 Nach der Maßgabe des Vorstehenden kann die Befreiung des Geschäftsführers der betroffenen Gesellschaft von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht im Handelsregister eingetragen werden, denn der als Anlage zur Anmeldung vorgelegte neu gefasste und aus vier Ziffern bestehende Gesellschaftsvertrag vom 6.10.2020 enthält ersichtlich keine dahingehende Regelung.

13 III. Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst. Die Pflicht der betroffenen Gesellschaft zur Tragung der Gerichtskosten ergibt sich unmittelbar aus § 22 Abs. 1, § 25 Abs. 1 GNotKG; eine Anordnung über die Erstattung außergerichtlicher Kosten kommt bereits deshalb nicht in Betracht, da am Beschwerdeverfahren nur die betroffene Gesellschaft teilgenommen hat.

14 Die Festsetzung des Geschäftswertes beruht auf § 61, § 36 Abs. 3 GNotKG.

15 Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, besteht nicht, § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG.

13. Keine unzulässige Rückwirkung einer Satzungsänderung zur Änderung des Geschäftsjahres

OLG Thüringen, 2 W 244/21,

mitgeteilt von Notar Dr. **Bernhard Schaub**, München

GmbHG §§ 9c, 54, 57a

LEITSÄTZE:

- 1. Die rückwirkende Änderung eines Geschäftsjahres – also die Änderung des abgelaufenen Geschäftsjahres nach dessen Ablauf – ist unzulässig. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 2. Geht eine angemeldete Satzungsänderung zur Änderung des Geschäftsjahres beim Registergericht ein und kann die Eintragung während des neu zu bildenden Rumpfgeschäftsjahres erfolgen, wird keine Rückwirkung entfaltet und es besteht auch keine Manipulationsgefahr. Durch Einsichtnahme in das Handelsregister kann der Rechtsverkehr feststellen, wann die Satzungsänderung eingetragen und damit wirksam wurde. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

I. Das Geschäftsjahr der Beschwerdeführerin zu 1 war zunächst das Kalenderjahr. Am 13.1.2021 wurde beim AG Jena – Registergericht – durch den Geschäftsführer der Beschwerdeführerin zu 1 angemeldet, dass die Satzung in § 4 (Geschäftsjahr) geändert bzw. neu gefasst wurde (UR-Nr. [...] /2020 des Notars (...) München; Sonderband Beschwerdeverfahren). Beigefügt war das Protokoll der Gesellschafter-

versammlung vom 13.8.2020, in der der Beschluss gefasst wurde, § 4 der Satzung dahin gehend zu ändern und neu zu fassen, dass das Geschäftsjahr am 1.10. eines jeden Jahres beginnt und am 30.9. des Folgejahres endet. Ebenfalls beigelegt war die Satzung mit dem geänderten Wortlaut (...).

Das AG – Registergericht – wies darauf hin, dass unzulässigerweise offen gelassen werde, welchen Zeitraum das Rumpfgeschäftsjahr umfassen solle. Die rückwirkende Änderung eines Geschäftsjahrs sei unzulässig.

Mit Beschluss vom 19.3.2021 (...) wies das Registergericht die Anmeldung zurück.

Gegen diesen, dem Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin zu 1 am 24.3.2021 zugestellten Beschluss richten sich die Beschwerden, die der Verfahrensbevollmächtigte der Beschwerdeführerin zu 1 für diese und zugleich im eigenen Namen eingelegt hat. Mit der Beschwerde wird vorgebracht, es gehe nicht um eine Rückwirkung der Satzungsänderung. Die Umstellung werde mit der Eintragung der Satzungsänderung im Handelsregister wirksam. Beschlossen worden sei ein vom Kalenderjahr abweichendes Geschäftsjahr ab dem Datum der Eintragung der Satzungsänderung. Der Rechtsverkehr könne durch Einsichtnahme in das Handelsregister unschwer feststellen, wann die Satzungsänderung eingetragen und damit wirksam wurde. Im Übrigen beziehe sich das Prüfungsrecht des Registergerichtes nicht auf den angemeldeten Sachverhalt, da keiner der in § 9c Abs. 2 GmbHG genannten Tatbestände einschlägig sei.

Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

II. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin zu 1 ist zulässig und begründet. Die Beschwerde des Beschwerdeführers zu 2 ist hingegen unzulässig.

1. Der Verfahrensbevollmächtigte der Beschwerdeführerin zu 1 hat die Beschwerde ausdrücklich im Namen der Beschwerdeführerin zu 1 und auch im eigenen Namen eingelegt.

Die Beschwerde der Beschwerdeführerin zu 1 ist zulässig, da diese als Antragstellerin durch die Zurückweisung der Anmeldung in ihren Rechten verletzt sein kann, § 59 Abs. 1 und 2 FamFG.

Da das Geschäftsjahr in der Satzung der Beschwerdeführerin zu 1 verankert war, enthält die Änderung des Geschäftsjahrs eine Satzungsänderung (Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 22. Aufl., § 53 Rdnr. 27; Scholz/Priester/Tebben, GmbHG, 12. Aufl., § 53 Rdnr. 139; MünchKomm-GmbHG/Harbarth, 3. Aufl., § 53 Rdnr. 246), deren Änderung nach § 54 Abs. 1 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden ist. Die Anmeldung erfolgt durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft, welche durch deren Zurückweisung beschwert wird (Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 54 Rdnr. 27; BGH, Beschluss vom 24.10.1988, II ZB 7/88, juris Rdnr. 13, 14).

Die durch den Verfahrensbevollmächtigten im eigenen Namen eingelegte Beschwerde ist hingegen als unzulässig zu verwerfen, weil der Verfahrensbevollmächtigte nicht unmittelbar in seinen Rechten beeinträchtigt sein kann, § 68 Abs. 2, § 59 Abs. 1 und 2 FamFG. Die Einlegung der Beschwerde im eigen-

nen Namen setzt eine Rechtsbeeinträchtigung in der Person des Notars voraus (Keidel/Meyer/Holz, FamFG, 20. Aufl., § 59 Rdnr. 22, 24) an welcher es im Falle der Anmeldung der Satzungsänderung durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft fehlt (Keidel/Meyer/Holz, FamFG, § 59 Rdnr. 66; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.3.2019, 3 Wx 207/18, juris Rdnr. 8).

2. Die Beschwerde der Beschwerdeführerin zu 1 ist begründet.

a) Im Hinblick auf Satzungsänderungen ergibt sich aus dem Rechtsgedanken der §§ 9c, 57 a GmbHG, dass auch nicht unter § 57a GmbHG fallende Satzungsänderungen der registergerichtlichen Prüfung unterliegen. Dem Prüfungsrecht entspricht insoweit eine Prüfungspflicht, die sich aus dem Wortlaut von § 9c Abs. 1 GmbHG ergibt (MünchKomm-GmbHG/Harbarth, § 54 Rdnr. 60).

Das Registergericht hat die Pflicht, darüber zu wachen, dass Eintragungen im Handelsregister den gesetzlichen Erfordernissen und der tatsächlichen Rechtslage entsprechen. Eine Pflicht zur Amtsermittlung nach §§ 26, 382 FamFG besteht, wenn entweder die formalen Mindestanforderungen für eine Eintragung nicht erfüllt sind oder wenn begründete Zweifel an der Wirksamkeit der zur Eintragung angemeldeten Erklärungen oder an der Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen bestehen (BGH, Beschluss vom 21.6.2011, II ZB 15/10, juris Rdnr. 10). Im Falle einer Satzungsänderung gehört dazu die Prüfung, ob die Änderung nach den vorzulegenden Dokumenten ordnungsgemäß zu Stande gekommen ist (Krafka/Kühn, Registerrecht, 10. Aufl., Rdnr. 156-158, 1025). Dabei hat eine Eintragung zu unterbleiben, wenn der vorgelegte Beschluss unwirksam oder nichtig ist (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 6.11.2008, 20 W 385/08, juris Rdnr. 15; vgl. auch OLG Stuttgart, Beschluss vom 25.10.2011, 8 W 387/11, juris Rdnr. 12; OLG München, Beschluss vom 14.6.2012, 31 Wx 192/12, juris Rdnr. 7; KG, Beschluss vom 20.3.2012, 25 W 99/11, juris Rdnr. 14). Insoweit ist zu prüfen, ob die für Dritte bedeutsamen Satzungsbestimmungen offensichtliche Unklarheiten oder Unrichtigkeiten enthalten. Aus dem Zweck der Registerpublizität des Gesellschaftsvertrages folgt nämlich die Verpflichtung des Registerrichters, dafür zu sorgen, dass eine Irreführung des Rechtsverkehrs vermieden wird (MünchKomm-GmbHG/Harbarth, § 54 Rdnr. 66). Bei der Prüfung einer Änderung des Gesellschaftsvertrages ist das Registergericht nicht an die Beschränkungen des § 9c Abs. 2 GmbHG gebunden (Krafka/Kühn, Registerrecht, Rdnr. 1031; KG, Beschluss vom 18.10.2005, 1 W 27/05, juris Rdnr. 5).

b) In dem hier zur Entscheidung stehenden Fall begegnet die angemeldete Satzungsänderung – Änderung des Geschäftsjahrs – keinen Bedenken; weder liegt eine unzulässige Rückwirkung vor noch führt die Eintragung zu Unklarheiten, die den Rechtsverkehr irreführen könnten.

aa) Der Begriff des „Geschäftsjahrs“ wird gesetzlich zwar verwendet, für die Festlegung des Geschäftsjahrs enthalten das GmbHG und das HGB aber – mit Ausnahme des § 240 Abs. 2 Satz 2 HGB – keine Vorgaben (vgl. Staub/Pöschke, HGB, 5. Aufl., § 240 Rdnr. 35, 38). Eine Änderung durch satzungändernde Beschlussfassung ist grundsätzlich zuläs-

sig, auch unter Bildung eines Rumpfgeschäftsjahres, wenn es hierfür einen sachlichen Grund gibt (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*Sailer/Coceani*, 3. Kap. § 9 Rdnr. 3, 4), wozu eine sachlich veranlasste Umstellung des Geschäftsjahres gehört (Baumbach/*Hopt/Merkt*, HGB, 38. Aufl., § 240 Rdnr. 6).

Die Zulässigkeit der Umstellung des bereits satzungsmäßig festgelegten Geschäftsjahres unterliegt dennoch Einschränkungen. Die rückwirkende Änderung eines Geschäftsjahres – also die Änderung des abgelaufenen Geschäftsjahres nach dessen Ablauf (Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht/*Sickinger*, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 30) – ist unzulässig (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*Sailer/Coceani*, 3. Kap. § 9 Rdnr. 3; Staub/*Pöschke*, HGB, § 240 Rdnr. 38). Die Bildung eines Rumpfgeschäftsjahres ist nur dann zulässig, wenn die Eintragung der entsprechenden Satzungsänderung vor dem Ablauf des durch die Änderung gebildeten Rumpfgeschäftsjahres erfolgt (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*Sailer/Coceani*, 3. Kap. § 9 Rdnr. 3; Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 19. Aufl., § 53 Rdnr. 45). Aus § 240 Abs. 2 Satz 2 HGB ergibt sich für jedes Geschäftsjahr eine Höchstdauer von 12 Monaten. Der Zeitraum von zwölf Monaten ist zwingend und darf unter keinen Umständen überschritten werden (Staub/*Pöschke/HGB*, § 240 Rdnr. 36).

Diese Grundsätze haben eine gläubigerschützende und im öffentlichen Interesse gegebene Funktion, sodass § 241 Nr. 3 AktG entsprechend anzuwenden ist. Die Festlegung des Geschäftsjahres hat Bedeutung für die steuerliche Gewinnermittlung (Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts/*Sailer/Coceani*, 3. Kap. § 9 Rdnr. 5). Wenn das Geschäftsjahr (steuerrechtlich: Wirtschaftsjahr) vom Kalenderjahr abweicht, gilt der Gewinn als in dem Kalenderjahr bezogen, in dem das Geschäftsjahr endet (Henssler/*Strohn/Strohn*, Gesellschaftsrecht, § 29 GmbHG Rdnr. 10). Die gesetzliche Anordnung, dass eine Änderung des Geschäftsjahrs in Form einer Satzungsänderung nur mit der Eintragung ex nunc wirksam werden kann, soll der Gefahr vorbeugen, dass die Zeitpunkte, zu denen Jahresabschlüsse zu erstellen sind, durch manipulative Eintragungen beliebig verändert werden können und so durch Ausschüttung von künstlich erzeugten Gewinnen die Kapitalerhaltungsvorschriften verletzt werden (BGH, Beschluss vom 14.10.2014, II ZB 20/13, juris Rdnr. 17). Durch eine rückwirkende Änderung des Geschäftsjahres können Gläubigerinteressen direkt betroffen sein und würde die Ausschüttung von Scheingewinnen ermöglicht (Scholz/*Priester*, GmbHG, § 53 Rdnr. 187). Es ist daher aus Gründen des Gläubigerschutzes erforderlich, dass die Änderung des Geschäftsjahres noch innerhalb des betreffenden Jahres eingetragen wird. Betreffendes Jahr ist dabei das durch die Satzungsänderung entstehende Rumpfgeschäftsjahr; würde man stattdessen lediglich die Anmeldung zum Handelsregister im betreffenden Geschäftsjahr verlangen, könnten durch die Bildung eines Rumpfgeschäftsjahres die Kapitalerhaltungsvorschriften überspielt werden (Lutter/*Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, § 53 Rdnr. 45).

Für die Eintragungen in das Handelsregister gilt der Grundsatz der Registerwahrheit (BGH, Beschluss vom 14.10.2014, II ZB 20/13, juris Rdnr. 13, 14), an dem ein erhebliches öffentliches

Interesse besteht (OLG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 10.11.1999, 7 Wx 7/99, juris Rdnr. 15) und der Registerklarheit. Für die Anmeldung als Grundlage der Eintragung verlangt die Sicherheit des Rechtsverkehrs einen klaren und bestimmten Inhalt. Die Anmeldung muss die eintragungsfähige Tatsache eindeutig und vollständig bezeichnen (*Krafka/Kühn*, Registerrecht, Rdnr. 76).

bb) Diese Anforderungen werden hier gewahrt. Die Satzungsänderung wird gemäß § 54 Abs. 3 GmbHG erst mit der Eintragung in das Handelsregister wirksam. Die angemeldete Satzungsänderung enthält, gerade weil der Zeitpunkt der Umstellung auf das neue Geschäftsjahr nicht genannt wird, keine Rückwirkung; im Falle der Eintragung vor dem 30.9.2021 wird die Umstellung mit dem 1.10.2021 wirksam und vom 1.1.2021 bis zum 30.9.2021 ein Rumpfgeschäftsjahr gebildet. Da die Anmeldung am 13.1.2021 einging und die Eintragung nach wie vor noch vor dem 30.9.2021, und damit während des neu zu bildenden Rumpfgeschäftsjahres – erfolgen kann, wird keine Rückwirkung entfaltet und besteht auch keine Manipulationsgefahr. Durch die Einsichtnahme in das Handelsregister kann der Rechtsverkehr feststellen, wann die Satzungsänderung durch deren Eintragung wirksam wurde und aus dem Wortlaut der geänderten Satzung ergibt sich, dass die Änderung des Geschäftsjahres ohne Rückwirkung erfolgt. Damit ist auch klar, dass – die Eintragung der angemeldeten Tatsache vor dem 30.9.2021 vorausgesetzt – die Änderung des Geschäftsjahres zum 1.10.2021 wirksam ist. Hierin liegt der Unterschied zu der Fallgestaltung, welche der Entscheidung des Senates vom 3.7.2019 zugrunde lag (Az. 2 W 183/21) Denn in jenem Fall wäre nach dem zeitlichen Ablauf im Falle der Eintragung offen geblieben, wie das Rumpfgeschäftsjahr zeitlich liegt.

2. Da keine sonstigen Eintragungshindernisse durch das Registergericht benannt oder sonst ersichtlich geworden sind, hat der Senat in der Sache selbst entschieden, § 69 Abs. 1 Satz 1 FamFG, und das Registergericht angewiesen, die Eintragung vorzunehmen.

Die Nichterhebung der Gerichtskosten beruht auf § 81 Abs. 1 Satz 2 FamFG; die Einlegung der Beschwerde auch durch den Beschwerdeführer zu 2 hat keine besonderen Kosten verursacht. Eine Rechtsgrundlage für die Erstattung außergerichtlicher Kosten ist nicht gegeben.

Die Rechtsbeschwerde ist nicht zuzulassen, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichtes erfordert, § 70 Abs. 2 Satz 1 FamFG.

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

14. Umgehung der geschlechterbezogenen Diskriminierung im Erbrecht über Kollisionsvorschriften

OLG München, Beschluss vom 8.12.2020, 31 Wx 248/20

BGB § 2361

EGBGB Art. 6

GG Art. 3 Abs. 2 Satz 1

GNotKG §§ 34, 40, 61

LEITSÄTZE:

1. Eine ausländische Rechtsvorschrift, wonach im Erbfall männliche Kinder einen doppelt so hohen Anteil am Nachlass erhalten als weibliche, verstößt gegen Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG und fällt daher unter die Vorbehaltsklausel des Art. 6 EGBGB.
2. Der für die Anwendung des Art. 6 EGBGB erforderliche Inlandsbezug liegt jedenfalls vor, wenn sich die wesentlichen Nachlasswerte im Inland befinden und (auch) deutsche Staatsangehörige beteiligt sind.
3. Sofern nicht positiv festgestellt werden kann, dass die unterschiedliche Erbfolge dem Willen des Erblassers entspricht, bleibt eine solche Rechtsvorschrift daher nach Art. 6 EGBGB unangewendet.
4. Ein Erbschein, der aufgrund des Verstoßes gegen den ordre public nach Art. 6 EGBGB materiell unrichtig ist, ist gemäß § 2361 BGB einzuziehen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Zutreffend hat das Nachlassgericht den erteilten Erbschein des AG München vom 16.7.1970 als unrichtig eingezogen.

2 1. Die Einlegung der Beschwerde erfolgte mit dem Antrag, dem Beschwerdeführer einen neuen dem Erbschein vom 16.7.1970 gleichlautenden Erbschein zu erteilen. Nachdem der Erbschein vom 16.7.1970 aufgrund des Beschlusses vom 14.4.2020 an das Nachlassgericht zurückgegeben wurde und daher gemäß § 2361 Satz 2 BGB kraftlos wurde, ist die Beschwerde gemäß § 353 Abs. 3 FamFG mit diesem Ziel statthaft.

3 2. Die Beschwerde ist allerdings unbegründet. Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Voraussetzungen für die Einziehung des am 16.7.1970 erteilten Erbscheins gemäß § 2361 BGB vorliegen. Eine Anweisung an das Nachlassgericht, einen gleichlautenden Erbschein zu erteilen, kam daher nicht in Betracht.

4 a) Gemäß § 2361 BGB ist ein erteilter Erbschein einzuziehen, wenn dieser unrichtig ist. Unrichtig ist der Erbschein, wenn die Voraussetzungen für die Erteilung entweder schon ursprünglich nicht gegeben sind oder nachträglich entfallen sind. Das Nachlassgericht hat sich in die Lage zu versetzen, als hätte es den Erbschein erstmalig zu erteilen (BayObLGZ 1980, 72, 74; Burandt/Rojahn/Gierl, Erbrecht, 3. Aufl. 2019,

§ 2361 BGB Rdnr. 4; Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 353 Rdnr. 3; Firsching/Graf Nachlassrecht/Krätzschel, 11. Aufl. 2019, § 39 Rdnr. 2).

5 b) Zutreffend hat das Nachlassgericht festgestellt, dass der Erbschein vom 16.7.1970 materiell unrichtig ist, da die Miterbenanteile der Beteiligten zu 1 bis 3 nicht in gleicher Höhe ausgewiesen sind.

6 Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat auf den angefochtenen Beschluss Bezug.

7 Ergänzend gilt Folgendes:

8 aa) Maßgeblich für die Erbfolge ist das iranische Recht, da der Erblasser ausschließlich iranischer Staatsangehöriger war (Art. 8 Abs. 3 des Deutsch-Iranischen Niederlassungsabkommens vom 17.2.1929). Danach erhalten männliche Kinder einen doppelt so hohen Anteil am Nachlass wie weibliche Kinder. Der Beteiligten zu 3 steht danach als Tochter des Erblassers nur die Hälfte des Anteils der Beteiligten zu 1 und 2 zu.

9 bb) Das iranische Recht bleibt allerdings nach Art. 6 EGBGB in dieser Hinsicht unangewendet, denn dieses Ergebnis der Anwendung iranischen Erbrechts auf den hier zu entscheidenden Fall ist mit dem im Grundgesetz verankerten Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG) nicht vereinbar. Nach Art. 6 EGBGB ist die Rechtsnorm eines anderen Staates nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist.

10 (1) Die Anwendbarkeit des Art. 6 EGBGB ist durch das Deutsch-Iranische Niederlassungsabkommen vom 17.2.1929 nicht ausgeschlossen. Art. 8 Abs. 3 Satz 2 des Abkommens enthält eine Öffnungsklausel für den deutschen ordre public (BGHZ 120, 29, 35; MünchKomm-BGB/v. Hein, 8. Aufl. 2020, Art. 6 EGBGB Rdnr. 39; BeckOGK-BGB/Stürmer, Stand: 1.11.2020, Art. 6 EGBGB Rdnr. 116).

11 (2) Die Anwendung der Vorbehaltsklausel des Art. 6 EGBGB setzt voraus, dass nicht nur abstrakt die ausländische Regel selbst, sondern das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts im konkreten Fall in so starkem Widerspruch zu den Grundgedanken der deutschen Regelungen und denen in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen steht, dass es nach inländischen Vorstellungen untragbar erscheint (BGHZ 118, 312, 330; KG, NJW-RR 2008, 1109, 1111; OLG Hamm, FamRZ 1993, 111, 114; OLG Hamm, ZEV 2005, 436). Darüber hinaus muss der zu beurteilende Tatbestand einen hinreichenden Inlandsbezug aufweisen; die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte genügt dafür nicht (Palandt/Thorn, 79. Aufl. 2020, Art. 6 EGBGB Rdnr. 5, 6 m. w. N.; MünchKomm-BGB/v. Hein, Art. 6 EGBGB Rdnr. 148 ff., 199 ff.).

12 Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Beteiligte zu 3 erhält nach den maßgeblichen iranischen Rechtsvorschriften als Tochter des Erblassers eine Erbquote von 7/40, während die Beteiligten zu 1 und 2 als Söhne bei ansonsten gleichem Sachverhalt eine Erbquote von 14/40 beanspruchen können. Dies ist nicht vereinbar mit dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz, dass niemand wegen seines Geschlechts benachteiligt werden darf (Staudinger/Dörner, Neub. 2007, Art. 25 EGBGB Rdnr. 727 sowie Anh. zu Art. 25 f. EGBGB

Rdnr. 327; BeckOK-BGB/Lorenz, Stand: 1.8.2020, Art. 6 EGBGB Rdnr. 26 sowie Art. 25 EGBGB Rdnr. 62). Entgegen der Auffassung des Beschwerdeführers kommt es für die Bewertung des Ergebnisses insoweit nicht auf einen Vergleich mit einer hypothetischen Erbquote oder möglichen testamentarischen Regelungen nach deutschem Recht an, sondern auf den Vergleich der bei konkreter Anwendung des iranischen Rechts zugrunde zu legenden Erbquoten zwischen den Beteiligten. Maßgeblich ist daher nicht, ob die Beteiligte zu 3 bereits mehr erhalten hat, als ihr bei Anwendung des deutschen Rechts zugestanden hätte. Es kommt allein darauf an, ob eine innerstaatliche Rechtshandlung deutscher Staatsgewalt in Bezug auf einen konkreten Sachverhalt, der eine mehr oder wenige starke Inlandsbeziehung aufweist, zu einer Grundrechtsverletzung führt (BVerfGE 31, 58). Im konkreten Fall führt die Anwendung des iranischen Erbrechts zu dem Ergebnis, dass die Beteiligte zu 3 aufgrund ihres Geschlechts nur die Hälfte des Erbteils der Beteiligten zu 1 und 2 erhält. Dies widerspricht zweifelsfrei Art. 3 Abs. 2 Satz 1 bzw. Abs. 3 Satz 1 GG.

13 Es besteht zudem ein stark ausgeprägter Inlandsbezug. Der Erblasser hat u. a. ein Grundstück in München, ein Bankkonto bei der D Bank in Deutschland sowie Geschäftsanteile an einer Papierfabrik im Inland hinterlassen. Es handelte sich hierbei um die wesentlichen Vermögenswerte des Erblassers. Ferner besaßen sowohl die Beteiligten zu 1 und 2, als auch die Beteiligte zu 4 zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers neben der iranischen auch die deutsche Staatsangehörigkeit. Unabhängig von der Frage, welche Absichten oder Pläne der Erblasser hinsichtlich des Verbleibs der Familie im Iran oder eines Umzugs nach Deutschland zum Zeitpunkt seines Todes hatte, genügen diese vorhandenen Inlandsbezüge, um eine Anwendung des Art. 6 Satz 2 EGBGB auf den vorliegenden Sachverhalt zu begründen. Das Differenzierungsverbot nach Art. 3 Abs. 2 Satz 1 und Abs. 3 Satz 1 GG als Abwehrrecht gegen unmittelbare rechtliche, d. h. direkt an das Geschlecht anknüpfende Ungleichbehandlungen (Maunz/Dürig/Langefeld, GG, Stand: April 2020, Art. 3 Abs. 2 GG Rdnr. 16) beansprucht nach Wortlaut, Sinn und Zweck jedenfalls auch für den vorliegenden Sachverhalt Geltung, bei dem sich die wesentlichen Nachlasswerte im Inland befinden und (auch) deutsche Staatsangehörige beteiligt sind.

14 (3) Auch nach Ansicht des Senats ist nicht feststellbar, dass der Erblasser die Schlechterstellung der Beteiligten zu 3 beabsichtigte. Die gesetzliche Diskriminierung eines aus deutscher Sicht Erbberechtigten kann trotz Art. 3 Abs. 3 Satz 1 GG zwar hinzunehmen sein, wenn diese Erbfolge dem festgestellten Willen des Erblassers entspricht, da eine inhaltsgleiche gewillkürte Erbfolge auch im deutschen Recht den Schutz des Art. 14 GG (Testierfreiheit) genießen würde (MünchKomm-BGB/v. Hein, Art. 6 EGBGB Rdnr. 150). Ein ordre public-Verstoß diskriminierender gesetzlicher Erbfolgeregeln ist zu verneinen, wenn der Erblasser eine entsprechende erbrechtliche Regelung auch nach deutschem Recht durch letztwillige Verfügung hätte treffen können und dies im Hinblick auf die seinem Willen entsprechenden gesetzlichen Erbfolgeregeln nach seinem Heimatrecht bewusst unterlassen hat. Dies setzt aber die positive Feststellung eines entsprechenden Erblasserwillens voraus (BeckOK-BGB/Lorenz,

Art. 25 EGBGB a. F. Rdnr. 62). An Inhalt und Ernstlichkeit eines solchen Erblasserwillens dürfen keine relevanten Zweifel verbleiben (OLG Hamm, ZEV 2005, 436).

15 Zutreffend hat das Nachlassgericht hierzu allerdings ausgeführt, dass sich ein solcher Wille des Erblassers im vorliegenden Fall nicht feststellen lässt. In der letztwilligen Verfügung vom 27.6.1963 über die Geschäftsanteile an der Papierfabrik hat der Erblasser seine drei Kinder gleichmäßig bedacht. Hieraus lässt sich aber nicht entnehmen, dass er für den restlichen Nachlass eine Ungleichbehandlung beabsichtigte. Es ist auch weder hieraus noch sonst ersichtlich, dass dem Erblasser die Anwendbarkeit iranischen Rechts für die Erbfolge sowie die im iranischen Recht geregelte unterschiedliche Behandlung von weiblichen und männlichen Nachkommen bekannt bzw. bewusst war und er diese Ungleichbehandlung auch für seine Kinder wollte. Die Urkunde vom 27.6.1963 spricht im Gegenteil eher dafür, dass er seine Kinder grundsätzlich gleichmäßig bedenken wollte und lediglich bezüglich des Anteils an der Fabrik zusätzliche Anordnungen hinsichtlich der Erbaueinandersetzung und der Testamentsvollstreckung getroffen werden sollten.

16 c) Demnach steht fest, dass der Erbschein vom 16.7.1970 materiell unrichtig ist und zu Recht eingezogen wurde. Es bleibt Aufgabe des Nachlassgerichts, im Falle der Beantragung eines neuen Erbscheins die durch die Nichtanwendung der konkreten Norm entstehende Regelungslücke zu schließen. Ohne Bindung für das Nachlassgericht weist der Senat allerdings darauf hin, dass die im Hinweis vom 10.10.2019 erwogene Lösung, die Erbquote der Ehefrau von 1/8 unverändert zu lassen und die Erbquoten der Beteiligten zu 1 bis 3 auf je 7/24 festzusetzen, dem Grundsatz des geringstmöglichen Eingriffs (BeckOK-BGB/Lorenz, Art. 6 EGBGB Rdnr. 18) bzw. der weitgehenden Schonung des fremden Rechts (MünchKomm-BGB/v. Hein, Art. 6 EGBGB Rdnr. 230) jedenfalls entspricht.

17 II. Der Beschwerdeführer hat kraft Gesetzes die Gerichtskosten seiner erfolglosen Beschwerde zu tragen (§ 22 Abs. 1 GNotKG). Die Anordnung der Erstattung der notwendigen außergerichtlichen Kosten der Beteiligten zu 3 beruht auf § 84 FamFG.

18 Der Geschäftswert für das Beschwerdeverfahren war, da sich der Beschwerdeführer gegen die Einziehung des Erbscheins wendet, der ihn als Erben zu 14/40 ausweist, gemäß §§ 61, 40, 36 GNotKG entsprechend dem wirtschaftlichen Interesse des Beschwerdeführers an einer obsiegenden Entscheidung auf 14/40 des reinen Nachlasswertes festzusetzen. Gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GNotKG ist der Wert des Nachlasses zum Zeitpunkt des Erbfalls zugrunde zu legen, Wertveränderungen nach diesem Zeitpunkt bleiben außer Betracht (Korintenberg/Sikora, GNotKG, 21. Aufl. 2020, § 40 Rdnr. 29). Gemäß den Feststellungen der beiden damals befassten Nachlassgerichte (Notariat II Pforzheim als Nachlassgericht sowie AG München) betrug der Nachlasswert damals insgesamt DM 786.466. Hiervon 14/40 ergibt einen Betrag von DM 275.263 bzw. EUR 140.739.

19 III. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

15. Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG als gesetzlicher Schadensersatzanspruch im Sinne der AVB für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Unternehmensleitern und Leitenden Angestellten

BGH, Urteil vom 18.11.2020, IV ZR 217/19 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 7.8.2019, 3 U 6/19)

GmbHG § 64 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. AVB für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Unternehmensleitern und Leitenden Angestellten (ULLA) Ziffer 1.1.
2. Der in § 64 Satz 1 GmbHG geregelte Anspruch der Gesellschaft gegen die Geschäftsführer auf Ersatz von nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleisteten Zahlungen ist ein gesetzlicher Haftpflichtanspruch auf Schadensersatz im Sinne von Ziffer 1.1 ULLA.

SACHVERHALT:

1 Der Kläger, Insolvenzverwalter über das Vermögen der A Maschinenfabrik GmbH (im Folgenden: Schuldnerin), nimmt die Beklagte aus abgetretenem Recht auf Versicherungsleistungen aus einer D & O-Versicherung in Anspruch.

2 Die Schuldnerin schloss mit der Beklagten im Jahr 2008 eine Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung für Unternehmensleiter von Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Die Versicherungssumme ist auf 1.500.000 € für alle Versicherungsfälle eines Versicherungsjahres begrenzt. In den Allgemeinen Versicherungsbedingungen der Beklagten für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Unternehmensleitern und Leitenden Angestellten (ULLA) heißt es auszugsweise:

„1. Gegenstand der Versicherung

1.1 Versicherte Tätigkeit

Der Versicherer gewährt Versicherungsschutz für den Fall, dass eine versicherte Person wegen einer bei Ausübung der organisierten Tätigkeit bei der Versicherungsnehmerin, einem Tochterunternehmen oder einem auf Antrag mitversicherten Unternehmen begangenen Pflichtverletzung aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen für einen Vermögensschaden von der Versicherungsnehmerin oder einem Dritten (hierzu zählt auch der Insolvenzverwalter) auf Schadensersatz in Anspruch genommen wird.

(...)

1.3 Versicherte Schäden Vermögensschäden sind solche Schäden, die weder Personenschäden (Tötung, Verletzung des Körpers oder Schädigung der Gesundheit von Menschen) noch Sachschäden (Beschädigung, Verderben, Vernichtung oder Abhandenkommen von Sachen) sind noch sich aus solchen Schäden herleiten.“

3 Im August 2013 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Schuldnerin eröffnet. Im Dezember 2015 nahm der Kläger den Geschäftsführer der Schuldnerin auf Ersatz von Zahlungen nach Insolvenzreife in Anspruch. Im August 2016 focht die Beklagte ihre Vertragsannahme wegen arglistiger Täuschung an. Mit Vereinbarung vom 8./15.11.2016 trat der Geschäftsführer der Schuldnerin seine Deckungsansprüche aus dem Versicherungsvertrag an den Kläger ab.

4 Der Kläger macht geltend, die Schuldnerin sei spätestens seit dem 8.9.2011 zahlungsunfähig gewesen. Deren Geschäftsführer hafte nach § 64 Satz 1 GmbHG wegen in den Versicherungsjahren 2011/2012 und 2012/2013 vorgenommener Zahlungen in Höhe von jeweils mindestens 1.500.000 €.

5 Die Beklagte meint, sie habe ihre Vertragserklärung wirksam angefochten. Ansprüche aus § 64 Satz 1 GmbHG seien im Übrigen nicht vom Versicherungsschutz erfasst; jedenfalls lägen aber wissentliche Pflichtverletzungen des Geschäftsführers vor.

6 Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger sein Klagebegehren weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

7 Die Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

8 I. Das Berufungsgericht hat dahinstehen lassen, ob der Versicherungsvertrag wirksam angefochten, die Schuldnerin zahlungsunfähig gewesen sei oder der Geschäftsführer der Schuldnerin wissentlich gegen Pflichten verstoßen habe. Denn der Anspruch der Schuldnerin gegen ihren Geschäftsführer aus § 64 Satz 1 GmbHG sei schon nicht vom Versicherungsschutz gemäß Ziffer 1.1 ULLA umfasst. Zur Begründung stützt sich das Berufungsgericht auf das Urteil des OLG Düsseldorf vom 20.7.2018 (4 U 93/16, VersR 2018, 1314), dessen Auffassung es sich anschließt. Der Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG stelle keinen gesetzlichen Haftpflichtanspruch auf Schadensersatz im Sinne der Versicherungsbedingungen dar, sondern sei ein „Ersatzanspruch eigener Art“.

9 Der Anspruch sei – selbst unter Berücksichtigung der Interessen der versicherten Person an einer möglichst weitgehenden Absicherung – einem bedingungsgemäßen Schadensersatzanspruch auch nicht gleichzusetzen.

10 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts handelt es sich bei dem in § 64 Satz 1 GmbHG geregelten Anspruch um einen gesetzlichen Haftpflichtanspruch auf Schadensersatz im Sinne von Ziffer 1.1 ULLA. Dies ergibt die Auslegung der Klausel.

11 1. Allgemeine Versicherungsbedingungen sind so auszulegen, wie ein durchschnittlicher, um Verständnis bemühter Versicherungsnehmer sie bei verständiger Würdigung, aufmerkamer Durchsicht und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs versteht. Dabei kommt es auf die Verständnismöglichkeiten eines Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit auch auf seine Interessen an. In erster Linie ist vom Bedingungswortlaut auszugehen. Der mit dem Bedingungswerk verfolgte Zweck und der Sinnzusammenhang der Klauseln sind zusätzlich zu berücksichtigen, soweit sie für den Versicherungsnehmer er-

kennbar sind (Senatsurteile vom 8.1.2020, IV ZR 240/18, VersR 2020, 283 Rdnr. 9; vom 20.7.2016, IV ZR 245/15, VersR 2016, 1184 Rdnr. 22; jew. m. w. N.; st. Rspr.). Liegt – wie hier – eine Versicherung für fremde Rechnung vor (vgl. Senatsurteile vom 4.3.2020, IV ZR 110/19, VersR 2020, 541 Rdnr. 10; vom 5.4.2017, IV ZR 360/15, BGHZ 214, 314 Rdnr. 13; vom 13.4.2016, IV ZR 304/13, BGHZ 209, 373 Rdnr. 20), kommt es daneben auch auf die Verständnismöglichkeiten durchschnittlicher Versicherter und ihre Interessen an (vgl. Senatsurteile vom 4.3.2020, IV ZR 110/19, VersR 2020, 541 Rdnr. 12; vom 16.7.2014, IV ZR 88/13, BGHZ 202, 122 Rdnr. 16; vom 22.1.2014, IV ZR 127/12, juris Rdnr. 13; vom 11.9.2013, IV ZR 303/12, VersR 2013, 1397 Rdnr. 13). Weiter ist zu berücksichtigen, dass der typische Adressaten- und Versichertenkreis in der D& O-Versicherung geschäftserfahren und mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertraut ist (vgl. Senatsurteile vom 25.5.2011, IV ZR 117/09, VersR 2011, 918 Rdnr. 22 zur Transportversicherung; vom 21.4.2010, IV ZR 308/07, VersR 2010, 809 Rdnr. 12 zur Betriebsunterbrechungsversicherung; OLG München, VersR 2018, 406, juris Rdnr. 48).

12 2. Nach diesen Maßstäben ergibt die Auslegung von Ziffer 1.1 ULLA für den durchschnittlichen, hier mithin geschäftserfahrenen und mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertrauten Versicherungsnehmer/Versicherten einer D&O-Versicherung, dass der in § 64 Satz 1 GmbHG geregelte Anspruch ein bedingungsgemäßer gesetzlicher Haftpflichtanspruch auf Schadensersatz ist.

13 a) Soweit Ziffer 1.1 ULLA für die Gewährung von Versicherungsschutz voraussetzt, dass die versicherte Person aufgrund gesetzlicher Haftpflichtbestimmungen in Anspruch genommen wird, ist in der Senatsrechtsprechung bereits geklärt, dass es sich dabei nach dem maßgeblichen Verständnis des durchschnittlichen Versicherungsnehmers/Versicherten um solche Bestimmungen handeln muss, die unabhängig vom Willen der beteiligten Parteien an die Verwirklichung eines unter die Klausel fallenden Ereignisses Rechtsfolgen knüpfen (vgl. Senatsurteile vom 11.12.2002, IV ZR 226/01, BGHZ 153, 182 unter II. 1., juris Rdnr. 14; vom 8.12.1999, IV ZR 40/99, VersR 2000, 311 unter II. 3. a), juris Rdnr. 11 m. w. N.). Das trifft auf den in § 64 Satz 1 GmbHG geregelten Anspruch zu (zutreffend *Armbrüster/Schilbach*, ZIP 2018, 1853, 1856). Denn die Vorschrift knüpft an nach Insolvenzureife geleistete, zur Masseschmälerung führende Zahlungen unabhängig vom Willen der beteiligten Parteien die rechtliche Verpflichtung des Geschäftsführers, diese Zahlungen der Gesellschaft zu ersetzen (vgl. BGH, Urteile vom 4.7.2017, II ZR 319/15, ZIP 2017, 1619 Rdnr. 10 f.; vom 8.1.2001, II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 unter III. 1., juris Rdnr. 31; siehe auch Urteil vom 26.3.2007, II ZR 310/05, NJW-RR 2007, 984 Rdnr. 7; Beschluss vom 5.2.2007, II ZR 51/06, NJW-RR 2007, 1490 Rdnr. 6 f.; jew. zu § 130a Abs. 3 Satz 1 HGB a. F.).

14 b) Ausgehend vom Wortlaut der Klausel und dem für ihn erkennbaren Zweck der D&O-Versicherung wird der durchschnittliche Versicherungsnehmer/Versicherte entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts den Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG auch als Schadensersatzanspruch im Sinne der Versicherungsbedingungen ansehen.

15 aa) Er wird dem Wortlaut der Klausel zunächst entnehmen, dass die hier genommene Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung nicht sämtliche mit der Tätigkeit eines Geschäftsführers einhergehende Risiken abdeckt, sondern Versicherungsschutz nur für eine Inanspruchnahme der versicherten Person wegen Vermögensschäden gewährt, also solcher Schäden, die gemäß Ziffer 1.3 ULLA weder Personen- noch Sachschäden sind. Er erkennt zudem, dass lediglich auf Schadensersatz gerichtete Ansprüche und somit keine Ansprüche wegen Eigenschäden der versicherten Person oder Ansprüche auf Erfüllung vertraglicher Leistungsverpflichtungen erfasst sind (vgl. MünchKomm-VVG/Littbarski, 2. Aufl., § 100 Rdnr. 98; Späte/Schimikowski/v. Rintelen, Haftpflichtversicherung, 2. Aufl., Ziffer 1 AHB Rdnr. 262; *Armbrüster/Schilbach*, ZIP 2018, 1853, 1858).

16 bb) Den in § 64 Satz 1 GmbHG geregelten Anspruch der Gesellschaft auf Ersatz von nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit geleisteten Zahlungen wird der durchschnittliche Versicherungsnehmer/Versicherte als auf bedingungsgemäßen Schadensersatz gerichtet ansehen.

17 Der in Ziffer 1.1 ULLA verwendete Ausdruck „Schadensersatz“ verweist ihn nicht auf den Bereich der Rechtssprache, weil es dort keinen in seinen Konturen eindeutig festgelegten Schadensersatzbegriff gibt.

18 In der Umgangssprache umschreibt der Ausdruck allgemein den Ausgleich eines erlittenen Nachteils (vgl. Senatsurteile vom 11.12.2002, IV ZR 226/01, BGHZ 153, 182 unter II. 3. b), juris Rdnr. 20; vom 8.12.1999, IV ZR 40/99, VersR 2000, 311 unter II. 4. b) bb), juris Rdnr. 18, jew. zu § 1 Nr. 1 AHB; siehe auch Senatsbeschluss vom 25.5.2011, IV ZR 17/10, VersR 2011, 1179 Rdnr. 14 zu § 3 Abs. 1 lit. c ARB 94/2000). Dementsprechend wird der Versicherungsnehmer/Versicherte unabhängig davon, wie die einschlägige gesetzliche Haftpflichtbestimmung diese Rechtsfolge beschreibt, nach Ziffer 1.1 ULLA Versicherungsschutz jedenfalls dann erwarten, wenn der gegen den Versicherten erhobene Anspruch wie hier auf Ausgleich des eingetretenen Schadens im Wege der Wiederherstellung des Zustands vor dem Schadenereignis gerichtet ist (vgl. Senatsurteile vom 11.12.2002, a. a. O.; vom 8.12.1999, a. a. O. unter II. 4. b) cc), juris Rdnr. 19; siehe auch BGH, Urteil vom 11.6.1999, V ZR 377/98, BGHZ 142, 66 unter II. 2., juris Rdnr. 16; Späte/Schimikowski/v. Rintelen, Haftpflichtversicherung, Ziffer 1 AHB Rdnr. 262 ff.).

19 cc) Anders wird der Versicherungsnehmer/Versicherte die Klausel auch nicht infolge der rechtsdogmatischen Einordnung des Anspruchs aus § 64 Satz 1 GmbHG verstehen.

20 (1) Das Berufungsgericht hat allerdings zur Begründung seiner anderslautenden Auffassung darauf abgestellt, dass § 64 Satz 1 GmbHG mit der Ersatzpflicht des Geschäftsführers bezweckt, die verteilungsfähige Vermögensmasse einer insolvenzreifen GmbH im Interesse der Gesamtheit ihrer Gläubiger zu erhalten und eine zu ihrem Nachteil gehende, bevorzugte Befriedigung einzelner Gläubiger zu verhindern (vgl. BGH, Urteile vom 15.3.2016, II ZR 119/14, NJW 2016, 2660 Rdnr. 15; vom 15.3.2011, II ZR 204/09, NJW 2011, 2427 Rdnr. 20; vom 25.1.2010, II ZR 258/08, NJW-RR 2010, 607 Rdnr. 10; vom 29.11.1999, II ZR 273/98, BGHZ 143, 184 un-

ter II. 2. a), juris Rdnr. 9). Die Vorschrift erfasst damit im Regelfall nicht einen Schaden der Schuldnerin, da die verbotswidrigen Zahlungen in der Regel der Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten dienen und deshalb bei ihr nicht zu einem Vermögensschaden im Sinne der §§ 249 ff. BGB führen. Verringert wird nur die Insolvenzmasse in dem nachfolgenden Insolvenzverfahren, was zu einem Schaden allein der Insolvenzgläubiger führt (BGH, Urteile vom 15.3.2016, a. a. O. Rdnr. 15; vom 18.3.1974, II ZR 2/72, NJW 1974, 1088, 1089 Rdnr. 7; siehe auch Urteile vom 20.9.2010, II ZR 78/09, BGHZ 187, 60 Rdnr. 14 zu § 93 Abs. 3 Nr. 6 AktG; vom 18.11.2014, II ZR 231/13, BGHZ 203, 218 Rdnr. 10; vom 26.3.2007, II ZR 310/05, NJW-RR 2007, 984 Rdnr. 7; Beschluss vom 5.2.2007, II ZR 51/06, NJW-RR 2007, 1490 Rdnr. 7, jew. zu § 130a Abs. 2 Satz 1 HGB bzw. § 130a Abs. 3 Satz 1 HGB a. F.). Der Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG wird daher von der Rechtsprechung des BGH nicht als Deliktstatbestand, sondern als eigenständige Anspruchsgrundlage bzw. als „Ersatzanspruch eigener Art“ eingeordnet (vgl. BGH, Urteile vom 15.3.2011, a. a. O.; vom 8.1.2001, II ZR 88/99, BGHZ 146, 264 unter III. 1., juris Rdnr. 31; vom 18.3.1974, a. a. O.), der seiner Natur nach darauf gerichtet ist, das Gesellschaftsvermögen wieder aufzufüllen, damit es im Insolvenzverfahren zur ranggerechten und gleichmäßigen Befriedigung aller Gesellschaftsgläubiger zur Verfügung steht (vgl. BGH, Urteile vom 15.3.2016, a. a. O.; vom 8.1.2001, a. a. O.).

21 (2) Die Revisionserwiderung hat ergänzt, dass – rechtsdogmatisch betrachtet – der Anspruch aus § 64 Satz 1 GmbHG die Rechtsfolgen eines Eingriffs in die mit dem Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Schuldnerin geänderte Forderungszuständigkeit festlege. Diese Forderungszuständigkeit gehe in der Weise vom einzelnen Gläubiger auf das Gläubigerkollektiv mit dem Ziel einer gleichmäßigen Verteilung der Masse über, dass dem Geschäftsführer ein Zahlungsverbot auferlegt werde und der Anspruch der Schuldnerin aus § 64 Satz 1 GmbHG dem Umstand Rechnung trage, dass das eigentlich forderungszuständige Gläubigerkollektiv bei Eintritt der Zahlungsunfähigkeit noch keine eigene Rechtspersönlichkeit habe.

22 Entgegen den Auffassungen des Berufungsgerichts und der Revisionserwiderung kann jedoch selbst von einem geschäftserfahrenen und mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertrauten, dennoch nicht juristisch oder versicherungsrechtlich vorgebildeten Versicherungsnehmer/Versicherten einer D&O-Versicherung (siehe auch Senatsurteil vom 21.4.2010, IV ZR 308/07, VersR 2010, 809, juris Rdnr. 12 f. zur Betriebsunterbrechungsversicherung) weder diese komplexe rechtsdogmatische Einordnung des Anspruchs aus § 64 Satz 1 GmbHG noch ein darauf gestütztes Verständnis des in Ziffer 1.1 ULLA formulierten Leistungsversprechens erwartet werden (zutreffend *Brinkmann* in FS Bergmann, 2018, S. 93, 104 f.; *Commandeur/Brockner*, NZG 2018, 1295, 1297; *Czaplinski/Friesen*, r+s 2018, 538, 539; *Farian*, GmbHR 2018, 975; *Henne/Dittert*, DStR 2019, 227, 229; *Markgraf/Henrich*, NZG 2018, 1290, 1292 f.; *Merk/Köhler*, AnwBl. BE 2019, S. 127, 130; *Mielke/Urlaub*, BB 2018, 2634, 2638; *Möhrle*, AG 2019, 243, 245; *Plassmann-Robertz*, ZWH 2018, 316, 318 f.; *Schwencke/Röper*, ZInsO 2018, 1937, 1939 f.; a. A. OLG Düsseldorf, VersR 2020, 1307, 1311 f., juris Rdnr. 108, 114 f.; *Schneider/Hardung*, EWIR 2018, 553, 554).

Der durchschnittliche Versicherungsnehmer/Versicherte kann und muss mithin solche rechtsdogmatischen Überlegungen beim Bemühen um das Verständnis von Ziffer 1.1 ULLA nicht anstellen. Dies gilt auch für die von der Beklagten in der mündlichen Verhandlung angesprochene Erwägung, eine bedingungsgemäße Ausübung der organschaftlichen Tätigkeit liege nicht vor, weil den Versicherten die verletzte Pflicht „qua Stellung“ treffe.

23 (3) Vielmehr hängt der Versicherungsschutz für ihn entscheidend davon ab, dass der Versicherte – wie im Falle des § 64 Satz 1 GmbHG – den Zustand vor Vornahme seiner pflichtwidrigen Zahlungen wiederherzustellen hat, gleichviel, ob dies der Gesellschaft oder den Gesellschaftsgläubigern zugute kommt (vgl. *Armbrüster/Schilbach*, ZIP 2018, 1853, 1858 f.; *Fortmann*, jurisPR-VersR 9/2018, Anm. 1; *Markgraf/Henrich*, NZG 2018, 1290, 1294; in diese Richtung auch *Bauer/Malitz*, ZIP 2018, 2149, 2152, 2154; *Commandeur/Brockner*, NZG 2018, 1295, 1297 f.; *Primožic/Nöller*, ZInsO 2018, 2509, 2511).

24 Denn den Klauselwortlaut, der nicht darauf abstellt, bei wem der zu ersetzende Schaden eingetreten ist, versteht der durchschnittliche Versicherungsnehmer/Versicherte so, dass in der Außenhaftung auch und gerade Versicherungsschutz gegenüber Dritten gewährt wird, zu denen die Insolvenzgläubiger gehören (vgl. *Bruck/Möller/Baumann*, VVG, 9. Aufl., Ziffer 1 AVB-AVG 2011/2013 Rdnr. 53; *Mitterlechner/Wax/Witsch*, D&O-Versicherung, 2. Aufl., § 4 Rdnr. 10; *Armbrüster/Schilbach*, ZIP 2018, 1853, 1856; *Brinkmann* in FS Bergmann, 2018, S. 93, 105; *Fiedler*, VersR 2018, 1298, 1301 f.; *Markgraf/Henrich*, NZG 2018, 1290, 1293; *Mielke/Urlaub*, BB 2018, 2634, 2637; *Monhemius*, r+s 2019, 624, 629 f.). Dass der Versicherungsschutz auch davon abhängen soll, bei wem ein Vermögensschaden eingetreten ist und dass es insoweit einen Unterschied mache, ob die Schuldnerin oder die Insolvenzgläubiger geschädigt sind, kann der durchschnittliche Versicherungsnehmer/Versicherte dem Leistungsversprechen in Ziffer 1.1 ULLA nicht entnehmen. Darin, dass der maßgebliche Vermögensschaden nicht zwingend bei der Schuldnerin eingetreten sein muss, wird er auch durch den Klammerzusatz der Klausel bestärkt, der den Insolvenzverwalter zu den möglichen Anspruchstellern zählt (vgl. *Armbrüster/Schilbach*, ZIP 2018, 1853, 1859; *Merk/Köhler*, AnwBl. BE 2019, S. 127, 130 f.; *Schmidt/Gundlach*, DStR 2018, 2030, 2034), denn typischerweise verfolgt der Insolvenzverwalter gerade auch die Interessen der Insolvenzgläubiger (vgl. *Schmidt/Gundlach*, DStR 2018, 2030, 2034).

25 (4) Auch soweit das Berufungsgericht einen bedingungsgemäßen Schadensersatzanspruch mit der Begründung verneint, die Verteidigungsmöglichkeiten gegen eine Inanspruchnahme aus § 64 Satz 1 GmbHG seien möglicherweise eingeschränkt, ergibt sich dies für den durchschnittlichen Versicherungsnehmer/Versicherten weder aus dem Bedingungs-wortlaut (vgl. *Fortmann*, jurisPR-VersR 9/2018, Anm. 1; *Monhemius*, r+s 2019, 624, 630; siehe auch *Fiedler*, VersR 2018, 1298, 1301 f.) noch misst er dem bei der Auslegung der Klausel Bedeutung bei (zutr. *Armbrüster/Schilbach*, ZIP 2018, 1853, 1859). Vielmehr erwartet er von einer Haftpflichtversicherung gerade auch dann Versicherungsschutz, wenn seine

Möglichkeiten, den gegen ihn erhobenen Anspruch im Haftpflichtprozess abzuwehren, begrenzt sind.

26 dd) Die Einbeziehung von Ansprüchen aus § 64 Satz 1 GmbHG in den Versicherungsschutz entspricht auch dem für den Versicherungsnehmer/Versicherten erkennbaren Zweck des Versicherungsvertrages.

27 Die bei der Beklagten gehaltene D&O-Versicherung dient als Fremdversicherung der Absicherung der versicherten Personen, die im Bereich der Außen- und auch der Innenhaftung von Schadensersatzansprüchen befreit werden sollen (vgl. Senatsurteil vom 5.4.2017, IV ZR 360/15, BGHZ 214, 314 Rdnr. 29). Anders als das Berufungsgericht meint, werden vom Versicherungsschutz daher nicht primär die Vermögensinteressen der Versicherungsnehmerin, sondern die der versicherten Person geschützt (vgl. OLG München, VersR 2005, 540; Bruck/Möller/Baumann, VVG, Allgemeine Einführung AVB-AVG 2011/2013 Rdnr. 13; Mitterlechner/Wax/Witsch, D&O-Versicherung, § 2 Rdnr. 22; MAH-VersR/Sieg, 4. Aufl., § 17 Rdnr. 38; Veith/Gräfe/Gebert/Lange, Der Versicherungsprozess, 4. Aufl., § 21 Rdnr. 15; Armbrüster/Schilbach, ZIP 2018, 1853, 1855; Fortmann, jurisPR-VersR 9/2018, Anm. 1; Monhemius, r+s 2019, 624, 629). Der Schutz auch der Vermögensinteressen des Versicherungsnehmers ist lediglich eine Reflexwirkung des versicherten Haftpflichtinteresses der versicherten Person (vgl. Bruck/Möller/Baumann, a. a. O.; Mitterlechner/Wax/Witsch, a. a. O.; Armbrüster/Schilbach, a. a. O.).

28 Der durchschnittliche Versicherte erwartet, dass diese Versicherung als Passivenversicherung sein Interesse daran schützt, keine Vermögenseinbußen infolge von gegen ihn gerichteten Schadensersatzforderungen zu erleiden (vgl. OLG München, VersR 2005, 540 unter 1.1; Langheid/Rixecker/Langheid, VVG, 6. Aufl., § 100 Rdnr. 8; MAH-VersR/Sieg, § 17 Rdnr. 38; Späte/Schimikowski/v. Rintelen, Haftpflichtversicherung, Ziffer 1 AHB Rdnr. 253; Veith/Gräfe/Gebert/Lange, Der Versicherungsprozess, § 21 Rdnr. 4; Armbrüster/Schilbach, ZIP 2018, 1853, 1859). Er wird deshalb nicht annehmen, dass gerade das für ihn bedeutende und potentiell existenzvernichtende Haftpflichtrisiko aus § 64 Satz 1 GmbHG von der Deckung der D&O-Versicherung deshalb ausgenommen sein soll, weil ein Vermögensschaden nicht bei der Versicherungsnehmerin, sondern bei deren Gläubigern eingetreten ist (vgl. dazu auch Baumbach/Hueck/Haas, GmbHG, 22. Aufl., § 64 Rdnr. 44; Commandeur/Brocker, NZG 2018, 1295, 1296 f.; Lehmann/Rettig, NZI 2018, 761, 762; Markgraf/Henrich, NZG 2018, 1290, 1293; Schubert, DB 2017, 1767, 1768; Schubert, GmbHR 2017, R321; Schwencke/Röper, ZInsO 2018, 1937, 1940; a. A. Veith/Gräfe/Gebert/Lange, Der Versicherungsprozess, § 21 Rdnr. 36; ders., D&O-Versicherung und Managerhaftung, 2014 § 8 Rdnr. 19).

29 III. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif. Das Berufungsgericht hat – von seinem Standpunkt aus folgerichtig – noch nicht geprüft, ob die Beklagte ihre Vertragsannahme wirksam angefochten oder der Versicherte ggf. seine Pflichten wissentlich verletzt hat. Möglicherweise wird das Berufungsgericht auch Feststellungen zu Grund und Höhe des Anspruchs nach § 64 Satz 1 GmbHG zu treffen haben.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Jacob Weinert**, Amberg

Mit Urteil vom 18.11.2020¹ klärte der BGH die für den einzelnen Geschäftsführer oder Vorstand² bedeutsame Frage, ob seine Haftung für Verstöße gegen das Verbot von Zahlungen nach Insolvenzzreife oder festgestellter Überschuldung von der sogenannten Directors and Officers Versicherung (D&O-Versicherung) gedeckt ist. Die Haftung war bis Ende 2020 spezialgesetzlich in den § 64 GmbHG, § 92 Abs. 2 AktG, §§ 130a, 177a Satz 1 HGB sowie in § 99 GenG geregelt. Durch den seit 1.1.2021 geltenden § 15b InsO wird die Haftung für Zahlungen nach Insolvenzzreife oder festgestellter Überschuldung – regelungstechnisch überzeugend – künftig zentral in § 15b IV InsO geregelt.

1. Ausgangspunkt

Die D&O Versicherung ist eine Vermögensschadenhaftpflichtversicherung für Organe und leitende Angestellte einer Gesellschaft.³ Sie deckt Schadensersatzansprüche, die gegen diese versicherten Personen infolge einer Pflichtverletzung in Ausübung ihrer Tätigkeit durch das Unternehmen selbst oder durch Dritte geltend gemacht werden.⁴ Diese wird von der Gesellschaft für das Organ bzw. den leitenden Angestellten als Versicherten abgeschlossen, es handelt sich also um eine Versicherung für fremde Rechnung.⁵

Ausgangspunkt des Urteils hinsichtlich der Frage, was von der D&O-Versicherung gedeckt ist, waren die Allgemeinen Versicherungsbedingungen für die Vermögensschaden-Haftpflichtversicherung von Unternehmensleitern und Leitenden Angestellten – kurz ULLA. Die ULLA haben als allgemeine Versicherungsbedingungen die Rechtsnatur Allgemeiner Geschäftsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 BGB.⁶ Inhalt und Umfang des Produktes Versicherung werden durch Allgemeine Versicherungsbedingungen ausgestaltet.⁷ Daraus folgt, dass die Entscheidung des BGH weitestgehend generalisierbar ist. Dies gilt nicht nur im Hinblick auf die einzelnen Versicherungsverträge der Geschäftsführer, sondern auch hinsichtlich der Rechtsform der Gesellschaft.

2. Entscheidung ist zu begrüßen

Inhaltlich ist die Entscheidung des BGH zu begrüßen, da die Frage für den Geschäftsführer bzw. Vorstand individuell von enormer Bedeutung und deshalb ein möglichst hohes Maß an Rechtssicherheit vonnöten ist. Die persönliche Haftung kann bei größeren Zahlungen eine Bedrohung seiner eigenen wirtschaftlichen Existenz bedeuten. Gleichzeitig ist das

¹ BGH, Urteil vom 18.11.2020, IV ZR 217/19, BGHZ 227, 279.

² Gemeint ist stets sowohl die weibliche als auch die männliche Form. Zur besseren Lesbarkeit wird aber im Folgenden nur die männliche Form genannt.

³ Drenker/Boche, BB 2021, 515.

⁴ Drenker/Boche, BB 2021, 515.

⁵ Drenker/Boche, BB 2021, 515.

⁶ Schimikowski, Versicherungsvertragsrecht, 6. Aufl. 2017 Rdnr. 17.

⁷ Schimikowski, Versicherungsvertragsrecht, Rdnr. 19.

Unterfallen einer Zahlung unter das Zahlungsverbot praktisch eine schwierige Frage. Zum einen gilt dies im Hinblick auf Zahlungen, die mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes vereinbar sind (bisher § 64 Satz 2 GmbHG, § 92 Abs. 2 Satz 2 AktG, § 130a Abs. 1 Satz 2, § 177a Satz 1 HGB, § 99 Satz 2 GenG, jetzt § 15b Abs. 2 und 3 InsO). Zwar wird die Subsumtion unter das Tatbestandsmerkmal mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes durch § 15b Abs. 2 und 3 InsO erleichtert. Für den juristisch nicht vorgebildeten Geschäftsführer bzw. Vorstand dürfte dies jedoch nach wie vor ein teilweise herausforderndes Unterfangen darstellen. Zum anderen kann die genaue Feststellung des Zeitpunkts der Insolvenzreife Schwierigkeiten bereiten.

3. Auslegung Allgemeiner Versicherungsbedingungen

Allgemeine Versicherungsbedingungen sind nach der Rechtsprechung des BGH so auszulegen, wie ein durchschnittlicher, um Verständnis bemühter Versicherungsnehmer sie bei verständiger Würdigung, aufmerksamer Durchsicht und unter Berücksichtigung des erkennbaren Sinnzusammenhangs versteht.⁸ Dabei komme es auf die Verständnismöglichkeiten eines Versicherungsnehmers ohne versicherungsrechtliche Spezialkenntnisse und damit auch auf seine Interessen an.⁹ In erster Linie sei vom Bedingungs-wortlaut auszugehen.¹⁰ Der mit dem Bedingungswerk verfolgte Zweck und der Sinnzusammenhang der Klauseln seien zusätzlich zu berücksichtigen, soweit sie für den Versicherungsnehmer erkennbar seien.¹¹ Liege – wie hier – eine Versicherung für fremde Rechnung vor, komme es daneben auch auf die Verständnismöglichkeiten durchschnittlicher Versicherter und ihre Interessen an.¹² Im Falle der D&O-Versicherung sei weiter zu berücksichtigen, dass der typische Adressaten- und Versichertenkreis geschäftserfahren und mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen vertraut sei.¹³

Anhand dieser Kriterien legte der BGH Nr. 1.1 ULLA aus und befand – anders als zuvor unter anderem das OLG Düsseldorf¹⁴ und das vorinstanzlich mit der Sache befasste OLG Frankfurt a. M. – dass der bisher in § 64 Satz 1 GmbHG geregelte Anspruch ein gesetzlicher Haftpflichtanspruch im Sinne von Nr. 1.1 ULLA,¹⁵ mithin von der D&O-Versicherung gedeckt sei. Damit rückt der BGH allerdings nicht von der seinerseits in ständiger Rechtsprechung vertretenen Einord-

nung des Anspruchs als „Ersatzanspruch eigener Art“ – und nicht als Deliktstatbestand – ab.¹⁶ Die Begründung stützt sich im Wesentlichen darauf, dass man selbst von einem geschäftserfahrenen, aber nicht juristisch vorgebildeten Versicherungsnehmer ein auf der komplexen rechtsdogmatischen Einordnung als Ersatzanspruch eigener Art basierendes Verständnis der Versicherungsbedingungen nicht erwarten könne.¹⁷ Welchen Erkenntniszugewinn die Einordnung als Ersatzanspruch eigener Art bringen soll, erscheint im Lichte dieses Urteils einmal mehr fraglich.¹⁸ Der Versicherungsschutz hänge für die Versicherungsnehmerin bzw. den Versicherten vielmehr davon ab, dass der Versicherte den Zustand vor Vornahme der pflichtwidrigen Zahlung(en) wiederherzustellen hat, gleichviel, ob dies der Gesellschaft oder den Gesellschaftsgläubigern zugutekomme.¹⁹ Im Übrigen spreche für diese Auslegung, dass die D&O-Versicherung wirtschaftlich primär die Vermögensinteressen des Versicherten – und nicht etwa der versicherungsnehmenden Gesellschaft – diene.²⁰

4. Folgen für die Praxis

Die Entscheidung ist auf den neuen § 15b Abs. 4 InsO – und damit rechtsformübergreifend – übertragbar.²¹ Weder aus der neuen Vorschrift selbst noch aus der Gesetzesbegründung ergibt sich etwas anderes. Die Frage der Rechtsnatur wurde in der (vor dem Urteil verfassten) Gesetzesbegründung ausdrücklich offengelassen.²² Somit verbleibt es erfreulicherweise – unabhängig von der fragwürdigen Einordnung als Ersatzanspruch eigener Art – bei der vom BGH durch das besprochene Urteil geschaffenen Rechtsklarheit, sodass insbesondere eine Ergänzung alter D&O-Verträge um die Regelung, Erstattungsansprüche gemäß (nunmehr) § 15b Abs. 4 InsO seien vom Versicherungsschutz umfasst, wohl entbehrlich sein dürfte.²³ Für die notarielle Praxis folgt daraus, dass insbesondere im Rahmen gesellschaftsrechtlicher Beratungen Geschäftsführer, Vorstände oder anderer Führungskräfte (zu deren Gunsten der Abschluss einer D&O-Versicherung in Betracht kommt) hinsichtlich ihrer Haftung für Zahlungen nach Eintritt der Insolvenzreife dahin gehend beruhigt werden können, dass diesem – möglicherweise existenzbedrohenden – Haftungsrisiko mit dem Abschluss einer D&O-Versicherung entgegengetreten werden kann. Es bietet sich zudem an, den Hinweis auf die Möglichkeit der Absicherung durch eine D&O-Versicherung proaktiv nicht nur bei Geschäftsführer-/Vorstandsbestellungen oder Erteilung von Prokuren, sondern auch im Rahmen von Gesellschaftsgründungen zu geben und ggf. in die Urkunde mitaufzunehmen.

8 BGH, Urteil vom 18.11.2020, IV ZR 217/19; BGHZ 227, 229, also: IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229 Rdnr. 11.

9 BGH, Urteil vom 18.11.2020, IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229, also: IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229 Rdnr. 11.

10 BGH, Urteil vom 18.11.2020, IV ZR 217/19., BGHZ 227, 229, also: IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229 Rdnr. 11.

11 BGH, Urteil vom 18.11.2020, IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229, also: IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229 Rdnr. 11 m. w. N.

12 BGH, Urteil vom 18.11.2020, IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229, also: IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229 Rdnr. 11 m. w. N.

13 BGH, Urteil vom 18.11.2020, IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229, also: IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229 Rdnr. 11 m. w. N.

14 OLG Düsseldorf, Urteil vom 20.7.2018, 4 U 93/16, ZIP 2018, 1542.

15 BGH, Urteil vom 18.11.2020, IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229, also: IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229 Rdnr. 12.

16 BGH, Urteil vom 18.11.2020, IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229, also: IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229 Rdnr. 20 m. w. N.

17 BGH, Urteil vom 18.11.2020, IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229, also: IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229 Rdnr. 22.

18 Siehe Altmeyden/Roth/Altmeyden, GmbHG, 9. Aufl. 2019, § 64 Rdnr. 41.

19 BGH, Urteil vom 18.11.2020, IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229, also: IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229 Rdnr. 23.

20 BGH, Urteil vom 18.11.2020, IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229, also: IV ZR 217/19, BGHZ 227, 229 Rdnr. 27.

21 So auch *Drenker/Boche*, BB 2021, 515.

22 BT-Drucks. 19/24181, S. 195.

23 Siehe *Orlikowski-Wolf*, NJW 2021, 231.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

16. Kausalität des Verstoßes gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG für den Vertragsschluss

BGH, Urteil vom 22.4.2021, III ZR 164/19 (Vorinstanz: OLG Jena, Urteil vom 25.10.2019, 4 U 902/18)

BeurkG § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2

BNotO § 19 Abs. 1

ZPO §§ 286, 287

SACHVERHALT:

1 Der Kläger nimmt die beklagte vormalige Notarin aus eigenem und ihm von seiner Ehefrau abgetretenem Recht auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Die Beklagte beurkundete am 12.3.2008 ein vom Kläger und seiner Ehefrau gegenüber der Verkäuferin, der R GmbH & Co. KG, abgegebenes Vertragsangebot zum Kauf einer vermieteten, 55 m² großen Eigentumswohnung in C zum Preis von 87.500 €. Die Verkäuferin erklärte am 20.3.2008 die notarielle Annahme des Angebots. Am 19.5.2008 nahmen der Kläger und seine Ehefrau zur Finanzierung des Kaufpreises ein Bankdarlehen i. H. v. 87.940 € auf. Am 24.6.2008 beurkundete die Beklagte eine Grundschuldbestellung der Eheleute zugunsten der kreditgebenden Bank. Im Jahr 2013 nahmen sie die Verkäuferin und die Vermittlerin des Kaufvertrages wegen fehlerhafter Kapitalanlageberatung und sittenwidriger Überteuierung des Kaufpreises gerichtlich auf Schadensersatz und Rückabwicklung in Anspruch. Der Rechtsstreit endete am 31.8.2015 mit einem Vergleich, durch den der Kläger und seine Ehefrau 9.000 € erhielten. Mit der im Januar 2018 erhobenen Klage begehrt der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 78.500 € nebst Zinsen sowie die Feststellung der Ersatzpflicht.

3 Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe vor der Beurkundung des Kaufvertrags die Wartepflicht gemäß § 17 Abs. 2a BeurkG (i. d. F. v. 23.7.2002, BGBl. I, S. 2850) nicht eingehalten. Seine Ehefrau und er hätten den Vertragstext nicht vorab erhalten und insbesondere den Kaufpreis erst bei der Beurkundung erfahren.

4 Das LG hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt er seine vorinstanzlichen Anträge weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

5 Die Revision ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

6 I. Das OLG hat ausgeführt: Das LG habe das Vorliegen einer Pflichtverletzung zu Recht dahinstehen lassen. Denn ein etwaiger Schaden könne der Beklagten nicht zugerechnet werden. Allerdings scheitere die Ersatzfähigkeit des Schadens nicht bereits am Erfordernis der Kausalität, weil die Nichteinhaltung der Regelfrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG notwendigerweise für den Vertragsabschluss kausal geworden sei, wenn der Notar die Regelfrist nicht eingehalten und der Verbraucher den Vertrag abgeschlossen habe. Dem Zurechnungszusammenhang stehe aber der Einwand der Reserveursache entgegen. Das LG habe zutreffend angenommen, der Kläger und seine Ehefrau hätten unabhängig von einer rechtzeitigen Zurverfügungstellung eines Vertragsexemplars den Vertrag in jedem Falle abgeschlossen.

7 Im vorliegenden Fall sprächen die Umstände für eine späte Vertragsreue außerhalb der Regelfrist. Denn der Kläger und seine Ehefrau seien nach Vertragsabschluss nicht auf eine Vertragsaufhebung, sondern auf eine Vertragserfüllung bedacht gewesen. Sie hätten einen Darlehensvertrag geschlossen, um den Kaufpreis zu finanzieren, und eine Grundschuld bestellt, um das Darlehen zu besichern. Sie hätten die Mieten vereinbart und die Steuervorteile geltend gemacht. Erst im Jahre 2013 hätten sie die Verkäuferin und die Vermittlerin verklagt. Das Zuwarten habe das LG zu Recht als Zeichen für einen von der Regelfrist unabhängigen Vertragsabschluss im Jahre 2008 gewertet.

8 Einer Beweisaufnahme habe es nicht bedurft. Die Beweisangebote beträfen die Frage der notariellen Pflichtverletzung. Diese aber könne wegen fehlenden Zurechnungszusammenhangs dahinstehen.

9 II. Diese Ausführungen halten revisionsgerichtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

10 1. Das Berufungsgericht ist allerdings im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass die Beurkundung eines Vertrages unter Missachtung der Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG – in der bis zum 30.9.2013 geltenden und auch hier maßgeblichen Fassung vom 23.7.2002 (BGBl. I, S. 2850) – den in dem für den beteiligten Verbraucher (Käufer) nachteiligen Vertrag liegenden Schaden bewirkt (Senat, Urteile vom 25.6.2015, III ZR 292/14, BGHZ 206, 112 Rdnr. 21 und vom 28.5.2020, III ZR 58/19, WM 2020, 1247 Rdnr. 33 m. w. N., insoweit in BGHZ 226, 39 ff. nicht abgedruckt). Der Notar kann sich jedoch darauf berufen, dass, wenn er die Beurkundung abgelehnt hätte, der Verbraucher (Käufer) diese nach Ablauf der Frist genauso – wie geschehen – hätte vornehmen lassen. Für diesen hypothetischen Verlauf trifft den Notar die Darlegungs- und Beweislast, weshalb Zweifel zu seinen Lasten gehen. Zu seinen Gunsten gilt aber das herabgesetzte Beweismaß des § 287 ZPO (Senat, Urteil vom 28.5.2020, a. a. O.). Außerdem obliegt dem Verbraucher (Käufer) eine sekundäre Darlegungslast (Senat, a. a. O. Rdnr. 33 f.).

11 Das Berufungsgericht hat des Weiteren richtig gesehen, dass es zur Beantwortung der Frage, ob der Vertrag auch bei Einhaltung der Regelfrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG abgeschlossen worden wäre, einer Würdigung der Umstände des Einzelfalls durch den Tatrichter bedarf. Dabei geht es regelmäßig zulasten des Verbrauchers (Käufers), wenn ihm vertraglich ein Rücktrittsrecht mit einer die gesetzliche Regelfrist von zwei Wochen überschreitenden Frist eingeräumt worden war und er hiervon nicht Gebrauch gemacht, sondern am Vertrag festgehalten hat (vgl. Senat, Urteil vom 25.6.2015, a. a. O. Rdnr. 22; OLG Dresden, Urteil vom 24.8.2015, 17 U 520/14, S. 4, n. v.).

12 Vor diesem Hintergrund mag nach Maßgabe der konkreten Fallgestaltung auch eine tatrichterliche Würdigung wie die des Berufungsgerichts rechtlich nicht zu beanstanden sein, die dem Umstand, dass der Käufer nach Schluss des Vertrags nachhaltig auf dessen Erfüllung bedacht ist, Indizwirkung zugunsten eines solchen hypothetischen Kausalverlaufs beimisst – wengleich ein derartiges Verhalten auch lediglich Ausdruck

einer sich nur resigniert in die rechtliche Bindung fügenden Vertragstreue sein kann.

13 2. Bei der erforderlichen Würdigung der Umstände des Einzelfalls hat das Berufungsgericht jedoch, wie die Revision mit Recht rügt, entscheidungserhebliches Vorbringen des Klägers rechtsfehlerhaft außer Betracht gelassen.

14 a) So hat der Kläger in seiner Berufungsbegründung (...) vorgetragen und durch das Zeugnis seiner Ehefrau unter (Gegen-)Beweis gestellt, sie beide hätten vor der Beurkundung am 12.3.2008 den Kaufpreis nicht gekannt. Hätte seine Ehefrau diesen rechtzeitig vorher gewusst, hätte sie die Eigentumswohnung nicht gekauft. Dann hätten die Einwände gegen den hohen Kaufpreis gesiegt. Seine Ehefrau hätte sich wegen des hohen Preises gegen den Kauf der Eigentumswohnung ihm gegenüber durchgesetzt.

15 Auf diesen Vortrag des Klägers ist das Berufungsgericht bei der Würdigung der Umstände rechtsfehlerhaft nicht eingegangen und ist dem auf Vernehmung der Ehefrau des Klägers als Zeugin gerichteten Beweisangebot rechtsfehlerhaft nicht nachgegangen. Das unter (Gegen-)Beweis gestellte Vorbringen des Klägers, das in der Revisionsinstanz mangels entgegenstehender Feststellungen als richtig zugrunde zu legen ist, entzieht der Würdigung des Berufungsgerichts, der Kläger und seine Ehefrau hätten bei Einhaltung der Wartepflicht den Kaufvertrag auch später – wie am 12.3.2008 geschehen – geschlossen, die Grundlage. Die Behauptung des Klägers beinhaltet das Gegenteil.

16 Wie die auf den Vertragsschluss folgenden Maßnahmen des Klägers und seiner Ehefrau zur Vertragserfüllung zu bewerten sind – Indiz für den unbedingten Entschluss zum Erwerb der Wohnung oder nur Ausdruck nolens volens geübter Vertragstreue –, kann erst nach Vernehmung der Zeugin beurteilt werden.

17 b) Soweit die Revisionserwiderung meint, die Formulierung des Berufungsgerichts „die Beweisangebote betreffen die Frage der notariellen Pflichtverletzung“ beziehe sich – recht verstanden – nicht auf die Vernehmung der Ehefrau des Klägers zur (hypothetischen) Abstandnahme vom Kauf, sondern nur auf die übrigen Beweisangebote, ist dies unerheblich. In diesem Fall hat das Berufungsgericht das Vorbringen des Klägers und seinen (Gegen-)Beweisantritt zwar nicht rechtlich unzutreffend eingeordnet. Jedoch bleibt es dabei, dass beweisbewehrter entscheidungserheblicher Sachvortrag unberücksichtigt geblieben ist.

18 Der Revisionserwiderung ist des Weiteren auch insoweit nicht zu folgen, als sie geltend macht, auf der Grundlage der übrigen Behauptungen des Klägers habe dessen Ehefrau nicht als Zeugin vernommen werden müssen. Das gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass sie dem in der Berufungsinstanz wiederholten Vortrag des Klägers („Einwände gegen den hohen Kaufpreis [hätten] obsiegt“) erstinstanzliches Vorbringen des Klägers gegenüberstellt und eine „widerspruchsvolle (...) Darstellung“ zu erkennen meint. Denn (etwaige) Widersprüchlichkeiten des Vortrags in den Instanzen allein entheben grundsätzlich nicht von der Pflicht zur Durchführung der Beweisaufnahme, sondern können nur im Rahmen der Beweiswürdigung Beachtung finden (vgl. zum Beispiel BGH, Urteil

vom 1.7.1999, VII ZR 202/98, NJW-RR 2000, 208 und Beschluss vom 6.2.2013, I ZR 22/12, TranspR 2013, 430 Rdnr. 11 m. w. N.). Unsubstantiiert ist das Vorbringen des Klägers entgegen der Revisionserwiderung ebenfalls nicht.

19 3. Da die Würdigung des Berufungsgerichts schon aus dem vorstehenden Grund rechtsfehlerhaft ist, braucht der Senat auf die weiteren Revisionsangriffe nicht mehr einzugehen (vgl. Senat, Urteil vom 28.5.2020, a. a. O. Rdnr. 35).

20 III. Da die Sache wegen der nachzuholenden tatrichterlichen Feststellungen noch nicht zur Endentscheidung reif ist, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und das Verfahren an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

17. Wiederholte notarielle Beurkundungen in den Räumen einer Vertragspartei

BGH, Beschluss vom 22.3.2021, NotSt(Brfg) 4/20 (Vorinstanz: OLG Celle, Entscheidung vom 2.10.2020, Not 15/20)

BNotO §§ 10a, 14 Abs. 3 Satz 2

LEITSÄTZE:

- 1. Der Notar verstößt gegen seine Amtspflicht zur Vermeidung des Anscheins der Abhängigkeit oder Parteilichkeit, wenn er – jedenfalls: wiederholt – Beurkundungen in den Räumen einer Vertragspartei vornimmt, ohne dafür sachliche Gründe vorweisen zu können.**
- 2. Die Beurkundung in Räumen der Gemeinde kann geeignet sein, den Anschein zu begründen, der Notar stehe in einem unangemessenen Näheverhältnis zu dieser Gemeinde, und auf diese Weise die notariellen Amtspflichten aus § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO verletzen.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Kläger ist Rechtsanwalt und wurde 2011 zum Notar bestellt. In den Jahren 2016 bis 2018 beurkundete er insgesamt 38 Vereinbarungen und Erklärungen im Zusammenhang mit Grundstücksübertragungen (darunter fünf Grundschuldbestellungen und zwei Unterschriftsbeglaubigungen) in Räumlichkeiten der Gemeinde B, bei denen diese jeweils selbst Vertragspartei war. Aufgrund dessen leitete der Beklagte ein Disziplinarverfahren ein und verhängte gegen den Kläger durch Disziplinarverfügung wegen eines fahrlässigen Verstoßes gegen die sich aus § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO ergebende Amtspflicht, jedes Verhalten zu vermeiden, das den Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit erzeugt, eine Geldbuße von 2.500 €. Zur Begründung führte er aus, mit der planmäßigen und wiederholten Vornahme von Beurkundungen in den Räumen einer Vertragspartei sei aus der maßgeblichen Sicht eines objektiven Beobachters der Anschein einer gewissen Abhängigkeit, vor allem aber der Anschein der Parteilichkeit zugunsten dieser Vertragspartei, hier der Gemeinde B, ent-

standen. Den hiergegen erhobenen Widerspruch wies die Präsidentin des OLG C zurück.

2 Mit seiner Klage begehrt der Kläger die Aufhebung der Disziplinarverfügung in Gestalt des Widerspruchsbescheids. Das OLG hat die Klage abgewiesen und die Berufung nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seinem Antrag auf Zulassung der Berufung, mit der er seinen Klageantrag weiterverfolgen möchte.

3 II. 1. Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist zulässig, bleibt in der Sache aber ohne Erfolg. Ein Grund zur Zulassung der Berufung (§ 124a Abs. 5 Satz 2, § 124 Abs. 2 VwGO i. V. m. § 64 Abs. 2 BDG i. V. m. § 105 BNotO) liegt nicht vor. Insbesondere kommt der Rechtssache – entgegen der Auffassung des Klägers – keine grundsätzliche Bedeutung zu (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) und bestehen auch keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).

4 a) Der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) ist erfüllt, wenn es im konkreten Fall auf eine Tatsachen- oder Rechtsfrage ankommt, die über den von der ersten Instanz entschiedenen Fall hinausgeht und an deren Klärung daher im Interesse der Einheit oder der Fortbildung des Rechts auch für vergleichbare Fälle ein Interesse besteht (siehe zum Beispiel Senat, Beschluss vom 20.7.2020, NotSt(Brfg) 2/20, RNotZ 2020, 532 Rdnr. 14 m. w. N.). Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben, wenn die Streitfrage bereits in der obergerichtlichen Rechtsprechung geklärt ist (Senat, a. a. O.). Letzteres ist hier der Fall.

5 aa) Im Ansatz zutreffend weist der Kläger darauf hin, dass die Regelung des § 10 a BNotO, die den Notar hinsichtlich seiner Urkundstätigkeit grundsätzlich auf den Bezirk des AG, in dem er seinen Amtssitz hat, verweist, keine weiteren örtlichen Einschränkungen vorsieht (siehe BVerfG, NJW 2000, 3486, 3487). Dies gilt insbesondere für die Frage, ob eine Beurkundung in der Geschäftsstelle des Notars oder außerhalb davon – innerhalb des Amtsbezirks – vorgenommen wird (BVerfG, a. a. O.). Bei der Wahl des Beurkundungsortes muss der Notar jedoch darauf achten, dass hierdurch nicht der Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit erzeugt wird (§ 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO; § 67 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1, 2 und 9 BNotO in Verbindung mit Nr. IX. 2. der Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Notarkammer C). Daraus, dass § 10a BNotO eine Beurkundung außerhalb der Geschäftsstelle des Notars nicht untersagt, darf nicht geschlossen werden, dass diese von vornherein mit der allgemeinen Pflicht zu unabhängiger und unparteilicher Amtsführung vereinbar sei (vgl. Senat, Beschluss vom 13.11.2017, NotSt(Brfg) 3/17, DNotZ 2018, 550 Rdnr. 28). Ob die Unabhängigkeit des Notars und seine Verpflichtung zur Unparteilichkeit durch Beurkundungen außerhalb der Geschäftsstelle gefährdet werden können, ist indessen eine Frage des Einzelfalles. Sofern die Gefahr des Anscheins einer Parteilichkeit des Notars entstehen könnte, hat dieser allerdings von der Auswärtsbeurkundung Abstand zu nehmen; berufswidriges Verhalten kann insoweit geahndet werden (BVerfG, a. a. O., S. 3487 f.).

6 bb) Aus diesen Grundsätzen ergibt sich, dass der Notar gegen seine Amtspflicht zur Vermeidung des Anscheins der

Abhängigkeit oder Parteilichkeit verstößt, wenn er – jedenfalls: wiederholt – Beurkundungen in den Räumen einer Vertragspartei vornimmt, ohne dafür sachliche Gründe vorweisen zu können; denn durch ein solches Verhalten erweckt er aus der maßgeblichen Sicht des objektiven, mit den konkreten Gegebenheiten vertrauten Beobachters (vgl. Senat, Beschluss vom 13.11.2017, a. a. O.) den Eindruck, den Interessen dieser Vertragspartei näher zu stehen als den Belangen der anderen Partei (so auch OLG Celle, DNotZ 2020, 227 Rdnr. 25 ff. m. w. N.; Zimmer, ZfIR 2019, 244, 245; BeckOK-BNotO/Sander, Stand: 1.2.2021, § 14 Rdnr. 70; enger: Uffmann, DNotZ 2020, 232, 235 ff, nach deren Meinung der konkret gewählte Ort der Beurkundung allein nicht ausreicht, um den bösen Schein im Sinne des § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO zu erzeugen). Dies gilt auch dann, wenn es sich bei der solchermaßen „begünstigten“ Vertragspartei um eine Gemeinde (Gebietskörperschaft) handelt, weil Gemeinden – etwa als Grundstücksverkäufer – durchaus in einem Interessengegensatz zur anderen Vertragspartei stehen können (OLG Celle, a. a. O., Rdnr. 28; Zimmer, a. a. O.; BeckOK-BNotO/Sander, a. a. O.; Uffmann, a. a. O., S. 236; Raff, MittBayNot 2020, 74, 76). Die Beurkundung in Räumen der Gemeinde kann demnach geeignet sein, den Anschein zu begründen, der Notar stehe in einem unangemessenen Näheverhältnis zu dieser Gemeinde, und auf diese Weise die notariellen Amtspflichten aus § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO (bzw. den diese Regelung konkretisierenden Richtlinien der örtlichen Notarkammer) verletzen.

7 b) Der Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) ist nur gegeben, wenn der Antragsteller im Zulassungsverfahren einen einzelnen tragenden Rechtssatz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt hat (siehe zum Beispiel Senat, Beschluss vom 20.7.2020, a. a. O., Rdnr. 5 m. w. N.). Zweifel an der Richtigkeit einzelner Rechtssätze oder tatsächlicher Feststellungen füllen den Zulassungsgrund dann nicht aus, wenn solche Zweifel nicht auch die Richtigkeit des Ergebnisses erfassen (Senat, Beschluss vom 20.7.2020, a. a. O., m. w. N.). Die hier angegriffene Entscheidung begegnet keinen solchen Bedenken.

8 aa) Im Einklang mit den vorerwähnten Grundsätzen (siehe oben, a)) hat das OLG zu Recht angenommen, der Kläger habe fahrlässig seine Amtspflicht zur Vermeidung des Anscheins der Abhängigkeit oder Parteilichkeit verletzt, indem er in mindestens 31 Fällen (ohne Einbeziehung der Grundschuldbestellungen und Unterschriftsbeglaubigungen) in den Räumen der Gemeinde B Beurkundungen vornahm, an denen die Gemeinde selbst als Vertragspartei beteiligt war. Sachliche Gründe für diese Auswärtsbeurkundung hat der Kläger nicht vorgebracht und sind auch sonst nicht ersichtlich.

9 bb) Auch im Hinblick auf die Auswahl der für das einheitliche Dienstvergehen (§ 95 BNotO) verhängten Sanktion in Gestalt einer Geldbuße (§ 97 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNotO) und die Bemessung ihrer Höhe bestehen keine Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils. Auf die zutreffenden Ausführungen des OLG wird insoweit Bezug genommen.

10 c) Die Berufungszulassungsgründe der besonderen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten der Rechtssache

(§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO), der Divergenz im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO oder einen Verfahrensmangel (§ 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO) macht der Kläger nicht geltend; hierfür ist auch kein Anhaltspunkt ersichtlich.

112. Die Kostenentscheidung ergibt sich aus § 154 Abs. 2 VwGO i. V. m. § 77 Abs. 1 BDG i. V. m. § 109 BNotO.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Thomas Raff**, Ludwigshafen am Rhein

1. Sachverhalt

Der Sachverhalt ist einfach: Ein Anwaltsnotar hat in einem Zeitraum von zwei Jahren über dreißig Beurkundungen in den Räumen einer Gemeinde vorgenommen, an denen die Gemeinde selbst mitbeteiligt war. Der zuständige Dienstvorsetzte hat als Disziplinarmaßnahme gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNotO eine Geldbuße von 2.500 € verhängt. Nach erfolglosem Widerspruchsverfahren (§ 96 Abs. 1 BNotO i. V. m. § 41 BDG) erhob der Anwaltsnotar Anfechtungsklage beim zuständigen OLG.¹ Die Klage blieb ebenso wie das Verfahren zur Zulassung der Berufung zum BGH (§ 105 BNotO i. V. m. § 64 Abs. 2 BDG i. V. m. § 124a Abs. 5 Satz 2, § 124 Abs. 2 VwGO) ohne Erfolg.

2. Zentrale Aussage der Entscheidung

Der Kernvorwurf lautet wie folgt: Durch diese – wiederholten – Auswärtsbeurkundungen bei einem Vertragsbeteiligten habe der Notar seine Amtspflicht zur Vermeidung des Anscheins der Abhängigkeit oder Parteilichkeit verletzt, § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO. Dass die Vertragsbeteiligte eine Gemeinde ist, ändert an dem Vorwurf nach Auffassung des BGH nichts, da Gemeinden „durchaus in einem Interessengegensatz zur anderen Vertragspartei stehen können“.² Damit bestätigt der BGH auch eine frühere Entscheidung des OLG Celle,³ dessen Linie überwiegend Zustimmung,⁴ aber auch Ablehnung⁵ gefunden hat.

Vor dem Hintergrund dieser Entscheidungen sind die Voraussetzungen für Auswärtsbeurkundungen im Allgemeinen (3.) zu analysieren, bevor nach Besonderheiten im gemeindlichen Kontext (4.) gefragt wird.

3. Voraussetzungen für Auswärtsbeurkundungen

a) Rechtsgrundlagen

Die Voraussetzungen, unter denen Auswärtsbeurkundungen zulässig sind, sind in dieser Zeitschrift im Wesentlichen bereits besprochen worden.⁶ Die BNotO trifft Aussagen zu Auswärtsbeurkundungen zunächst in § 10a Abs. 2 BNotO und § 11 Abs. 2 BNotO hinsichtlich Beurkundungen außerhalb des Amtsbereichs bzw. des Amtsbezirks.⁷ Zu Auswärtsbeurkundungen im eigenen Amtsbereich des Notars verhält sich die BNotO demgegenüber nur in § 67 Abs. 2 Satz 3 Nr. 9 BNotO: Die Richtlinien der Notarkammern können nähere Regelungen treffen über die bei der Vornahme von Beurkundungen außerhalb des Amtsbereichs und der Geschäftsstelle zu beachtenden Grundsätze. Damit wird man zwar kein *generelles* Verbot von Auswärtsbeurkundungen begründen können.⁸ Aber man wird verlangen können, dass Auswärtsbeurkundungen jeweils einen sachlichen Grund erfordern, wie dies etwa nach den Richtlinien der LNotK Bayern⁹ und der Notarkammer Pfalz¹⁰ der Fall ist. Dies dürfte eine verfassungskonforme Auslegung von § 67 Abs. 2 Satz 3 Nr. 9 BNotO darstellen.¹¹

Das Erfordernis von Sachgründen stützt sich insbesondere auf § 14 Abs. 1 Satz 2 und § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO: Der Notar ist unabhängiger und unparteiischer Betreuer der Beteiligten; er hat jeden Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit zu vermeiden. Dieser Anschein *kann* bei Auswärtsbeurkundungen in den Räumen eines Vertragsbeteiligten entstehen. Wie Gerichte und sonstige Behörden soll der Notar im Grundsatz an seiner Geschäftsstelle amtieren und dort aufgesucht werden (können).¹²

b) Sachgründe

Nun zu den Sachgründen: Zunächst können natürlich all diejenigen Gründe, die Beurkundungen außerhalb von Amtsbereich und gar Amtsbezirk rechtfertigen, erst recht für Beurkundungen außerhalb der Geschäftsstelle herangezogen werden.¹³ Ferner gibt es Arten von Geschäften, die regelmäßig nur außerhalb der Geschäftsstelle vorgenommen werden können, wie Versteigerungen, Verlosungen, Begehungen (zum Beispiel im Rahmen der Erstellung von Nachlassverzeichnissen), häufig auch bei (Haupt-)Versamm-

1 OLG Celle, Beschluss vom 2.10.2020, Not 15/20, BeckRS 2020, 47133.

2 BGH, Beschluss vom 22.3.2021, NotSt(Brfg) 4/20, MittBayNot 2021, 616 (in diesem Heft) Rdnr. 6.

3 OLG Celle, Urteil vom 29.8.2018, Not 1/18, MittBayNot 2020, 71 m. Anm. Raff = DNotZ 2020, 227 m. Anm. Uffmann.

4 Raff, MittBayNot 2020, 74; Zimmer, ZfR 2019, 244; BeckOK-BNotO/Sander, Stand: 31.7.2020, § 14 Rdnr. 70; BeckOK-BNotO/Görk, § 28 Rdnr. 20.

5 Uffmann, DNotZ 2020, 232.

6 Raff, MittBayNot 2020, 74.

7 Siehe dazu die entsprechenden Kommentierungen der §§ 10a und 11 BNotO.

8 Vgl. dazu BVerfG, Urteil vom 9.8.2000, 1 BvR 647/98, DNotZ 2000, 787 m. Anm. Eylmann; OLG Köln, Beschluss vom 20.6.2007, 2 X (Not) 15/06, DNotZ 2008, 149.

9 Ziffer IX Nr. 2.

10 Ziffer IX Nr. 2.

11 Siehe dazu Raff, MittBayNot 2020, 74, 75; a. A. Uffmann, DNotZ 2020, 232, 234.

12 Wöstmann, ZNotP 2003, 133, 136; BeckOK-BNotO/Görk, § 10 Rdnr. 36.

13 Wöstmann, ZNotP 2003, 133, 138.

lungen und Straßengrundveräußerungen.¹⁴ Dazu kommen Gründe, die in der Person des Rechtssuchenden liegen, wie Bettlägerigkeit, Krankenhausaufenthalte etc. Auch Körperbehinderungen rechtfertigen in der Regel eine Auswärtsbeurkundung, nicht nur, aber insbesondere auch dann, wenn die Amtsstelle des Notars nicht barrierefrei sein sollte.¹⁵ Schließlich kann der Zeitdruck handelnder Personen einen Sachgrund darstellen, etwa bei Vornahme von Unterschriftsbeglaubigungen bei Kreditinstituten, zumal dort die Unparteilichkeit gar nicht in Rede stehen kann.

c) Differenzierung nach Art der konkreten Tätigkeit

Hinsichtlich der Sachgründe, auch der Anforderungen an die Darlegungslast, dürfte überhaupt zu differenzieren sein: Die Entscheidungen des OLG Celle und die Entscheidung des BGH befassen sich tragend mit der Beurkundung bei einer „Vertragspartei“; soweit Unterschriftsbeglaubigungen und Grundschuldbestellungen beanstandet werden, stellt das OLG Celle einen „unmittelbaren Zusammenhang“ her „mit den jeweils zugrunde liegenden Grundstückskaufverträgen“.¹⁶ Man wird also danach differenzieren können, ob Rechtsgeschäfte beurkundet werden, bei denen widerstreitende Interessen zum Ausgleich gebracht werden müssen. Ist dies der Fall, wird man strengere Anforderungen an die Darlegung eines Sachgrundes knüpfen müssen.

Bei ihnen liegt der Anschein von Abhängigkeit und Parteilichkeit deutlich näher, wenn das Rechtsgeschäft in den Räumen eines der Vertragsbeteiligten beurkundet wird. Geht es dagegen beispielsweise um Unterschriftsbeglaubigungen, die nicht im Zusammenhang mit der Genehmigung eines Vertrags stehen, den der Notar selbst beurkundet hat, oder um Grundschulden, die nicht zur Finanzierung eines Kaufpreises aus solch einem Vertrag bestellt wurden, dürfte der Zeitdruck handelnder Personen (wie Geschäftsführer und Vorstände) regelmäßig genügender Sachgrund sein.

Bei kontradiktorischen Rechtsgeschäften wird man dagegen regelmäßig weitere Gründe brauchen, wie etwa die Anzahl der Personen und das damit verbundene Kapazitätsproblem auf der Geschäftsstelle des Notars oder der ggf. notwendige unmittelbare Zugang zu bestimmten Daten.

4. Besonderheiten bei Beurkundungen in den Räumen einer Gebietskörperschaft

Im gemeindlichen Kontext gelten – trotz des auf den ersten Blick anderslautenden Tenors der o. g. Entscheidungen – Besonderheiten.

Notare unterhalten häufig Sprechtage in den Räumen von Gemeinden, gerade im bayerisch-pfälzischen Notariat. Dafür gibt es in § 10 BNotO gesonderte Regelungen; insbesondere müssen Sprechtage genehmigt und dann auch regelmäßig abgehalten werden. Diese Vorgehensweise ist natürlich nicht zu beanstanden. In diesem Fall ist der Notar

¹⁴ Siehe dazu BeckOK-BnotO/Görk, § 10 Rdnr. 38; Rundschreiben 2021/4, Ziffer 8 der LNotK Bayern.

¹⁵ Raff, MittBayNot 2020, 74, 75.

¹⁶ OLG Celle, Beschluss vom 2.10.2020, Not 15/20, BeckRS 2020, 47133 Rdnr. 24.

„Herr im Haus“, und Beurkundungen – auch unter Beteiligung der Gemeinde – sind dann unproblematisch¹⁷ und bedürfen keiner weiteren Begründung. Es handelt sich nämlich nicht um Auswärtsbeurkundungen im o. g. Sinne; ein Sachgrund ist dann gar nicht erst erforderlich.

Im Übrigen wird man ggf. danach differenzieren können, ob die Gemeinde fiskalisch handelt, also etwa Bauplätze verkauft, oder ihren kommunalrechtlichen Aufgaben nachkommt, zum Beispiel ein Stück Fläche erwirbt, um eine Straße widmen zu können.¹⁸ Im letzteren Fall könnte man einen Sachgrund (noch) leichter annehmen. Gerade bei Gemeinden mag auch der schnelle Anfahrtsweg für mehrere im Gemeindegebiet verteilte Rechtssuchende ein Argument sein, so in Gebieten, in denen generell weitere Wege zurückgelegt werden müssen, ferner die Zusammenfassung in Sammelterminen beispielsweise bei Straßengrundveräußerungen, Baulandumlegungen oder Dienstbarkeitsbestellungen.¹⁹

5. Fazit

Auswärtsbeurkundungen sind und bleiben erlaubt, aber bedürfen regelmäßig eines Sachgrundes, dessen Anforderungen wiederum nicht überspannt werden sollten.

¹⁷ Siehe auch Rundschreiben 2021/4 der LNotK Bayern.

¹⁸ Siehe auch Rundschreiben 2021/4 der LNotK Bayern.

¹⁹ Siehe auch Rundschreiben 2021/4 der LNotK Bayern.

18. Sittenwidrigkeit eines zugunsten einer Berufsbetreuerin und eines „Seniorenbetreuers“ errichteten notariellen Testaments

OLG Celle, Urteil vom 7.1.2021, 6 U 22/20

BGB §§138, 1936, 1964, 2229 Abs. 4

LEITSÄTZE:

1. Zur Feststellung der Testierunfähigkeit eines unter Betreuung stehenden Erblassers.
2. Ungeachtet der nach wie vor fehlenden Wertung des Gesetzgebers, dass Zuwendungen des Betreuten an den Betreuer als sittenwidrig anzusehen sind, kann ein notarielles Testament zugunsten einer Berufsbetreuerin und eines „Seniorenbetreuers“ sittenwidrig sein, wenn – wie vorliegend – eine Berufsbetreuerin ihre gerichtlich verliehene Stellung und ihren Einfluss auf einen älteren, kranken und alleinstehenden Erblasser dazu benutzt, gezielt auf den leicht beeinflussbaren Erblasser einzuwirken und ihn dazu zu bewegen, vor einer von ihr herangezogenen Notarin in ihrem Sinne letztwillig zu verfügen.
3. Dass als Folge der Nichtigkeit des Testaments der Fiskus erben wird (§ 1936 Satz 1 BGB), verändert

den Maßstab bei der Anwendung von § 138 BGB nicht zugunsten der eingesetzten Erben.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Am (...) 2012 verstarb der am (...) 1929 geborene V. Der Erblasser war nicht verheiratet und hatte keine Abkömmlinge.

2 Er war im Dezember 2004 aufgrund einer neu aufgetretenen Gangunsicherheit in der H-S in H stationär aufgenommen worden. Aufgrund zunehmender Verwirrtheit wurde der Erblasser am 29.12.2004 in die Psychiatrie der M (...) verlegt, wo mittels erneuter Computertomografie des Kopfes ein frischer Hirninfarkt links temporal und occipital unter Einschluss des Thalamus links im fast kompletten Versorgungsgebiet der A cerebri posterior links diagnostiziert wurde.

3 Mit Beschluss des AG Hannover in 670 XVII V 476 (...) vom 5.1.2005 wurde die Beklagte zu 1 als Berufsbetreuerin zur vorläufigen Betreuerin des Erblassers bestellt. Als Aufgabenkreis wurde bestimmt:

4 Sorge für die Gesundheit, Aufenthaltsbestimmung, Entscheidung über die unterbringungsähnlichen Maßnahmen, Vermögenssorge, Wohnungsangelegenheiten, Entgegennahme, Öffnen und Anhalten der Post, Rechts-/Antrags- und Behördenangelegenheiten.

5 Mit Beschluss des AG Hannover vom 7.1.2005 wurde die Beklagte zu 1 mit dem Aufgabenkreis aus dem Beschluss vom 5.1.2005 zur Betreuerin bestellt.

6 Am 1.4.2005 wurde der Erblasser aus dem Krankenhaus L, wo er mehr als zwei Monate stationär behandelt worden war, entlassen und zog in das G-W H-K, wobei er von Anfang an und bis zu seinem Tod auf der gerontopsychiatrischen Pflegestation untergebracht war (...).

7 Vom 3. bis 6.4.2005 sowie vom 24.5. bis 3.6.2005 befand er sich aufgrund „zunehmender Allgemeinzustandsverschlechterung“ zur stationären Behandlung im V in H (...).

8 Mit notarieller Urkunde der Notarin C vom 4.5.2005 (UR-Nr. [...].8/2005, 51 IV 55291/05 AG Hannover, S. 10) errichtete der Erblasser im Wohnstift H-K (in Anwesenheit der Beklagten zu 1 [...]) ein Testament, in dem es im Wesentlichen heißt:

„Die Notarin überzeugte sich durch eine Unterhaltung mit dem Erschienenen von dessen Testierfähigkeit.

Der Erschienene erklärte vorab:

Ich bin nicht verheiratet und habe keine Kinder. Ich will ein Testament errichten und erkläre meinen letzten Willen wie folgt:

Ich setze hiermit Frau Rechtsanwältin W (...) und Herrn B (...) zu meinen Erben ein, und zwar untereinander zu gleichen Teilen (...).

Den Wert meines Vermögens gebe ich mit 350.000 Euro an. (...)

9 Mit Schreiben vom 22.11.2005 wandte sich die Beklagte zu 1 an das AG Hannover und erklärte, die Verlängerung der Betreuung sei

„sicher erforderlich. Obwohl sich der Gesundheitszustand von Herrn V herausragend gebessert hat, ist er nicht mehr in der Lage, seine Angelegenheiten selbst zu regeln. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass eine Besserung insofern eintreten wird, dass eine Betreuung zu irgendeinem Zeitpunkt nicht mehr notwendig wäre. Der Aufgabenkreis ist in seinem bisherigen Umfang erforderlich aber auch ausreichend.“

10 Mit Beschluss des AG Hannover vom 8.12.2005 wurde die bestehende Betreuung verlängert; das Gericht werde – nach Ablauf der gesetzlichen Maximalfrist – spätestens bis zum 8.12.2012 über eine Aufhebung oder Verlängerung der Betreuung beschließen.

11 In dem Protokoll der richterlichen Anhörung, die dem Verlängerungsbeschluss zugrunde liegt, heißt es u. a.:

„Der Betroffene war voller Misstrauen und verstand gar nicht, weshalb ich mit ihm reden wollte. Er beschwerte sich, dass sich niemand um ihn gekümmert habe, als es ihm schlecht ging. Von der Betreuung wollte er nichts wissen. Eine Frau W kannte er nicht. (...) Zum Ende des Gesprächs kam die Betreuerin doch und wurde von dem Betroffenen freudig begrüßt. Es stellte sich heraus, dass der Betroffene seine Betreuerin nur mit Vornamen kennt. Zwischen beiden besteht ein gutes Verhältnis. Die Betreuerin sagte, (...), dem Betroffenen gehe es sehr viel besser, wenngleich der Betreuungsbedarf wohl zeitlebens bestehen werde. So, wie ich den Betroffenen kennengelernt habe, halte ich es für ausgeschlossen, dass er seine Angelegenheiten alleine regeln kann.“

12 Die Beklagte zu 1, die mit Schreiben vom 20.5.2012 Testamentseröffnung beantragt hatte, beantragte mit notarieller Urkunde vom 18.10.2012 des Notars J G, H, einen Erbschein auf der Grundlage des vor der Notarin C in H errichteten Testaments des Erblassers vom 4.5.2005, wonach die Beklagten zu je hälftigem Anteil Erben geworden sind.

13 Der Erbscheinsantrag wurde vom AG Hannover (51 VI 4416/12) mit Beschluss vom 10.9.2013 zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde wurde vom Senat (6 W 200/13) mit Beschluss vom 18.11.2013 zurückgewiesen. Im Senatsbeschluss wird Stellung zu den ärztlichen Angaben sowie den schriftlichen Aussagen der Zeugen C, Dr. med. K und Dr. med. Kü genommen sowie weiter ausgeführt:

„Entscheidendes Anzeichen für die Testierunfähigkeit des Erblassers im fraglichen Zeitpunkt ist die Tatsache, dass es für die Erbeinsetzung der bedachten Personen keinen Grund gab. Die eine (...) war nichts weiter als die ihm gerichtlich bestellte Betreuerin, deren Nachnamen er ausweislich der richterlichen Anhörung vom 8.12.2012 (...) nicht einmal kannte, die andere (...) jemand, zu dem überhaupt keine Beziehung zum Erblasser im Verfahren vorgeht ist.“

14 Der Kläger wurde mit Beschluss des AG Hannover (51 VI 161/14) vom 14.1.2014 zum Nachlasspfleger für die unbekannteren Erben bestellt; der Wirkungsbereich umfasst danach die Ermittlung der Erben und die Sicherung des Nachlasses. Mit

Beschluss vom 5.2.2014 wurde der Wirkungskreis auf die Verwaltung des Nachlasses ausgedehnt.

15 Den Kontakt zwischen dem Erblasser und dem Beklagten zu 2 stellte die Beklagte zu 1 her. Im beigezogenen Sonderheft 25 der Staatsanwaltschaft Hannover (...) Js (...)/12 findet sich eine Vielzahl von Rechnungen des Beklagten zu 2, adressiert an die Beklagte zu 1, betreffend den Zeitraum 2005 bis 2009, für erbrachte Dienstleistungen wie Einkäufe, Besorgungen, Spaziergänge und Arztbesuche, die mit unterschiedlichen Beträgen, meist mit einer Monatspauschale von anfangs 275,86 € netto, ergänzt um „sonstige Kosten (Benzin [...]“, später von 301,72 € netto bzw. 359,05 Euro brutto (zum Beispiel Rechnung vom 23.1.2008) abgerechnet wurden, außerdem Rechnungen für verauslagte Aufwendungen und (sonstige) Dienstleistungen.

16 Unter dem genannten Aktenzeichen (...)Js (...)/12 wurde wegen des Verdachts der gewerbsmäßigen Untreue gegen Berufsbetreuer, Notare u. a. ermittelt, darunter auch gegen die beiden Beklagten.

17 Mit Schriftsatz vom 19.3.2014 erhob der Kläger Stufenklage (...). Die Beklagten erhoben mit Schriftsatz vom 10.7.2015 (Feststellungs-)Widerklage (...).

18 Gemäß Beweisbeschluss des LG vom 20.8.2015 hat Dr. med. B, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, unter dem 25.4.2017 ein fachpsychiatrisches Gutachten zur Testierfähigkeit des Erblassers am 4.5.2005 vorgelegt. Dieses hat er unter dem 21.1.2019 ergänzt (je gesondert geheftet).

19 Das LG hat in der mündlichen Verhandlung vom 15.1.2018 die Beklagten persönlich angehört. Es hat weiter in der mündlichen Verhandlung vom 12.9.2018 die Zeugen Dr. med. Kü, Dr. med. K und die Notarin C. in Anwesenheit des gerichtlich beauftragten Sachverständigen Dr. med. B vernommen. In der mündlichen Verhandlung vom 9.12.2019 hat es Prof. Dr. med. Kr als Zeugen vernommen sowie Dr. med. B im Hinblick auf diese Zeugenaussage angehört.

20 Mit Teilurteil vom 2.3.2020 hat das LG der Klage auf der Auskunftsstufe im Wesentlichen antragsgemäß stattgegeben und die Widerklage, gerichtet auf die Feststellung, dass die Beklagten zu 1 und 2 zu jeweils 1/2 Erben nach dem Erblasser geworden sind, abgewiesen.

21 Mit der Berufung verfolgen die Beklagten ihre Auffassung, dass eine Testierunfähigkeit des Erblassers im Mai 2005 nicht feststellbar sei, weiter. Im Zweifel sei von der Testierfähigkeit auszugehen. Die Beklagten seien die einzigen Vertrauten des Erblassers gewesen. Mit seiner Motivationslage habe sich das LG nicht auseinandergesetzt.

22 Die Beklagten beantragen (...),

1. die Klage unter Aufhebung des Teilurteils des LG Hannover vom 2.3.2020 insgesamt abzuweisen,

2. auf die Widerklage der Beklagten festzustellen, dass der am 12.4.2012 verstorbene Herr V, nach Maßgabe des notariellen Testaments der Notarin C von den Beklagten/Widerklägern zu je 1/2-Anteil beerbt worden sei.

23 Der Kläger beantragt (...),

die Berufung gegen das Teilurteil des LG Hannover vom 2.3.2020 zurückzuweisen.

(...)

25 II. Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet. Das notarielle Testament vom 4.5.2005 ist unwirksam, und zwar sowohl wegen Testierunfähigkeit des Erblassers zur Zeit der Testamentserrichtung (2. b)), als auch wegen der Sittenwidrigkeit des notariellen Testaments (2. c)).

26 1. Soweit die Klage auf der Auskunftsstufe mit dem Teilurteil des LG teilweise abgewiesen worden ist, hat der Kläger dies hingenommen.

27 2. a) Die Berufungsbegründung verhält sich nicht zur Frage der ausgeurteilten Verpflichtung der Beklagten, als Erbschaftsbesitzer Auskunft über den Bestand des Nachlasses erteilen zu müssen.

28 b) Gegenstand der Erörterungen der Berufungsbegründung ist lediglich die vom LG zugrunde gelegte Annahme, der Erblasser sei am 4.5.2005 testierunfähig gewesen.

29 aa) Nach § 2229 Abs. 4 BGB „kann ein Testament nicht errichten“, „wer wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit, wegen Geistesschwäche oder wegen Bewusstseinsstörung nicht in der Lage ist, die Bedeutung einer von ihm abgegebenen Willenserklärung einzusehen und nach dieser Einsicht zu handeln“.

30 Dies bedeutet zum einen, dass Störungen der Geistestätigkeit für sich genommen noch nicht zwangsläufig zur Testierunfähigkeit führen. Andererseits genügt es dafür, die Voraussetzungen der Testierfähigkeit feststellen zu können,

„nicht, dass der Erblasser eine allgemeine Vorstellung von der Tatsache der Errichtung des Testaments und von dem Inhalt seiner letztwilligen Anordnungen hatte. Er musste vielmehr auch in der Lage sein, sich über die Tragweite dieser Anordnungen, insbesondere auch über ihre Auswirkungen auf die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse der Betroffenen und über die Gründe, die für oder gegen ihre sittliche Berechtigung sprachen, ein klares Urteil zu bilden und nach diesem Urteil frei von Einflüssen etwaiger interessierter Dritter zu handeln“

(BGH, Urteil vom 29.1.1958, IV ZR 251/57, BeckRS 1958, 31372778; OLG München, Beschluss vom 14.8.2007, 31 Wx 16/07, juris Rdnr. 18 m. w. N., wonach es nicht ausreicht, dass der Testierende in der Lage ist, die eigenen Bezugspersonen zu erkennen und einfache Sachverhalte zu erfassen; ähnlich OLG Hamm, Beschluss vom 5.2.2020, 15 W 453/17, juris Rdnr. 23; OLG Karlsruhe, Urteil vom 20.12.2019, 14 U 99/17, juris Rdnr. 45).

31 Störungen der Geistestätigkeit bilden die Ausnahme, so dass der Erblasser so lange als testierfähig anzusehen ist, wie seine Testierunfähigkeit nicht zur Überzeugung des Gerichts nachgewiesen ist, wobei das Beweismaß kein anderes ist als sonst im Anwendungsbereich von § 286 ZPO. Absolute bzw. mathematische Gewissheit darf, weil nicht erreichbar, nicht verlangt werden. Der Richter darf und muss in tatsächlich

zweifelhaften Fällen einen für das praktische Leben brauchbaren Grad von Gewissheit fordern bzw. sich mit einem solchen begnügen, der den Zweifeln Schweigen gebietet, ohne sie völlig auszuschließen. Letzte, fernliegende und nicht völlig auszuschließende Zweifel sollen der Überzeugung nicht entgegenstehen.

32 Im Prozess hat die Testierunfähigkeit grundsätzlich derjenige zu beweisen, wer sich, wie hier der Kläger als eingesetzter Nachlasspfleger, auf sie beruft.

33 Eine Betreuung als solche berührt die Testierfähigkeit nicht; auch für den Betreuten besteht die Vermutung der Testierfähigkeit (vgl. OLG München, Beschluss vom 31.10.2014, 34 Wx 293/14, juris Rdnr. 7 m. w. N.).

34 Dabei gibt es keine – etwa nach dem Schwierigkeitsgrad des Testaments abgestufte (relative oder partielle) – Testierfähigkeit; die Fähigkeit zur Testamenterrichtung ist entweder gegeben oder fehlt ganz (ganz h. M., vgl. nur OLG Hamm, Urteil vom 6.3.2014, 10 U 76/13, juris Rdnr. 81; OLG München, Beschluss vom 14.8.2007, 31 Wx 16/07, juris Rdnr. 18 m. w. N.).

35 Unbeachtlich ist der Hinweis der Beklagten darauf, der Erblasser sei nicht kurz nach Errichtung seiner letztwilligen Verfügung verstorben, sondern habe vielmehr noch sieben weitere Jahre in dem Bewusstsein gelebt, seinen Nachlass in seinem Sinne geregelt zu haben. Für den Fall der Testierunfähigkeit kommt diesem Umstand keine Bedeutung zu und ist die verbliebene Lebensdauer ohne Belang. Anknüpfend an die Erörterungen in der mündlichen Verhandlung ist nochmals darauf zu verweisen, dass der Senat keineswegs die – auch grundgesetzlich geschützte (Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GG) – Testierfreiheit in irgendeiner Form in Abrede nimmt oder einschränkt; die Testierfreiheit beginnt aber erst dort, wo Testierfähigkeit besteht (siehe auch BVerfG, Beschluss vom 19.1.1999, 1 BvR 2161/94, juris Rdnr. 42).

36 bb) Die Auswertung der (hier chronologisch geordneten) Unterlagen ergibt zur Testierfähigkeit des Erblassers am 4.5.2005 das folgende Bild:

– PD Dr. med. D. D., Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, und Dr. med. C. T., Facharzt für Neurologie erstellten zu Beginn des Betreuungsverfahrens ein Gutachten, das sich auf die Untersuchung des Erblassers vom 4.1.2005 in der M stützt. Danach bestand beim Erblasser ein ausgeprägtes hirneinseitiges Psychosyndrom mit Kurzzeitgedächtnisstörung und eine latente Halbseitenlähmung rechts bei Hirninfarkt links temporal und occipital unter Einschluss des Thalamus links im fast kompletten Versorgungsgebiet der A cerebri posterior links. Der Erblasser sei nicht orientiert zu Ort, Zeit und Situation und könne nicht angeben, dass er sich in einem Krankenhaus befinde. Das Kurzzeitgedächtnis sei deutlich gestört. Der Erblasser sei aufgrund des psychopathologischen Bildes nicht in der Lage, für sich und seine Gesundheit zu sorgen. Er könne momentan keine hinreichende Einsicht in seine Erkrankung und die Notwendigkeit der weiteren medizinischen Behandlungen finden bzw. nach dieser Einsicht handeln. Die Einrichtung einer Betreuung sei erforderlich, außerdem freiheitsbeschränkende Maßnahmen. Eine Überprüfung der Betreuung sei nach einem Jahr sinnvoll.

– Nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist die Stellungnahme der Notarin C, die von der Beklagten zu 1 informiert und beauftragt worden war (...). Diese hatte ausweislich ihrer schriftlichen Angaben vom 8.4.2013 gegenüber dem AG Hannover (...) keine Erinnerung mehr an die Sache, sondern hat lediglich betont, dass sie vor allem bei älteren Menschen die Prüfung der Testierfähigkeit immer sehr gründlich vorgenommen habe. Für den konkreten Fall ist damit von vornherein nichts gewonnen; außerdem verfügt auch ein erfahrener Notar nicht über die medizinischen Kenntnisse, um verlässlich zur Frage der Testierfähigkeit Angaben machen zu können. Im – kurzen – notariellen Testament des Erblassers vom 4.5.2005 heißt es dazu auch nur:

„Die Notarin überzeugte sich durch eine Unterhaltung mit dem Erschienenen von dessen Testierfähigkeit.“

37 Die Notarin wurde vom LG als Zeugin vernommen (...). Dort hat sie wiederholt, sich an den Fall nicht zu erinnern.

– Dr. med. H-P M, Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie, erstellte für das AG im Zusammenhang mit der Prüfung der Verlängerung der Betreuung unter dem 28.11.2005 ein Gutachten (...), in dem es u. a. heißt, dass beim Erblasser aus psychiatrischer Sicht ein Zustand nach Apoplex 12/2004 diagnostiziert wurde, einhergehend mit einem deutlich ausgeprägten hirneinseitigen Psychosyndrom, Blindheit rechts sowie einer latenten Hemiparese rechts. Ein überlagerndes dementielles Zentrum sei wahrscheinlich. Aufgrund der dauerhaften Störungen der Hirnfunktionen mit ausgeprägten Gedächtnis- und Affektstörungen sowie deutlich reduziertem Auffassungs- und Urteilsvermögen sei die Betreuung im bisherigen Umfang auch weiterhin erforderlich.

– Erstmals ausdrücklich zur Testierfähigkeit verhält sich das für die Staatsanwaltschaft Hannover unter dem 29.10.2014 von Prof. Dr. med. G Kr, Arzt für Psychiatrie und Psychotherapie, Arzt für Psychotherapeutische Medizin, Klinikdirektor i. R., erstattete schriftliche Gutachten in dem u. a. die beiden Beklagten betreffenden Ermittlungsverfahren (...). Unter „Ergebnis“ heißt es dort zusammenfassend u. a. (S. 62 f.):

„Unter Zugrundelegung des vorne zitierten Regelwerks von NEDOPIL ergibt sich in diesem Fall unter Beachtung des Hochschulgutachtens, trotz der beiden letzten ärztlichen Bekundungen, und insbesondere der Berücksichtigung der aussagekräftigen Dokumentation des Pflegepersonals, dass es ausgeschlossen sein wird, dass Herr V wusste, dass er ein Testament errichtet, den Inhalt dieser letzten Verfügung kennt bzw. sich merken konnte, seinen letzten Willen formulieren, die Tragweite seiner Bestimmungen in wirtschaftlicher und persönlicher Hinsicht erfassen und die sittliche Berechtigung seiner Verfügung beurteilen konnte. Über den Einfluss möglicher Dritter kann keine Aussage getroffen werden.“

38 Der Arzt wurde in der mündlichen Verhandlung vom 9.12.2019 vom LG als Zeuge vernommen (...). Testierfähigkeit habe definitiv nicht bestanden, dies auch in Anbetracht des Entlassungsberichtes des Krankenhauses L vom 31.3.2005 (...). Dem Krankheitsbild des Erblassers sei offenbar immanant gewesen, dass der Zustand gewechselt habe. Im Gesamtergebnis komme er dazu, dass Testierfähigkeit nicht vor-

gelegen habe. Ein lichter Moment könne nicht vorgelegen haben.

– Ohne ausschlaggebende Bedeutung sind die unterschiedlichen Äußerungen des Dr. med. S K.

39 So heißt es in einer Stellungnahme vom 8.1.2013, die er auf Anfrage des früheren Bevollmächtigten der Beklagten zu 1 diesem gegenüber erstellte u. a.: (...)

„Wie bekannt wurde Herr V Anfang April 2005 auf die gerontopsychiatrische Pflegestation des Wohnstiftes K verlegt. Seither war ich der betreuende Hausarzt.

Aufgrund des Ortswechsels gestaltete sich in den ersten 14 Tagen die Eingewöhnungsphase relativ schwierig (...). Von etwa Mitte April 2005 bis zirka Ende August 2005 würde ich die neurologisch-psychiatrische Situation wie folgt beschreiben: Patient bewusstseinsklar, wach, zeitlich fast immer orientiert, örtlich nicht immer orientiert, zur Person und situativ meist gut orientiert. Der Antrieb ist insgesamt gemindert, psychomotorisch sicher etwas verlangsamt, Kontaktfähigkeit herabgesetzt! Formales Denken verlangsamt und eingeschränkt. Kein Anhalt für inhaltliche Denkstörungen, oder halluzinatorisches Erleben.

Nach meiner über 30-jährigen Erfahrung der Betreuung gerontopsychiatrischer Patienten die stationär untergebracht sind, war die Testierfähigkeit von Herrn V im Zeitraum von Mitte April bis Ende August 2005 gegeben.“

40 Dort wird zwar die Erfahrung des Arztes mit der Betreuung psychiatrischer Patienten betont. Es handelt sich bei Dr. K aber „nur“ um einen „Arzt“ und keinen Psychiater oder Neurologen (vgl. zu den an die Qualifikation zu stellenden Anforderungen nur OLG München, Beschluss vom 14.1.2020, 31 Wx 466/19, juris Rdnr. 14 m. w. N.), der überdies nur in seiner Funktion als Hausarzt den Erblasser betreute und keinen Anlass hatte, sich die Frage der Geschäfts-/Testierfähigkeit des Erblassers zu stellen und dessen Schreiben auch nicht erkennen lässt, dass er weiß, was die Testierfähigkeit ausmacht.

41 Als Anlage B 10 (...) ist außerdem ein weiteres Schreiben des Dr. K an den früheren Rechtsanwalt der Beklagten zu 1 vom 15.12.2014 vorgelegt worden. Seiner Beurteilung vom 8.1.2013 könne er keine wesentlichen Fakten mehr hinzufügen. Erwähnt wird dort weiter, dass er, Dr. K, den Erblasser erstmals nicht bereits in den Tagen nach seiner Aufnahme im Wohnheim, sondern erst am 15.4.2005 gesehen habe, sowie, dass erstmals am 18.6.2005 die sedierende Medikation zurückgenommen worden sei. Es heißt dort außerdem:

„Stationsbesuch 4.5.2005 (Tag der Testamentserrichtung), geht besser, gut geschlafen, ausreichend gegessen, findet sich mit den Örtlichkeiten noch immer nicht zurecht.“

42 Dr. K wurde vom LG als Zeuge vernommen (...). Aus seiner Zeugenaussage ergibt sich, dass der Erblasser mit Neuroleptika behandelt wurde, in der ersten Woche nach Aufnahme im Wohnstift mit Haldol, später, und zwar „über Wochen und Monate“, mit einer Kombination aus Risperidon und Seroquel. Hinsichtlich Aufmerksamkeitsfähigkeit und Wortfindungsschwierigkeiten könne er sich nicht an die Anfangszeit erinnern.

– Nicht wesentlich anders behält es sich mit den Angaben des Dr. med. H-U Kü, Facharzt für Neurologie und Psychiatrie, der den Erblasser bei Testamentserrichtung noch nicht kannte.

43 Dr. Kü begleitete ausweislich seiner schriftlichen Äußerung gegenüber dem AG Hannover vom 15.4.2013 (...) den Erblasser seit seiner Aufnahme im Wohnstift K. Die Eingewöhnungsphase des Erblassers habe sich wegen psychomotorischer Unruhe phasenweise schwierig gestaltet. Er sei bei den regelmäßigen Visiten allerdings immer wach und ansprechbar gewesen, habe den Untersucher Dr. Kü sowie den begleitenden Dr. K sofort erkannt, sei zu Ort und Zeit aber nicht immer scharf orientiert gewesen. Hinweis auf halluzinatorische Erlebnisse habe es nicht gegeben. Denkabläufe seien verlangsamt gewesen, die Stimmung schwankend. Von der Primärpersönlichkeit sei der Erblasser sicher etwas starr und rigide gewesen. Nach dem Eindruck von Dr. Kü sei der Erblasser aber trotz der erwähnten Einschränkungen in der Lage gewesen, die Bedeutung der von ihm abgegebenen Willenserklärung zu erfassen und ein Testament zu errichten.

44 Dr. Kü wurde vom LG als Zeuge vernommen (...). Den Erblasser habe er am 7.5.2005 (also nach der Testamentserrichtung) erstmalig gesehen (...). Anfangs habe der Erblasser Defizite nach dem Schlaganfall gehabt. Seine Fassung sei wechselhaft gewesen, es habe Phasen von Klarheit, aber auch Phasen von Unruhe, psychomotorischer Unruhe gegeben. Wie seine Verfassung am 4.5.2005 gewesen sei, könne er nicht sagen. Er könne nicht sagen, wie es um das Gedächtnis des Erblassers bestellt gewesen sei. Der Erblasser habe jedenfalls gewusst, was er nicht wolle. Ob er gewusst habe, was er wolle, wage er, der Zeuge, zu bezweifeln.

„Es wäre allerdings sicher günstig gewesen, anlässlich der Veranlassung des Testamentes vom 4.5.05 eine zeitnahe psychiatrische Bescheinigung über die Testierfähigkeit des Patienten zu erwirken.“ (...).

45 Es ist zwar anzuerkennen, dass Dr. Kü anders als Dr. K Psychiater ist. Dessen ungeachtet sind seine Angaben wenig aussagekräftig. Er hat den Erblasser erstmalig einige Tage nach der Errichtung des Testamentes gesehen. Für eine aussagekräftige Stellungnahme zur Testierfähigkeit kann dieser Erstkontakt ohnehin nicht als ausreichend angesehen werden. Der in einem Wohnheim tätige Arzt hat auch keinen Anlass, beim Erstkontakt oder auch später den Erblasser gerade unter diesem Aspekt zu untersuchen. Im Laufe der Zeit mag sich Dr. Kü ein zunehmend besseres Bild vom Erblasser gemacht haben, alle weiteren Kontakte vergrößerten aber den Abstand zu dem hier in Rede stehenden Datum der Testamentserrichtung.

– Eingeholt hat das LG auf der Grundlage des Beschlusses vom 25.3.2015 (...) ein schriftliches Sachverständigengutachten des Dr. med. R-P B, dessen Fachkunde die Beklagten ausdrücklich nicht in Abrede genommen haben (...), dem entscheidende Bedeutung zukommt.

46 Dr. B ist Facharzt für Psychiatrie und Psychotherapie. Dieser hat unter dem 25.4.2017 ein schriftliches fachpsychiatrisches Sachverständigengutachten abgegeben und dieses unter dem 21.1.2019 schriftlich ergänzt (je gesondert geheftet). Die Frage nach der Testierfähigkeit des Erblassers am

4.5.2005 wurde dort vom Sachverständigen jeweils verneint. Zusammenfassend heißt es in dem Ergänzungsgutachten (...):

„Aus hiesiger Sicht sind somit weiterhin mit den Territorialinfarkten und den schweren Folgen des hirnorganischen Psychosyndroms wie Desorientierung, Störung der Gedächtnisfunktion, Weglauftendenzen, Einkoten und Einrässen, Aphasie und Dysarthrie Bedingungen gegeben, die die Diagnose einer krankhaften Störung der Geistestätigkeit bedingen. Wie bereits im Erstgutachten ausgeführt, ist hinsichtlich der zweiten Beurteilungsebene, der Auswirkungen der Störung auf die Freiheit der Willensbildung festzuhalten, dass aus den oben angeführten Gründen die normale psychologische Bestimmbarkeit des Willens durch die dargestellte Psychopathologie außer Kraft gesetzt war.“

47 In der mündlichen Verhandlung vom 9.12.2019 (...) erläuterte der Sachverständige Dr. B sein Gutachten und wies insbesondere noch einmal auf das Krankheitsbild mit hoher psychopathologischer Kontinuität hin. Ausweislich der Computertomografie vom 26.12.2004 sei ein frischer Hirninfarkt diagnostiziert worden, und eine Arterie von den dreien, die die Versorgung des Gehirns sicherstellen, sei kontinuierlich dicht gewesen. Aus seiner Sicht sei es nicht möglich, dass zwischen dem 26.12.2004 und Testamentserrichtung das unbeinträchtigte Hirngewebe die Aufgaben des zerstörten Hirngewebes übernommen habe (...).

48 Der Senat kann danach mit hinreichender Sicherheit (§ 286 ZPO) feststellen, dass der Erblasser tatsächlich am 4.5.2005 testierunfähig war.

49 cc) Selbst für den Fall, dass man die Auffassung vertreten wollte, dass sich keine ausreichend sichere Feststellung zur Testierunfähigkeit treffen ließe, wäre vorliegend von Testierunfähigkeit des Erblassers auszugehen. Die Beweislast für Testierunfähigkeit liegt hier nur im Grundsatz beim Kläger. Wegen der Besonderheiten des Sachverhalts liegt die Beweislast für die von ihnen behauptete Testierfähigkeit bei den Beklagten.

50 Der Erblasser war jedenfalls zum Jahreswechsel 2004/2005 schwer erkrankt und nicht testierfähig. Einen „schweren Schlaganfall“ des Erblassers haben die Beklagten ausdrücklich zugestanden (...). Dieser Zustand dauerte auch nicht nur einige Tage an. Aus dem Entlassungsbericht des Krankenhauses L vom 31.3.2005 (...) lässt sich ersehen, dass zu Beginn der Aufnahme Ende Januar 2005 der Erblasser weiterhin nicht testierfähig war:

„zeitlich und örtlich nicht, zur Person und situativ nur partiell orientiert (...), Wortfindungsstörungen, deutliche Einschränkung von kognitiven und mnestischen Funktionen. Er kann lediglich einfache Aufforderungen wie Armhochhalten befolgen. Antrieb gemindert, psychomotorisch verlangsamt, im Kontakt zurückhaltend, affektiv vermindert schwingungsfähig. Formales Denken verlangsamt und eingeschränkt“.

Daher müssen die Beklagten sich darauf berufen und beweisen, dass jedenfalls bis zum 4.5.2005 diese Testierunfähigkeit ein Ende gefunden hat (vgl. Palandt/*Weidlich*, 80. Aufl., § 2229

Rdnr. 11 m. w. N.), was ihn aber nicht gelungen ist, zumal es selbst in dem Bericht des V H vom 2.6.2005 heißt, dass der Erblasser weder zeitlich noch örtlich noch zur Person orientiert gewesen sei (...).

51 Es lässt sich auch nicht im Sinne der Beklagten ein luzides Intervall bei Testamentserrichtung am 4.5.2005 feststellen.

52 Bei der Beurteilung solcher luzider Intervalle hält der Senat die vom OLG Hamburg (Beschluss vom 20.2.2018, 2 W 63/17, juris Rdnr. 94-96) vertretene Auffassung, und zwar nicht nur für den Fall von Demenzerkrankungen, für zutreffend:

„Die moderne Medizin hält luzide Intervalle bei chronisch-krankhaften Störungen, insbesondere Demenzen, für ausgeschlossen. Wenn die monatelang bestehende Erkrankung aufgrund von chronisch-psychopathologischen Symptomen belegt ist, die Testierunfähigkeit zur Folge haben (...), sind kurzfristige luzide Intervalle mit echter Symptomfreiheit und Wiedererlangung der Urteilsfähigkeit so gut wie ausgeschlossen. Im Falle einer Demenz ist zusätzlich zu beachten, dass während der Zeit ihres Bestehens viele Informationen gar nicht oder nicht realitätsgerecht aufgenommen, verarbeitet und abgespeichert werden. Im Falle einer Besserung bestünden somit erhebliche Lücken und Verzerrungen in der geistigen und psychischen Repräsentanz der relevanten Umweltinformationen und eigenen Biografie, welche erst geschlossen werden müssten. Dies ermöglicht aber die Einflussnahme Dritter in unkontrollierbarer Weise. Aufgrund der klinischen Erfahrungen wird heute überwiegend vertreten, den Begriff des luziden Intervalls gänzlich aufzugeben.“

53 Selbst wenn man an sich ein luzides Intervall noch für möglich halten will, lässt es sich vorliegend jedenfalls nicht feststellen. Insbesondere die sachverständigen Ausführungen von Prof. Dr. Kr sprechen deutlich dagegen.

54 c) Der Senat kann außerdem feststellen, dass das Testament vom 4.5.2005 sittenwidrig und damit nichtig ist, § 138 Abs. 1 BGB. Die Ladungsverfügung vom 21.7.2020 enthält den Hinweis auf eine entsprechende Möglichkeit (...). Die Beklagten haben dazu mit Schriftsatz vom 1.12.2020 sowie mit Schriftsatz vom 22.12.2020 auch Stellung genommen.

55 § 138 Abs. 1 BGB gilt für alle Rechtsgeschäfte, auch für Verfügungen von Todes wegen, und dann nicht nur hinsichtlich des Inhalts, sondern auch der Umstände des Zustandekommens. Es sollen nicht „aus fremder Bedrängnis in sittenwidriger Weise Vorteile gezogen werden“ (BGH, Urteil vom 4.7.1990, IV ZR 121/89, juris Rdnr. 14), zum Beispiel wenn ein gewerblicher Dienstleister die erworbene Vertrauensstellung und seinen persönlichen Einfluss auf einen Erblasser dazu benutzt, gezielt darauf hinzuwirken, dass der leicht beeinflussbare Erblasser ohne reifliche Überlegung über erhebliche Vermögenswerte zugunsten des Dienstleisters durch ein Testament verfügt.

56 Bei der Prüfung der Sittenwidrigkeit ist auf den konkreten Einzelfall und insoweit auf die Verhältnisse zum Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts abzustellen (vgl. nur BGH, Urteil vom 11.9.2018, XI ZR 380/16, juris Rdnr. 10; Urteil vom 15.2.1956, IV ZR 294/55, beck-online). Die Sittenwidrigkeit,

für die ein objektiver Maßstab gilt, kann sich sowohl aus dem Inhalt des Rechtsgeschäfts als auch aus dessen Gesamtkarakter ergeben (ebenda), wobei es in keinem Fall auf ein Bewusstsein der Sittenwidrigkeit ankommt und eine Schädigungsabsicht nicht erforderlich ist, sondern es genügt, wenn der Handelnde die Tatsachen kennt, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt, wobei dem gleichsteht, wenn sich jemand bewusst oder grob fahrlässig der Kenntnis erheblicher Tatsachen verschließt (vgl. BGH, Urteil vom 13.12.2018, IX ZR 216/17, juris Rdnr. 11).

57 Wie auch die Beklagten ausdrücklich zugestanden haben, ist vom Gericht § 138 BGB im Hinblick auf seinen Zweck auch dann zu beachten, wenn sich keine Partei auf Sittenwidrigkeit beruft. Der zugrunde liegende Sachverhalt ist zwar vom Kläger ungeachtet des Hinweises in der Ladungsverfügung nicht vortragen worden; er ergibt sich aber, was ausreicht, aus den Akten.

58 aa) Gemäß § 14 Abs. 5 HeimG ist es der Leitung, den Beschäftigten oder sonstigen Mitarbeiterinnen oder Mitarbeitern des Heims untersagt, sich von oder zugunsten von Bewohnerinnen und Bewohnern neben der vom Träger erbrachten Vergütung Geld- oder geldwerte Leistungen für die Erfüllung der Pflichten aus dem Heimvertrag versprechen oder gewähren zu lassen, es sei denn, es handelt sich um geringwertige Aufmerksamkeiten. Nach Abs. 6 der Vorschrift kann die zuständige Behörde in Einzelfällen Ausnahmen zulassen, soweit der Schutz der Bewohnerinnen und Bewohner die Aufrechterhaltung der Verbote nicht erfordert und die Leistungen noch nicht versprochen oder gewährt worden sind.

59 Der Grund für das Verbot des § 14 Abs. 5 HeimG ist das besondere Näheverhältnis zwischen Heimbewohner und Pflegepersonal und die damit verbundene Möglichkeit der Ausnutzung dieses Verhältnisses. Die Betreuung begründet ein ähnliches Näheverhältnis. Dessen ungeachtet ist das BayObLG in einer Entscheidung aus dem Jahr 1997 noch davon ausgegangen, dass auf das Verhältnis zwischen Betreuer und Betreutem § 14 HeimG nicht entsprechend angewendet werden kann (Beschluss vom 18.12.1997, 1 Z BR 73/97, juris Rdnr. 12 ff.). Dem schließt sich der Senat im Grundsatz an.

60 bb) Damit ist aber nur die Anwendbarkeit von § 134 BGB verneint und über die Anwendung von § 138 BGB noch keine Aussage getroffen.

61 Zwar fehlt bislang eine Wertung des Gesetzgebers, dass Zuwendungen des Betreuten an den Betreuer als sittenwidrig anzusehen sind. Allerdings sieht der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts in § 30 Abs. 1 Satz 1, 2 BtOG vor, dass es einem beruflichen Betreuer untersagt ist, von dem von ihm Betreuten Geld oder geldwerte Leistung anzunehmen, was auch für Zuwendungen im Rahmen einer Verfügung von Todes wegen gilt (siehe BR-Drucks. 564/20, S. 101 mit Verweis auf die aktuellen Leitlinien des Bundesverbandes der Berufsbetreuer/innen, wonach Berufsbetreuer/innen sich verpflichten, aus beruflich geführten Betreuungen kein Erbe anzunehmen, ebenda, S. 527, zur Reform siehe auch *Deinert*, BtPrax 2020, 169 unter VI.). Dabei hatte bereits der Bundesrat im Jahr 1997 in einer Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Bundesregie-

rung zur Änderung des Betreuungsrechts gebeten, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob eine an § 14 Abs. 5 HeimG angelehnte Bestimmung notwendig und geeignet ist, missbräuchlichen eigennützigen Vermögensübertragungen von kraft Gesetzes tätigen Vermögensverwaltern wie zum Beispiel beruflich tätigen Betreuern entgegenzuwirken (siehe auch *Knittel*, BtPrax 1997, 53 unter 7.).

„Vor allem ältere Personen, die professionelle Beratung und Hilfe für die Verwaltung des Vermögens in Anspruch nehmen, können im Einzelfall in besonderem Maße missbräuchlichen Beeinflussungen ihrer Vertreter bzw. Vermögensverwalter ausgesetzt sein. Gegenstand dieser Beeinflussung kann vor allem der Versuch sein, über die Vergütung für die erbrachte Tätigkeit hinaus großzügige Schenkungen zu erhalten oder in Verfügungen von Todes wegen bedacht zu werden. Dieses Problem wird sich in den nächsten Jahren durch steigende Lebenserwartung und den weiteren Anstieg des Vermögens älterer Mitbürgerinnen und Mitbürger noch verschärfen“ (BT-Drucks. 13/7158 [...]).

In der Gegenäußerung der Bundesregierung (...) trat diese dem Ansinnen des Bundesrates entgegen, u. a. mit der Begründung, dass im Verhältnis zwischen Betreutem und Betreuer die Problematik vielfach (?) dadurch entschärft werde, dass der Betreute geschäftsunfähig und deshalb zu Verfügungen zugunsten seines Betreuers gar nicht in der Lage sei.

62 Damit ist für aktuelle Sachverhalte noch keine abschließende Aussage über die Frage der Sittenwidrigkeit getroffen (vgl. BayObLG, a. a. O., juris Rdnr. 17 ff.).

63 Dazu heißt es in einem Urteil des OLG Braunschweig vom 4.11.1999 (2 U 29/99, juris):

„Der Betreuer ist ein vom Vormundschaftsgericht bestellter staatlicher Beistand zur Fürsorge in rechtlichen und auch persönlichen Angelegenheiten. Der Betreute kann und wird deshalb von dem staatlich bestellten Betreuer auch erwarten, dass er seine Aufgabe auch ohne die Erwartung besonderer Zuwendungen von Seiten des Betreuten zu dessen Wohl sachgerecht ausübt.

Diesen Grundsätzen des Betreuungsrechts ist zu entnehmen, dass es das Gesetz als sittenwidrig missbilligt, wenn ein Betreuer seine ihm gerichtlich verliehene Vertrauensstellung und seinen persönlichen Einfluss auf den Betreuten dazu benutzt, gezielt darauf hinzuwirken, dass der infolge seiner geistigen Behinderung leicht beeinflussbare Betreute ohne reifliche Überlegung über erhebliche Vermögenswerte zugunsten des Betreuers durch ein Testament vor einem Notar verfügt, der nicht von dem Betreuten als sein Berater hinzugezogen ist, sondern von dem begünstigten Betreuer. Für den Vorwurf der Sittenwidrigkeit reicht es dabei aus, dass sich der Betreuer, der durch die von ihm herbeigeführte letztwillige Verfügung bedacht ist, der Tatumstände bewusst ist, aus denen sich die Sittenwidrigkeit ergibt.“

64 Der Senat schließt sich dieser Wertung ausdrücklich an.

65 Die Sittenwidrigkeit ergibt sich vorliegend aus den folgenden Gründen:

aaa) Die Beklagte zu 1 war es, die die – ihr persönlich bekannte und „vertraute“ – Notarin C beauftragte und, ohne dass dafür ein zwingender Grund ersichtlich wäre, bei der Aufnahme des Testaments anwesend war. Sie hat auch nicht behauptet, dem Erblasser vorher mitgeteilt zu haben, dass eine von ihr beauftragte Notarin zur Errichtung eines Testaments mit einem bestimmten Inhalt erscheinen werde. In ihrer Anhörung vor dem Senat hat die Beklagte zu 1 erklärt, nicht mehr zu wissen, wer den Text des Testaments entworfen habe. Sie allerdings (und nicht der Erblasser) sei es gewesen, die der Notarin vorher gesagt habe, worum es gehe, auch, dass sie und der Beklagte zu 2 Erben werden sollen (...). Die Beklagte zu 1 hat in ihrer Anhörung vor dem Senat, auf die Frage des notariellen Testaments angesprochen, freimütig erklärt, gedacht zu haben, „das gibt mehr Zuverlässigkeit in Sachen Testierfähigkeit“ (...). Der Senat wertet dies dahin, dass der Beklagten, damals Rechtsanwältin und (bis heute) Berufsbetreuerin, die Problematik der Testierfähigkeit im konkreten Fall bewusst war und sie erwartete, dass die gewählte Form des Testaments naheliegende Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers verstummen zu lassen am ehesten geeignet sei. Außerdem verschaffte ihr die notarielle Form des Testaments die Möglichkeit, nach dem Tod des Erblassers ohne Weiteres auf dessen Vermögen zuzugreifen (siehe unten).

66 Die Beklagte zu 1 kannte die persönlichen und finanziellen Verhältnisse des Erblassers und wusste spätestens seit diesem Tag der Testamentserrichtung, dass sie neben dem Beklagten zu 2 Erbin war und dass der Erblasser auch gar nicht mehr in der Lage war, dieses Testament durch ein eigenes handschriftliches Testament zu ersetzen; in ihrer persönlichen Anhörung vor dem Senat hat sie angegeben, nicht zu glauben, dass der Erblasser „wegen seiner körperlichen Einschränkungen ein Testament noch hätte errichten können“ (...). Die Erbfolge stand damit praktisch fest, solange die Beklagte zu 1 als Betreuerin eingesetzt war. Dabei war, wie die Beklagte zu 1 letztlich auch eingeräumt hat, eine – nach § 1897 Abs. 6 und § 1908b Abs. 1 Satz 3 BGB nachrangige – Berufsbetreuung jedenfalls in den letzten Jahren vor dem Tod des Erblassers gar nicht mehr erforderlich (...).

67 Die Beklagte zu 1 war mit Beschluss des AG Hannover vom 7.1.2005 in 670 XVII V 476 zur Betreuerin bestellt worden. Sie übte das Amt berufsmäßig aus. Mit Schreiben vom 22.11.2005 wandte sie sich an das AG Hannover und erklärte, die Verlängerung der Betreuung sei

„sicher erforderlich. Obwohl sich der Gesundheitszustand von Herrn V herausragend gebessert hat, ist er nicht mehr in der Lage, seine Angelegenheiten selbst zu regeln. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass eine Besserung insoweit eintreten wird, dass eine Betreuung zu irgendeinem Zeitpunkt nicht mehr notwendig wäre. Der Aufgabenkreis ist in seinem bisherigen Umfang erforderlich aber auch ausreichend.“

In ihre jährlichen (wiederholt verzögert abgegebenen) Berichte an das Betreuungsgericht schrieb die Beklagte zu 1, dass eine Berufsbetreuung weiterhin erforderlich sei (...).

68 Zu Ihrer Anwesenheit bei Errichtung des notariellen Testaments erklärte die persönlich angehörte Beklagte zu 1 zum

einen, dass dies Teil ihrer Arbeit als Betreuerin gewesen sei. Auf den Vorhalt hin, dass sie ausweislich ihrer sehr detaillierten Tätigkeitsaufstellung („Beiheft Vergütung“) am 4.5.2005 nicht im Wohnheim gewesen sei, erklärte sie, dass sie es als unverschämt gefunden hätte, dafür auch noch Geld zu nehmen. Das erscheint dem Senat nicht konsequent und belegt, dass die Beklagte zu 1 schon früh ihre Beziehung zum Erblasser nicht nur als Betreuerin ausgestaltete. Gegenüber dem Betreuungsgericht vermied die Beklagte zu 1 dabei jeden Hinweis auf das sie begünstigende Testament, obgleich eine Kenntnis des Betreuungsgerichts diesem die Prüfung eines nunmehr in Betracht zu ziehenden Interessenkonflikts zwischen dem Erblasser einerseits (Verwendung seines Vermögens zu seinem Wohl – § 1901 Abs. 2 BGB – in Gestalt bestmöglicher Versorgung) und den Beklagten andererseits (Vermögenserhalt für die Zeit nach dem Tod des Erblassers) und der daher möglicherweise fehlenden Eignung der Beklagten zu 1 i. S. v. § 1897 Abs. 1, § 1908b Abs. 1 Satz 1 BGB ermöglicht hätte.

69 Weiter ist hervorzuheben, dass, ohne dass dafür ein Grund ersichtlich oder vorgetragen wäre, das Testament bereits am 4.5.2005 errichtet wurde. Zu dieser Zeit befand sich der Erblasser erst einige Wochen in dem Wohnstift. Nach Angaben von Dr. K, der den Erblasser erstmals am 15.4.2005 gesehen hatte, habe der Erblasser die ersten 10 bzw. 14 Tage nach Hause gewollt. Es sei dann die Sedierung der Medizin erhöht worden. Nach der Zeugenaussage des Dr. Kü, der den Erblasser am 7.5.2005, einige Tage nach Errichtung des Testaments, erstmalig gesehen hatte, hatte der Erblasser anfangs noch Defizite nach dem Schlaganfall. Am Anfang habe der Erblasser „sehr heftig nach Hause“ gewollt. Als er ihn am 7.5. kennengelernt habe, habe er noch nach Hause gewollt. Der anfangs schlechte Zustand des Erblassers wird auch belegt durch die mehrmals erforderlich gewordene Verlegung ins V. zwischen April und Juni 2005 aufgrund „zunehmender Allgemeinzustandsverschlechterung“.

70 Die Beklagte zu 1 hat nicht vorgetragen, sie habe vor der von ihr veranlassten Hinzuziehung der Notarin ärztlichen Rat eingeholt, ob der Erblasser testierfähig sei und ob es im Hinblick auf den schweren Schlaganfall, die grundlegende Veränderung seiner persönlichen Situation – aus der eigenen Wohnung über mehrere Krankenhäuser in die gerontopsychiatrische Station des Wohnheims – und seine anfängliche Unruhe nicht besser sei, mit der Errichtung eines Testaments noch abzuwarten. Die Einholung eines ärztlichen Rates wäre in Anbetracht der Gesamtsituation, insbesondere der häufigen Anwesenheit von Ärzten auf der gerontopsychiatrischen Pflegung des Wohnheims, auch ohne Weiteres möglich und im Hinblick auf die Erkrankung und Sedierung des Erblassers geboten gewesen, und zwar auch nach der eigenen Einlassung der Beklagten zu 1. Sie selbst hat in ihrer Anhörung vor dem Senat eingeräumt, dass sie erstmals am 24.5.2005 mit dem Psychiater Dr. Kü gesprochen habe. Mit Dr. K habe sie schon vorher gesprochen gehabt (...), also im nahen zeitlichen Zusammenhang mit der Testamentserrichtung, aber ohnehin nicht über die Frage der Testierfähigkeit des Erblassers.

71 Außerdem stellte sie den Kontakt des Erblassers zu dem Beklagten zu 2 her, und zwar zu einem sehr frühen Zeitpunkt,

als der Erblasser sich noch in der Reha-Klinik L aufhielt. Selbst wenn man ein Bedürfnis dafür, dass eine dritte Person Besorgungen für den Erblasser erledigt, annehmen will, kann dies schwerlich für die Zeit des Klinikaufenthaltes gegolten haben.

72 Dem Beklagten zu 2 gegenüber erbrachte sie Leistungen aus dem Vermögen des Erblassers u. a. für gemeinsame Spaziergänge mit dem Erblasser. Dabei sind die Rechnungen des Beklagten zu 2 nichtssagend; sie enthalten weder Angaben zum genauen Inhalt noch dem Umfang der Tätigkeit noch zum „Stundensatz“. Zur Erhellung konnte (oder wollte) auch der vom Senat ebenfalls persönlich angehörte Beklagte zu 2 nichts beitragen. Die Beklagte zu 1 konnte ebenfalls zu den Rechnungen keine näheren Angaben machen, auch nicht, nach welchen Kriterien sie eine Überprüfung vorgenommen haben will. Auf die Rechnungen des Beklagten zu 2 angesprochen erklärte sie weiter, dass der „krumme“ (Netto-) Betrag sich daraus ergebe, dass der Beklagte zu 2 einen geraden Endbetrag haben wollte, nämlich 350 €. Dies erklärt freilich nicht die späteren Rechnungen, in denen sowohl der Netto- als auch der Bruttobetrag „krumm“ sind. Dazu konnte sich die Beklagte zu 1 nicht erklären (...), dies ungeachtet ihres Aufgabenkreises als Betreuerin, die auch die Vermögenssorge umfasste. Für den Senat ist bei der Anhörung klar hervorgetreten, dass beide Beklagte den Rechnungen keine Aufmerksamkeit gewidmet hatten; den dort ausgewiesenen Beträgen kam gegenüber den mehreren hunderttausend Euro aus dem erwarteten Nachlass auch keine erhebliche Bedeutung zu.

73 Gegenüber dem Betreuungsgericht verheimlichte die Beklagte zu 1 letztlich die Existenz des Beklagten zu 2. Ausweislich des „Beiheftes Vergütung“ zu den Betreuungsakten rechnete sie sehr detailliert und minutengenau ab. Gespräche mit dem Beklagten zu 2, die schwerlich vermeidbar waren und die die Beklagte zu 1 auch nicht in Abrede genommen hat, tauchen in der Aufstellung, die für den Zeitraum 5.1. bis 27.6.2005 aus 10 Seiten eng beschriebenen Tabellen besteht, nicht auf, obgleich sonst sogar kurze Gespräche von wenigen Minuten in der Abrechnung ihren Niederschlag gefunden haben.

74 Nach dem Versterben des Erblassers versuchten die Beklagten, den gesamten Nachlass unter sich aufzuteilen. Nach der eigenen Einlassung der Beklagten zu 1 gegenüber dem Senat (...) gingen sie und der Beklagte zu 2 zur Commerzbank und teilten das Guthaben des Erblassers unter sich auf und ließen es auf ihre Konten überweisen, wobei hier dahinstehen kann, ob die Leistung mit befreiender Wirkung erfolgte. Auch die Wertpapiere wurden aufgeteilt. Ein Erbschein wurde anfangs nicht beantragt, sondern erst, als, was nach den Erfahrungen des Senats nicht zu erwarten war, die Sparkasse die Auszahlung ungeachtet des notariellen Testaments verweigerte. Das Betreuungsgericht wurde weder während der Dauer der Betreuung noch in den Monaten nach dem Tod des Erblassers über die Erbenstellung und dann über die jedenfalls teilweise bereits stattgefundene Verteilung des Nachlasses informiert. Die Aufforderungen des Betreuungsgerichts zur Vorlage einer Schlussrechnung ignorierte die Beklagte zu 1. Unter dem 21.8.2012 wurde gegen sie deswegen ein Zwangsgeld i. H. v. 300 € festgesetzt, ein weiteres Zwangsgeld i. H. v. 500 € am 18.1.2013. Dabei hatte die Beklagte zu 1 schon mit Schreiben vom 20.5.2012 an das Nachlassgericht Tes-

tamentseröffnung beantragt und mit notarieller Urkunde vom 18.10.2012 einen Erbscheinsantrag gestellt. Der Hinweis an das Betreuungsgericht zur Erbenstellung erfolgte erst unter dem 19.2.2013, ein knappes Jahr nach dem Tod des Erblassers.

75 Ihre behauptete gute Beziehung zum Erblasser rechtfertigt die Erbeinsetzung nicht. Jedenfalls im Mai 2005 war der Erblasser von seiner schweren Erkrankung noch nicht völlig genesen. Er war auch nach dem Vortrag der Beklagten zu 1 eine im Umgang eher schwierige, „rigide Persönlichkeit“, ohne Angehörige und ohne Freunde. Der Kontakt zur Beklagten zu 1 entstand in einer für den Erblasser besonders schwierigen Situation einer schweren Erkrankung. Als die Beklagte zu 1 ihn erstmals in der M aufsuchte, immerhin fast drei Monate vor seiner Entlassung aus dem Krankenhaus L, war er noch an den Armen fixiert. Nicht als Beleg für eine von Anfang an sehr gute Beziehung, sondern als Ausdruck der schwierigen, letztlich von Einsamkeit und Hilflosigkeit geprägten Situation des Erblassers wertete der Senat die von der Beklagten zu 1 in ihrer Anhörung wiedergegebene Äußerung des Erblassers beim ersten Kontakt, dass er ihr gesagt habe, dass er ihr ganz tief vertraue (...). Was die ihrer Binnenperspektive verhaftete, nach dem Eindruck des Senats sich erstaunlich unkritisch gebende Beklagte zu 1 als vom ersten Tag an gute Beziehung wertete, war die von der Beklagten zu 1 zu ihrem Vorteil und zum Vorteil des Beklagten zu 2 ausgenutzte Situation des körperlich eingeschränkten, weitgehend hilflosen und vereinsamten Erblassers, der auf die Beklagte zu 1 angewiesen war. Es musste sich jedem in Anbetracht der Situation des Erblassers kurze Zeit nach dem schweren Schlaganfall geradezu aufdrängen, dass die Äußerung zu einem „tiefen Vertrauen“ zu einer bis dahin völlig unbekanntenen Person einer nur halbwegs kritischen Hinterfragung nicht standhalten konnte. Dabei ist auch die richterliche Anhörung, die dem Beschluss zur Verlängerung der Betreuung im Herbst 2005 zugrunde liegt, heranzuziehen. Danach wusste der Erblasser weder etwas von einer Betreuung noch kannte er „eine Frau W“.

76 bbb) In gleicher Weise ist das angeblich freundschaftliche Verhältnis des Beklagten zu 2 zum Erblasser zu würdigen. Das vom Beklagten zu 2 betonte freundschaftliche Verhältnis zum Erblasser passt schwerlich zur Bezahlung. In seiner Anhörung hat er zu der Frage, wie lange das von ihm in seiner Anhörung vor dem LG geschilderte freundschaftliche Verhältnis zum Erblasser bestanden habe, gesagt, dass das damals alles sehr schnell gegangen sei. Nähere Angaben wollte der Beklagte zu 2 ersichtlich nicht machen, wie überhaupt der Beklagte zu 2 sehr wortkarg war und jede Äußerung vermied, die über eine möglichst kurze Beantwortung der konkret gestellten Frage hinausging. Nähere Angaben wären aber erforderlich gewesen, da sich nicht nachvollziehen lässt, wie in der relativ kurzen Zeit bis zum 4.5.2005 das vom Beklagten zu 2 betonte freundschaftliche Verhältnis entstanden sein soll. Da es um die Sittenwidrigkeit zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments geht, kommt es ohnehin nicht darauf an, wie sich später das Verhältnis zum Beklagten zu 2 entwickelte.

77 Weiter wollte der Beklagte zu 2 auf den Vorhalt des Beschlusses des OLG Celle vom 13.2.2013 in (...) Ws (...)/13 (juris) – (...) Js (...)/12 Staatsanwaltschaft Hannover – nur an-

geben, dass die dort genannten Beträge, die er aus seinen Dienstleistungen und in Folge letztwilliger Verfügungen erhalten haben solle (ca. 788.000 €, davon ca. 630.000 € in Folge letztwilliger Verfügungen), nicht zutreffen, ohne auch nur ungefähr den Betrag nennen zu wollen, den er tatsächlich erhalten hat.

78 Auf Vorhalt des Senats hat der Beklagte zu 2 eingeräumt, in den vom Senat angeführten Fällen von ihm nicht näher bekannten Personen als Erbe eingesetzt worden zu sein, nämlich in der Nachlasssache M S, verstorben am 13.8.2006 (...), der Nachlasssache A S, verstorben am 16.10.2011 (...), sowie der Nachlasssache H-A R.

79 cc) Dass voraussichtlich als Folge der Nichtigkeit des notariellen Testaments vom 4.5.2005 das Land Niedersachsen erben wird (§ 1936 Satz 1 BGB), verändert den Maßstab bei der Anwendung von § 138 BGB nicht zugunsten der Beklagten. Das Erbrecht des Staates trägt den Charakter eines wirklichen privaten Erbrechts (vgl. BGH, Urteil vom 14.10.2015, IV ZR 438/14, juris Rdnr. 9 m. w. N.). Das Land Niedersachsen ist zwar lediglich nachrangiger Erbe, gegenüber einem Angehörigen des Erblassers aber ungeachtet § 1964 Abs. 2 BGB, wonach die Feststellung, dass ein anderer Erbe als der Fiskus nicht vorhanden ist, lediglich die (widerlegliche) Vermutung begründet, dass der Fiskus gesetzlicher Erbe sei, kein Erbe minderer Qualität und auch nicht weniger schutzwürdig, so dass sich für die Beklagten nichts daraus ergibt, dass der Erblasser verstorben ist, ohne Angehörige zu hinterlassen. Die Sittenwidrigkeit ergibt sich vorliegend auch nicht aus einer Zurücksetzung von Angehörigen durch den Erblasser, sondern im Wesentlichen aus der im Zusammenwirken mit dem Beklagten zu 2 vorgenommenen Ausnutzung der Stellung der Beklagten zu 1 als Berufsbetreuerin gegenüber dem auf fremde Hilfe angewiesenen Erblasser und der von ihr veranlassenen Testamentserrichtung am 4.5.2005.

80 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Der Ausspruch über die vorläufige Vollstreckbarkeit richtet sich nach § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

81 Für die Streitwertfestsetzung wird auf den Schriftsatz der Beklagten vom 10.7.2015 (...) verwiesen.

82 Die Revision wird nicht zugelassen, weil die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 Satz 1 ZPO nicht vorliegen.

ÖFFENTLICHES RECHT

19. Keine Beurkundungsbedürftigkeit eines als Bedingung für Grundstückskauf geschlossenen Durchführungsvertrages

BGH, Urteil vom 29.1.2021, V ZR 139/19 (Vorinstanz: OLG Köln, Urteil vom 16.5.2019, 19 U 207/18)

BauGB § 12 Abs. 1

BGB § 125 Satz 1, §§ 196, 311b Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

- 1. Dass ein beurkundungsbedürftiges Grundstücksgeschäft unter der Bedingung des Zustandekommens oder des Fortbestands eines anderen Rechtsgeschäfts vorgenommen wird, rechtfertigt für sich genommen nicht die Annahme, dass die Rechtsgeschäfte nach dem Willen der Parteien eine Einheit bilden und daher beide beurkundungsbedürftig sind. Eine Geschäftseinheit liegt nur vor, wenn Teile des anderen Rechtsgeschäfts Inhalt des Grundstücksgeschäfts sein sollen.**
- 2. Ein notarieller Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, ein Grundstück an eine Gemeinde zu übertragen, ist daher nicht deshalb formunwirksam, weil er unter der (beurkundeten) aufschiebenden Bedingung der Wirksamkeit eines nicht beurkundeten Durchführungsvertrages im Sinne von § 12 Abs. 1 BauGB steht.**
- 3. Die Verjährungsvorschrift des § 196 BGB findet auf Besitzübertragungsansprüche entsprechende Anwendung, wenn der Gläubiger die Besitzeinräumung neben der Verschaffung des Eigentums beanspruchen kann, wie dies etwa bei einem Grundstückskaufvertrag der Fall ist.**

SACHVERHALT:

1 Mit notariellem Vertrag vom 11.9.2007 (nachfolgend: Grundstücksvertrag) verpflichtete sich die Beklagte zu 1, der klagenden Gemeinde zwei noch zu vermessende Teilflächen eines näher bezeichneten Grundstücks zu übertragen. Der Vertrag wurde „aufschiebend bedingt“ geschlossen und sollte erst mit „Rechtskraft“ des als Anlage 2 zur Urkunde genommenen vorhabenbezogenen Bebauungsplanes sowie mit „Rechtskraft“ des als Anlage 3 zur Urkunde genommenen Durchführungsvertrages zu diesem Bebauungsplan wirksam werden. Der Durchführungsvertrag wurde – ohne notarielle Beurkundung – am 11.12.2007 geschlossen. Er regelt insbesondere die Verpflichtung der Beklagten zu 1 zur Erschließung, Planung, Vermessung und zur Herstellung der Infrastruktur in dem Plangebiet. Ebenfalls am 11.12.2007 beschloss der Rat der Klägerin den vorhabenbezogenen Bebauungsplan. Dessen Bekanntmachung erfolgte am 9.5.2008 im Gemeindeblatt. Später übertrug die Beklagte zu 1 einen Teil der Grundstücksflächen, die Gegenstand des Grundstücksvertrages sind, auf die Beklagte zu 2. Diese wurde 2012 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen.

2 Mit der Klage verlangt die Klägerin – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – von der Beklagten zu 1 Herausgabe und Übereignung von näher bezeichneten Grundstücken, die nach der Neuvermessung einer in dem Grundstücksvertrag aufgeführten Teilfläche entstanden sind (Klageantrag zu 1). Zudem verlangt sie mit

dem Klageantrag zu 2 von beiden Beklagten Herausgabe und Über-eignung einer Teilfläche des Grundstücks, das die Beklagte zu 1 auf die Beklagte zu 2 übertragen hat. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche auf Herausgabe und Übereignung der Grundstücke weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in MittBayNot 2019, 615 veröffentlicht ist, meint, der Klägerin stünden keine Ansprüche aus dem Grundstücksvertrag gegen die Beklagte zu 1 und in der Folge auch keine Ansprüche gegen die Beklagte zu 2 zu. Verjährt seien die Ansprüche allerdings nicht. Die zehnjährige Verjährungsfrist habe erst mit der Bekanntmachung der Satzung am 9.5.2008 begonnen. Die in dem Vertrag für die Übereignungspflicht vorausgesetzte aufschiebende Bedingung der „Rechtskraft“ des vorhabenbezogenen Bebauungsplans sei erst zu diesem Zeitpunkt eingetreten. Nach allgemeinem Sprachgebrauch werde eine Entscheidung oder Regelung als rechtskräftig bezeichnet, wenn sie gültig, endgültig, verbindlich und unanfechtbar sei. Gemäß § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB werde der Bebauungsplan erst durch seine Bekanntmachung rechtsverbindlich. Die am 7.5.2018 bei Gericht eingegangene und auch demnächst zugestellte Klage habe deshalb zu einer Verjährungshemmung geführt.

4 Ansprüche aus dem Grundstücksvertrag scheiterten aber daran, dass die zweite aufschiebende Bedingung – die „Rechtskraft“ des Durchführungsvertrages – nicht eingetreten sei. Dieser sei nämlich gemäß § 125 Satz 1 BGB wegen eines Formmangels nichtig. Zwischen Grundstücks- und Durchführungsvertrag bestehe eine rechtliche Einheit, die zur Beurkundungsbedürftigkeit auch des Durchführungsvertrages führe, weil der Übertragungsvertrag im Wege der aufschiebenden Bedingung von dessen Wirksamkeit abhängen solle. Eine gewollte Abhängigkeit könne kaum deutlicher zum Ausdruck gebracht werden als durch eine solche Bedingung. Eine Verknüpfung und Abhängigkeit des Grundstücksvertrags von dem Durchführungsvertrag im Sinne einer rechtlichen Einheit beider Verträge liege daher schon nach dem Wortlaut des Vertragstextes eindeutig vor.

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

6 1. Richtig ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Die in dem Grundstücksübertragungsvertrag enthaltene Verpflichtung der Beklagten zu 1, die im Klageantrag zu 1 genannten Grundstücke an die Klägerin herauszugeben und an diese zu übereignen, wäre nicht wirksam, wenn zwischen dem Grundstücksvertrag und dem Durchführungsvertrag eine rechtliche Einheit bestünde. Dann wäre auch der Durchführungsvertrag nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftig und mangels Beurkundung gemäß § 125 Satz 1 BGB formnichtig. In der Folge fehlte es an der in dem Grundstücksvertrag vereinbarten aufschiebenden Bedingung der „Rechtskraft“ des Durchführungsvertrages. Da nur gerichtliche Entscheidungen, nicht aber Verträge in Rechtskraft erwach-

sen können, kann mit Rechtskraft bei der gebotenen interessengerechten Auslegung nur die Wirksamkeit des Durchführungsvertrages gemeint sein. Im Übrigen wäre bei einer rechtlichen Einheit beider Verträge nicht nur die Bedingung nicht eingetreten, sondern der Grundstücksvertrag selbst, aus dem die Klägerin ihre Ansprüche herleitet, wäre gemäß § 125 Satz 1, § 139 BGB nichtig und der Klageantrag zu 1 auch deshalb abzuweisen.

7 2. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen aber seine Annahme nicht, der – nicht beurkundete und als solcher nicht beurkundungsbedürftige (vgl. § 11 Abs. 3 BauGB) – Durchführungsvertrag und der Grundstücksvertrag bildeten eine rechtliche Einheit, sodass nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB auch der Durchführungsvertrag hätte beurkundet werden müssen.

8 a) Nach § 311 b Abs. 1 Satz 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Dem Formzwang unterliegt der „Vertrag“, d. h. alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt (st. Rspr., vgl. etwa Senat, Urteil vom 13.11.1953, V ZR 173/52, LM Nr. 3 zu § 313 BGB; Urteil vom 20.12.1974, V ZR 132/73, BGHZ 63, 359, 361; Urteil vom 23.9.1977, V ZR 90/75, BGHZ 69, 266, 268; Urteil vom 6.4.1979, V ZR 72/74, BGHZ 74, 346, 348; Urteil vom 20.6.1980, V ZR 84/79, NJW 1981, 222; Urteil vom 14.9.2018, V ZR 213/17, ZfIR 2018, 395 Rdnr. 5; siehe auch schon RGZ 103, 295, 297; 145, 246, 247). Es muss alles beurkundet werden, was nach dem Willen der Parteien Inhalt des schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäfts werden soll. Somit bedürfen bei (einheitlichen) Rechtsgeschäften, die sich aus beurkundungsbedürftigen und für sich genommen nicht beurkundungsbedürftigen Teilen zusammensetzen, auch letztere der Beurkundung.

9 b) Ob ein einheitliches und damit insgesamt nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftiges Rechtsgeschäft vorliegt, richtet sich nach dem Willen der Vertragsparteien, namentlich nach der von ihnen gewollten Verknüpfung des Grundstücksgeschäfts mit dem für sich genommen nicht beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäft, und unterliegt tatrichterlicher Würdigung unter Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls (vgl. Senat, Urteil vom 10.10.1986, V ZR 247/85, NJW 1987, 1069; Urteil vom 26.10.1990, V ZR 22/89, BGHZ 112, 376, 378; BGH, Urteil vom 13.2.2003, IX ZR 76/99, NJW-RR 2003, 1565; Urteil vom 12.2.2009, VII ZR 230/07, WM 2009, 1338 Rdnr. 15).

10 c) Werden – wie hier – zwei Verträge äußerlich getrennt voneinander abgeschlossen, begründet dies eine tatsächliche Vermutung dafür, dass sie nach dem Parteiwillen auch unabhängig voneinander gewollt sind und dies durch die Trennung zum Ausdruck gebracht werden sollte (vgl. RGZ 103, 295, 297; Senat, Urteil vom 10.10.1986, V ZR 247/85, NJW 1987, 1069; Senat, Urteil vom 7.2.1986, V ZR 176/84, NJW 1986, 1983, 1984, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 97, 147; BGH, Urteil vom 7.12.1989, VII ZR 343/88, NJW-RR 1990, 340, 341). Diese Vermutung kann zwar entkräftet werden. Hierzu bedarf es aber genügender Anhaltspunkte für die Annahme, dass die Verträge ungeachtet der äußerlichen Tren-

nung nach dem Willen der Parteien eine rechtliche Einheit bilden sollten (vgl. Senat, Urteil vom 9.7.1993, V ZR 144/91, NJW-RR 1993, 1421, 1422; vgl. auch BGH, Urteil vom 13.2.2003, IX ZR 76/99, NJW-RR 2003, 1565, 1566).

11 d) Dass ein beurkundungsbedürftiges Grundstücksgeschäft unter der Bedingung des Zustandekommens oder des Fortbestands eines anderen Rechtsgeschäfts vorgenommen wird, rechtfertigt für sich genommen nicht die Annahme, dass die Rechtsgeschäfte nach dem Willen der Parteien eine Einheit bilden und daher beide beurkundungsbedürftig sind. Eine Geschäftseinheit liegt nur vor, wenn Teile des anderen Rechtsgeschäfts Inhalt des Grundstücksgeschäfts sein sollen.

12 aa) Der BGH hat allerdings wiederholt formuliert, dass an sich selbstständige Vereinbarungen jedenfalls dann ein einheitliches Rechtsgeschäft darstellen, wenn sie nach den Vorstellungen der Beteiligten in einem solchen rechtlichen Zusammenhang stehen, dass sie nicht jeweils für sich allein gelten, sondern miteinander „stehen und fallen“ sollen (vgl. etwa Senat, Urteil vom 31.5.1974, V ZR 111/72, DNotZ 1975, 87, 89; Urteil vom 27.10.1982, V ZR 136/81, NJW 1983, 565; Urteil vom 16.7.2004, V ZR 222/03, WM 2005, 991; BGH, Urteil vom 24.9.1987, VII ZR 306/86, BGHZ 101, 393, 396; Urteil vom 9.7.1992, IX ZR 209/91, NJW 1992, 3237, 3238; Urteil vom 22.7.2010, VII ZR 246/08, BGHZ 186, 345 Rdnr. 8). Eine wechselseitige Abhängigkeit ist hierfür nicht erforderlich; vielmehr reicht es aus, wenn das Grundstücksgeschäft aus Sicht der Vertragspartner untrennbar von dem anderen Geschäft abhängt (vgl. Senat, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 251/98, NJW 2000, 951 f.; BGH, Urteil vom 13.6.2002, VII ZR 321/00, NJW 2002, 2559, 2560).

13 bb) Daraus darf aber nicht geschlossen werden, wie es das Berufungsgericht getan hat, dass eine solche Abhängigkeit schon dann besteht, wenn die Vertragspartner das Grundstücksgeschäft unter die aufschiebende Bedingung der Wirksamkeit eines anderen Vertrages – hier des Durchführungsvertrages – stellen.

14 (1) Für die Frage, ob zwei Vereinbarungen nach dem Willen der Vertragsparteien eine rechtliche Einheit bilden, kommt es nicht auf die rechtstechnische Art der Verknüpfung an, also darauf, ob das Grundstücksgeschäft von dem Zustandekommen oder Fortbestand des anderen Geschäfts durch eine aufschiebende oder auflösende Bedingung abhängig gemacht wird, ob ein Rücktrittsrecht vereinbart oder ob das andere Geschäft als „Geschäftsgrundlage“ des Grundstücksgeschäfts aufgeführt wird (zutr. Staudinger/Schumacher, Neub. 2018, § 311b Rdnr. 176; MünchKomm-BGB/Ruhwinkel, 8. Aufl., § 311b Rdnr. 60; Erman/Grziwotz, BGB, 16. Aufl., § 311b Rdnr. 53; Soergel/Mayer, BGB, 13. Aufl., § 311b Rdnr. 132, 134; BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Stand: 1.12.2020, § 311b Rdnr. 187; jurisPK-BGB/Ludwig, 9. Aufl., § 311b Rdnr. 235 f.; Weber, RNotZ 2016, 377, 379; a. A. Korte, DNotZ 1984, 3, 7 ff.; ders., Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften, 1990, Kap. 3 Rdnr. 17 ff.). So wie einerseits die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts die Annahme der rechtlichen Einheit zweier Vereinbarungen nicht von vornherein ausschließt (vgl. etwa BGH, Urteil vom 22.7.2010, VII ZR 246/08, BGHZ 186, 345 Rdnr. 9; Urteil vom 12.2.2009, VII ZR 230/07, WM 2009, 1338 Rdnr. 17; Urteil vom 7.12.1989, VII ZR 343/88,

NJW-RR 1990, 340, 341; Urteil vom 24.9.1987, VII ZR 306/86, BGHZ 101, 393, 398), ist andererseits nicht stets von einer rechtlichen Einheit auszugehen, wenn der Abschluss oder Fortbestand der einen Vereinbarung zur Bedingung der anderen gemacht oder für den Fall des Nichtzustandekommens oder der Beendigung einer Vereinbarung das Recht zum Rücktritt von der anderen vorgesehen wird.

15 (2) Maßgeblich ist vielmehr, ob Teile des für sich genommenen nicht beurkundungsbedürftigen Vertrages Inhalt des Grundstücksgeschäfts werden sollen. Beurkundungsbedürftig ist nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB nämlich der gesamte Inhalt der getroffenen Vereinbarungen des Grundstücksgeschäfts. Nicht beurkundungsbedürftig sind dagegen Erklärungen, die keinen Regelungscharakter haben, wie etwa vor Vertragsschluss mitgeteilte Informationen oder die Motive der Parteien für den Vertragsschluss (vgl. MünchKomm-BGB/Ruhwinkel, § 311b Rdnr. 54; Soergel/J. Mayer, BGB, § 311b Rdnr. 94; Staudinger/Schumacher, § 311b Rdnr. 155; BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Stand: 1.6.2020, § 311b Rdnr. 151). Dies folgt daraus, dass sich der Vertrag nur aus den Willenserklärungen der Vertragsparteien zusammensetzt, die Regelungscharakter haben. Nur hierauf beziehen sich die Schutzzwecke des Formgebots und die Belehrungspflichten des Notars (vgl. Senat, Urteil vom 30.6.2006, V ZR 148/05, NJW-RR 2006, 1292 Rdnr. 12 f.). Entscheidend ist folglich, welche Vorstellungen die Parteien mit der von ihnen gewählten Verknüpfung verbinden. Soll das Zustandekommen des Grundstücksgeschäfts davon abhängig sein, dass ein anderes, für sich genommen nicht beurkundungsbedürftiges Geschäft lediglich zustande kommt bzw. fortbesteht, so ist es im Hinblick auf den Schutzzweck des Beurkundungserfordernisses ausreichend, dass diese Verknüpfung, hier also die Bedingung, beurkundet wird (vgl. Senat, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 251/98, NJW 2000, 951, 952; Urteil vom 7.4.2000, V ZR 83/99, WM 2000, 1404, 1405; BGH, Urteil vom 16.3.1988, VIII ZR 12/87, BGHZ 104, 18, 22 f.; Urteil vom 13.2.2003, IX ZR 76/99, NJW-RR 2003, 1565, 1567). Denn der Inhalt der von den Parteien getroffenen Regelung besteht nur in dieser Verknüpfung. Haben sie hingegen den Willen, die Verträge inhaltlich miteinander zu verknüpfen, sollen also Regelungen des Grundstücksgeschäfts nur gemeinsam mit Regelungen des anderen Vertrages gelten, so liegt ein einheitliches Rechtsgeschäft vor, das insgesamt beurkundungsbedürftig ist (zutr. Staudinger/Schumacher, § 311b Rdnr. 176; vgl. auch Keim, RNotZ 2005, 102, 104; ähnlich Weber, RNotZ 2016, 377, 380 ff.).

16 e) Ein notarieller Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, ein Grundstück an eine Gemeinde zu übereignen, ist daher nicht deshalb formunwirksam, weil er unter der (beurkundeten) aufschiebenden Bedingung der Wirksamkeit eines nicht beurkundeten Durchführungsvertrages im Sinne von § 12 Abs. 1 BauGB steht.

17 f) Da hier die aufschiebende Bedingung, unter der der Grundstücksvertrag stand, beurkundet worden ist, hängt die – unter dem Gesichtspunkt eines einheitlichen Rechtsgeschäfts zu prüfende – Formbedürftigkeit des Durchführungsvertrages davon ab, ob die hierfür erforderliche inhaltliche Verknüpfung zwischen beiden Verträgen vorliegt, ob also die Übertragung der Grundstücksflächen nach dem Willen der

Vertragspartner – über die mittels der Bedingung verbundene Verknüpfung hinaus – von dem Inhalt der Regelungen des Durchführungsvertrages abhängig war. Dies hat das Berufungsgericht – von seinem Ausgangspunkt folgerichtig – nicht geprüft.

18 3. Die Abweisung des (allein) gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Klageantrags zu 1 stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

19 a) Der Durchführungsvertrag ist auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht bereits für sich genommen formnichtig mit der Folge, dass die in dem Grundstücksvertrag für die Ansprüche auf Übereignung und Übergabe vorausgesetzte Wirksamkeit („Rechtskraft“) des Durchführungsvertrages fehlen würde.

20 aa) Ein Durchführungsvertrag im Sinne des § 12 Abs. 1 BauGB unterliegt als öffentlichrechtlicher Vertrag und Unterfall des städtebaulichen Vertrages zwischen der Gemeinde und dem Vorhabenträger grundsätzlich nur dem Erfordernis der Schriftform (§ 11 Abs. 3 BauGB und § 57 VwVfG NRW; vgl. BVerwG, ZfBR 2012, 38 f.; BGH, Urteil vom 18.5.2006, III ZR 396/04, ZfIR 2006, 770 Rdnr. 8 zu § 7 BauGBMaßnG a. F.). Die Formvorschriften des BGB – mithin auch § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB – finden jedoch nach § 11 Abs. 3 BauGB, §§ 57, 62 Satz 2 VwVfG NRW entsprechende Anwendung (vgl. BVerwG, DNotZ 2010, 549, 550; BVerwGE 70, 247, 254 f.; BT-Drucks. 13/6392, S. 50).

21 bb) Hier wäre der Durchführungsvertrag formbedürftig, wenn er eine Verpflichtung der Beklagten zu 1 enthielte, Grundstücke auf die Klägerin zu übertragen. Aus § 1 Nr. 2 des Durchführungsvertrages ergibt sich eine solche Verpflichtung nicht. Ausweislich des (...) Durchführungsvertrages, der von dem Berufungsgericht im Zurückweisungsbeschluss in Bezug genommen worden ist, hat der Investor „alle öffentlichen Grundstücksflächen innerhalb des Plangebietes auf die Gemeinde übertragen“. Eine beurkundungspflichtige Verpflichtung ist mit dieser auf die Vergangenheit bezogenen Erklärung nicht verbunden.

22 An die entgegenstehende Feststellung des Vertragswortlauts durch das Berufungsgericht in dem Zurückweisungsbeschluss, wonach die Beklagte zu 1 nach § 1 Nr. 2 des Durchführungsvertrages die Grundstücksflächen auf die Klägerin „zu übertragen“ habe, ist der Senat nicht gebunden, auch wenn kein Berichtigungsantrag gemäß § 320 ZPO gestellt wurde. Zwar ist diese Vorschrift entgegen der von dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung nach der ständigen Rechtsprechung des BGH auf Endentscheidungen (entsprechend) anwendbar, die als möglicher Gegenstand einer Rechtsbeschwerde oder – wie hier – einer Nichtzulassungsbeschwerde einer Sachverhaltsdarstellung nebst rechtlicher Begründung bedürfen und in einem Beschlussverfahren ergehen (BGH, Beschluss vom 15.4.2010, IX ZB 175/09, WM 2010, 976 Rdnr. 7; Senat, Beschluss vom 20.3.2014, V ZR 130/13, juris m. w. N.). Aus dem Urteil des I. Zivilsenats des BGH vom 8.11.2007 (NJW-RR 2008, 1566 Rdnr. 15 f.) ergibt sich nichts anderes, da es hierin (nur) um die fehlende Tatbestandswirkung (§ 314 ZPO) eines im schriftlichen Verfahren ergangenen erstinstanzlichen Urteils

geht. Beweiskraft kommt den tatbestandlichen Feststellungen in einem Berufungsurteil oder einem Zurückweisungsbeschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO aber nicht zu, wenn und soweit sie Widersprüche, Lücken oder Unklarheiten aufweisen, die sich aus der Entscheidung selbst ergeben, wenn sie in Widerspruch zu einem konkret in Bezug genommenen schriftsätzlichen Vorbringen bzw. hier zu einer konkret in Bezug genommenen Anlage stehen (vgl. BGH, Urteil vom 12.5.2015, VI ZR 102/14, WM 2015, 1562 Rdnr. 48 m. w. N.).

23 b) Den von der Klägerin mit dem Klageantrag zu 1 geltend gemachten Ansprüchen steht auch nicht die von der Beklagten zu 1 erhobene Einrede der Verjährung (§ 214 BGB) entgegen. Hiervon geht das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend aus. Insoweit ist zwischen dem Anspruch auf Übereignung und dem Anspruch auf Besitzverschaffung zu unterscheiden.

24 aa) Soweit es um den Anspruch auf Übereignung der näher bezeichneten Grundstücke geht, richtet sich die Verjährung nach § 196 BGB und beträgt zehn Jahre beginnend mit der Entstehung des Übereignungsanspruchs. Entgegen der Auffassung der Revision ist der Verjährungsbeginn nicht schon mit dem Ratsbeschluss am 11.12.2007 eingetreten, sondern – frühestens – mit der Bekanntmachung des Bebauungsplans am 9.5.2008, durch die er gemäß § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB in Kraft getreten und damit „rechtskräftig“ geworden ist. Deshalb hat die am 7.5.2008 bei Gericht eingegangene und demnächst zugestellte (§ 167 ZPO) Klage die Verjährung gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB), wovon auch das Berufungsgericht ausgeht. Soweit die Revisionsrüge rügt, das Berufungsgericht habe nur unvollständig den Auslegungstoff für das von den Parteien Gewollte berücksichtigt, weil es sich nicht mit dem Schreiben der Klägerin vom 9.10.2007 befasst habe, in dem deren Bürgermeister ausführt, der Durchführungsvertrag werde „mit dem Inkrafttreten der Satzung“ wirksam, wofür „noch der formale Satzungsbeschluss durch den Gemeinderat (beabsichtigt in der nächsten Sitzung am 11.12.2007) erforderlich“ sei, bleibt das ohne Erfolg. Ohne dass es weiterer Feststellungen bedürfte, kann bei verständiger Würdigung des Schreibens ausgeschlossen werden, dass die Klägerin entgegen § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB den Bebauungsplan bereits vor der öffentlichen Bekanntmachung als verbindlich und damit als „rechtskräftig“ im Sinne des Grundstücksvertrages ansehen wollte. Vielmehr sollten erkennbar nur die nächsten Verfahrensschritte der Klägerin aufgezeigt werden.

25 bb) Auch der mit dem Klageantrag zu 1 geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe der Grundstücke ist nicht verjährt. Die Verjährungsvorschrift des § 196 BGB findet auf Besitzübertragungsansprüche entsprechende Anwendung, wenn der Gläubiger die Besitzerräumung neben der Verschaffung des Eigentums beanspruchen kann, wie dies etwa bei einem Grundstückskaufvertrag und auch hier der Fall ist.

26 (1) Nach dem Wortlaut des § 196 BGB gilt die hierin angeordnete Verjährungsfrist von zehn Jahren allerdings – soweit hier von Interesse – nur für „Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück“. Ob die Vorschrift auf Ansprüche auf Verschaffung des Besitzes an Grundstücken, die nicht isoliert, sondern – wie hier – neben einem Übereignungsanspruch geltend gemacht werden, (entsprechende) Anwen-

dung findet, wird unterschiedlich beurteilt (verneinend Palandt/*Ellenberger*, 80. Aufl., § 196 Rdnr. 6; Staudinger/*Peters/Jacoby*, Neub. 2019, § 196 Rdnr. 7; bejahend MünchKomm-BGB/*Grothe*, § 196 Rdnr. 6; Erman/*Schmidt-Räntsch*, BGB, § 196 Rdnr. 9; NK-BGB/*Budzikiewicz*, 4. Aufl., § 196 Rdnr. 21; Prütting/*Deppenkemper*, BGB, 15. Aufl., § 196 Rdnr. 5; BeckOK-BGB/*Henrich*, Stand: 1.11.2020, § 196 Rdnr. 9).

27 (2) Richtig ist die analoge Anwendung des § 196 BGB. Nach der Gegenauffassung würde der Anspruch auf Übergabe des Grundstücks in der Regelfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) verjähren, sodass die Situation entstehen könnte, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch gemäß § 196 BGB noch nicht verjährt ist, der begleitende Besitzverschaffungsanspruch hingegen schon. Die Nichtanwendung von § 196 BGB würde den Gläubiger deshalb dazu zwingen, erst die Verschaffung des Eigentums einzuklagen, um sich nach Vollstreckung dieses Anspruchs aus dem Eigentum den Besitz an der Sache zu verschaffen. Das entspricht nicht den Vorstellungen des Gesetzgebers, der zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen auch den Anspruch auf die Gegenleistung in die lange Verjährung des § 196 BGB einbezogen hat (vgl. Erman/*Schmidt-Räntsch*, BGB, § 196 Rdnr. 9). Sähe man dies anders, müsste erwogen werden, dem Schuldner die Erhebung der Verjährungseinrede hinsichtlich des Übergabeanpruchs als treuwidrig (§ 242 BGB) zu verwehren. Sachgerechter ist demgegenüber die entsprechende Anwendung von § 196 BGB (so auch NK-BGB/*Budzikiewicz*, § 196 Rdnr. 21; MünchKomm-BGB/*Grothe*, § 196 Rdnr. 6).

28 4. Erfolg hat die Revision auch insoweit, als das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung des gegen die Beklagten zu 1 und 2 gerichteten Klageantrags zu 2 zurückgewiesen hat.

29 a) Entgegen der Auffassung der Revision liegt der absolute Revisionsgrund des § 547 Nr. 6 ZPO allerdings nicht vor. Das Berufungsgericht verweist in der angegriffenen Entscheidung darauf, dass die Klage gegen die Beklagte zu 2 nicht begründet sein könne, weil es bereits an einem Anspruch gegen die Beklagte zu 1 fehle. Bezogen auf die Beklagte zu 1 sollten die Gründe für die Abweisung des Klageantrags zu 1 erkennbar entsprechend gelten. Damit ist der Zurückweisungsbeschluss auch insoweit mit Gründen versehen.

30 b) Soweit es die Beklagte zu 1 betrifft, wirkt sich der oben dargelegte Rechtsfehler des Berufungsgerichts bei der Prüfung des Klageantrags zu 1 auch auf den Klageantrag zu 2 aus. Ist der Grundstücksvertrag wirksam und sind die beiden in dem Vertrag vereinbarten aufschiebenden Bedingungen eingetreten, steht der Klägerin auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts auch ein Anspruch auf Übereignung bzw. Herausgabe der in dem Klageantrag zu 2 aufgeführten Grundstücksfläche zu. Einem solchen Anspruch steht nicht entgegen, dass das Grundstück, auf dem sich die Teilfläche befindet, zwischenzeitlich auf die Beklagte zu 2 übertragen wurde. Dass der Beklagten zu 1 die Erfüllung der in dem Grundstücksvertrag auferlegten Pflichten gemäß § 275 Abs. 1 und 2 BGB unmöglich ist, ist nicht dargetan.

31 c) Es ist zudem nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Klägerin (auch) gegen die Beklagte zu 2 den mit dem Kla-

geantrag zu 2 geltend gemachten Anspruch auf Übereignung und Herausgabe der näher bezeichneten Grundstücksfläche hat, obwohl diese nicht ihre Vertragspartnerin ist. Ein solcher Anspruch folgt allerdings nicht aus dem Anfechtungsgesetz, auf das die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Inanspruchnahme der Beklagten zu 2 in den Tatsacheninstanzen gestützt hat. Abgesehen davon, dass der Gläubiger gemäß § 11 AnfG nur Duldung der Zwangsvollstreckung, nicht jedoch Übereignung von vermeintlich anfechtbar erworbenen Gegenständen verlangen kann, fehlt es bereits, wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht, an einem Vollstreckungstitel im Sinne des § 2 AnfG; zudem kommen nur Zahlungstitel als geeignete Titel in Betracht (vgl. nur BGH, Urteil vom 25.10.1990, IX ZR 211/89, BGHZ 112, 356, 362). Nicht ausgeschlossen sind aber deliktische Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte zu 2.

32 III. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil weitere Feststellungen zu treffen sind. Sie ist daher zur Verhandlung und neuen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO).

33 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

34 1. Die Frage, ob eine inhaltliche Abhängigkeit des Grundstücksübertragungsvertrages von dem Durchführungsvertrag gegeben und deshalb die Annahme einer rechtlichen Einheit im Sinne des Formgebots gerechtfertigt ist, bedarf einer erneuten Würdigung des Berufungsgerichts. Zur Annahme einer rechtlichen Einheit genügt es nicht, dass ein enger zeitlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Geschäften besteht oder der Durchführungsvertrag Beweggrund für den Abschluss des Grundstücksüberlassungsvertrages gewesen sein mag. Vielmehr wird das Berufungsgericht unter Berücksichtigung evtl. ergänzenden Vortrags der Parteien zu prüfen haben, ob der Durchführungsvertrag Regelungen enthält, die zugleich das Grundstücksgeschäft näher ausgestalten und daher nach dem Willen der Vertragspartner auch zu dessen Inhalt zählen.

35 2. Auf die Einheit der beiden Verträge käme es nicht an, wenn der Durchführungsvertrag als solcher aus den von den Beklagten mit der Gegenrüge erhobenen Gesichtspunkten formnichtig wäre. Sie machen geltend, die Formbedürftigkeit folge aus § 14 Nr. 3 des Durchführungsvertrages, wonach die Gemeinde berechtigt ist, Baugrundstücke namens und im Auftrag des Investors zum Richtpreis an dritte Bauwillige zu veräußern, sofern die Beklagte zu 1 die innerhalb des Plangebiets gelegenen Baugrundstücke nicht innerhalb von fünf Kalenderjahren nach dem Tag der Abnahme der Erschließungsanlagen an dritte Bauwillige zur zeitnahen Bebauung veräußert hat. Diesem Einwand wird das Berufungsgericht in dem neuen Berufungsverfahren ggf. nachzugehen haben.

36 a) Hierbei sind die Grundsätze zu beachten, die der BGH für die Erteilung einer Vollmacht zur Grundstücksveräußerung aufgestellt hat. Zwar bedarf die Erteilung einer Vollmacht grundsätzlich nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht (§ 167 Abs. 2 BGB). Nach ständiger Rechtsprechung unterliegt die Voll-

macht zur Veräußerung eines Grundstücks aber dann dem Formzwang des § 311b Satz 1 BGB, wenn ihre Erteilung sich nur als das äußere Gewand darstellt, in das die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung eingekleidet worden ist. Formbedürftig ist eine Vollmacht zur Grundstücksveräußerung ferner, wenn sie unwiderruflich ist (vgl. zum Ganzen Senat, Urteil vom 18.9.1970, V ZR 183/67, WM 1970, 1294; Urteil vom 22.4.1966, V ZR 164/63, WM 1966, 761, 762; Urteil vom 21.5.1965, V ZR 156/64, WM 1965, 1006, 1007).

37 b) Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass es sich insoweit um eine beurkundungsbedürftige Verpflichtung der Beklagten zu 1 im Sinne des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB handelte, führte der Formverstoß aufgrund der in § 17 Nr. 5 enthaltenen salvatorischen Klausel nicht ohne Weiteres zur Gesamtnichtigkeit des Durchführungsvertrages. Die Erhaltungsklausel, mit welcher die dispositive Regelung des § 139 BGB abgedungen worden ist, schließt eine Gesamtnichtigkeit zwar nicht aus, führt aber zu einer Umkehrung der Vermutung des § 139 BGB. Die Nichtigkeit des gesamten Vertrages tritt nur dann ein, wenn die Aufrechterhaltung des Restgeschäftes trotz der salvatorischen Klausel im Einzelfall durch den durch Vertragsauslegung zu ermittelnden Parteiwillen nicht mehr getragen wird. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn nicht nur eine Nebenabrede, sondern eine wesentliche Vertragsbestimmung unwirksam ist und durch die Teilnichtigkeit der Gesamtcharakter des Vertrages verändert würde (vgl. BGH, Urteil vom 15.3.2010, II ZR 84/09, NJW 2010, 1660 Rdnr. 8 m. w. N.). Zu diesem in den Vorinstanzen nicht erörterten Punkt hat das Berufungsgericht bisher keine Feststellungen getroffen.

38 3. Hinsichtlich des Klageantrags zu 2 wird das Berufungsgericht ggf. dem Vortrag der Beklagten nachzugehen haben, dass ein Teilbereich der von diesem Antrag erfassten Fläche nicht Gegenstand des Grundstücksvertrages sei. Unabhängig davon gibt die Zurückverweisung der Klägerin Gelegenheit, die Fassung ihres Klageantrags zu 2 anzupassen. Die Veräußerung einzelner Grundstücke an die Beklagte zu 2 führt zwar grundsätzlich nicht zur Unmöglichkeit, die Grundstücke an die Klägerin zu übereignen. Zur Bewilligung der Eintragung der Klägerin in das Grundbuch, die die Klägerin ebenfalls verlangt, ist die Beklagte zu 1 als Nichteigentümerin aber nicht berechtigt (vgl. zur Antragstellung bei einem Eigentumswechsel auch Senat, Urteil vom 19.1.2018, V ZR 273/16, DNotZ 2018, 686 Rdnr. 10 ff.).

ANMERKUNG:

Von Professor Dr. **Johannes Hager**, LMU München, und Richter am LG Dr. **Alexander Müller-Teckhof**, LG Würzburg/OLG Bamberg¹

1. Argumentationslast zur Beurkundungsbedürftigkeit zusammenhängender Verträge

Der BGH beschäftigt sich mit einer der kompliziertesten und daher auch am umstrittensten Fragen, nämlich mit der

¹ Der Erinnerung an Herrn Dr. *Hans Wolfsteiner* gewidmet. Er hat als Vorsitzender des Bayerischen Notarvereins e. V. maßgeblichen Anteil an der Gründung der Sonderforschungsstelle für Notarrecht an der Juristischen Fakultät der LMU München.

Reichweite des Beurkundungserfordernisses nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beim Abschluss zweier Verträge, bei denen einer nicht direkt unter § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB fällt. Dass letztendlich der Parteiwille entscheidet, was Inhalt des schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäfts werden soll, leuchtet als Ausgangspunkt ein. Die Zweifel beginnen mit der „tatsächlichen Vermutung“; jedenfalls bei getrenntem Abschluss zweier Verträge seien diese unabhängig voneinander gewollt. Der Terminus ist trotz seiner häufigen Verwendung² unscharf. Er ist aber nicht mit dem Fall des § 292 ZPO gleichzusetzen.³ Die „tatsächliche Vermutung“ ist eine Tatfrage und durch Ermittlung des Parteiwillens festzustellen⁴ und kann sinnvollerweise nur im Sinne der Darlegungs- und Beweislast für die Umstände desjenigen verstanden werden, der die Abhängigkeit der Verträge geltend macht.⁵ Es geht um die Frage, warum die Parteien getrennte Verträge abgeschlossen hatten. Das könnte – vom BGH nicht thematisiert – damit zusammengehangen haben, dass der Durchführungsvertrag noch nicht abschlussreif war, die Gemeinde den Kauf der Grundstücke sich schon sichern wollte, oder es diene schlicht zur Ersparnis einer notariellen Beurkundung und der hierfür entstehenden Kosten.

2. Wirkung einer salvatorischen Klausel

Der BGH erachtet in Anlehnung an seine ständige Rechtsprechung⁶ die unwiderrufliche Vollmacht im Durchführungsvertrag für formbedürftig, nimmt aber an, dass dies angesichts der salvatorischen Klausel nicht notwendig zur Gesamtnichtigkeit des Durchführungsvertrages führe. Das setzt die Akzente in wenig überzeugender Weise. Dass die „Vermutung des § 139 BGB“ im Sinne einer Umkehr der Beweislast wirke,⁷ ist bei einer Auslegungsregel, wie sie der § 139 BGB darstellt, wenig plausibel. Es geht nicht um die Vermutung von Tatsachen, sondern erneut um eine Auslegungsregel. Auch der Hinweis, es komme auf die salvatorische Klausel an, trifft nicht den Kern des Problems. Die un-

- ² Vgl. z. B. BGH, Urteil vom 23.11.2017, III ZR 60/16, BGHZ 217, 51 = NJW 2018, 301, 304 Rdnr. 31 zur tatsächlichen Vermutung für die Schadensursächlichkeit in Fällen der Verletzung von Aufsichts- und Überwachungspflichten; Urteil vom 29.4.1987, VIII ZR 251/8x6, BGHZ 100, 373, 381 f. = NJW 1987, 2012, 2014 zur Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit einer Urkunde, Urteil vom 14.11.2017, VI ZR 534/15, ZUM 2018, 440, 442 Rdnr. 17 für die Wiederholungsgefahr.
- ³ BGH, Urteil vom 9.10.2009, V ZR 178/08, NJW 2010, 363, 364; MünchKomm-ZPO/Prütting, 8. Aufl. 2020, § 292 Rdnr. 29; zu Recht kritisch *Laumen*, MDR 2015, 1 ff.
- ⁴ BGH, Urteil vom 10.10.2006, XI ZR 265/05, NJW 2007, 1131, 1132 Rdnr. 24; Urteil vom 30.3.2011, VIII ZR 94/10, VIII ZR 99/10, NJW 2011, 2874, 2876 Rdnr. 24 jeweils im Rahmen des § 139 BGB.
- ⁵ So für das Parallelproblem bei § 139 BGB BGH, Urteil vom 11.10.1995, VIII ZR 25/94, NJW 1996, 773, 774; Urteil vom 30.1.1997, IX ZR 133/96, NJW-RR 1997, 684, 685.
- ⁶ BGH, Urteil vom 21.5.1965, V ZR 156/64, BeckRS 1965, 31175891; Urteil vom 18.9.1970, V ZR 183/67, BeckRS 1970, 31123535; Urteil vom 22.4.1966, V ZR 164/63, BeckRS 2016, 9558; Urteil vom 29.2.1996, IX ZR 153/95, NJW 1996, 1467, 1468; MünchKomm-BGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 167 Rdnr. 24.
- ⁷ BGH, Urteil vom 15.3.2010, II ZR 84/09, NJW 2010, 1660, 1661 Rdnr. 8.

widerrufliche Vertretungsmacht begünstigt – wäre sie wirksam – nur die klagende Gemeinde. Dann kann sich nach anerkannten Regeln die von der Nichtigkeit begünstigte Partei – also die Beklagte – nicht auf die Totalnichtigkeit berufen.⁸ Das wäre ein Verstoß gegen Treu und Glauben. Ob sie diesen Einwand des Rechtsmissbrauchs⁹ erhebt, ist zunächst Entscheidung der Partei, die durch die Nichtigkeit der Abrede betroffen ist – also der klagenden Gemeinde –, und keine Frage der salvatorischen Klausel. Diese spielt erst eine Rolle, wenn der Einwand des Rechtsmissbrauchs nicht erhoben wird.

3. Unmöglichkeit einer Wiederverschaffung des Grundbesitzes

Ergänzungsbedürftig sind die Ausführungen des BGH zur Frage der Unmöglichkeit. Die These, die Veräußerung an einen Dritten führe grundsätzlich nicht zur Unmöglichkeit, die Grundstücke an den Erstkäufer zu übereignen, ist im Ausgangspunkt richtig, bedarf aber der Einschränkung, dass dies nicht in einem groben Missverhältnis zum Leistungsinteresse des Gläubigers stehen darf. Das ist nicht nur dem Wortlaut des § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB und der Gesetzesbegründung der Schuldrechtsreform¹⁰ zu entnehmen, sondern entspricht auch der ständigen Rechtsprechung.¹¹ Auch der Rücktrittsschuldner ist zwar verpflichtet, eine von ihm begründete Belastung des empfangenen Gegenstands zu beseitigen, jedoch nur, wenn er im Falle einer unverschuldeten Unmöglichkeit nicht einer Schadensersatzverpflichtung gleichkommt.¹² Damit spielt die Wertung des § 275 Abs. 2 Satz 2 BGB – was die zu unternehmenden Anstrengungen angeht¹³ – eine ausschlaggebende Rolle. Zu fragen ist allerdings, warum im vorliegenden Fall keine Vormerkung eingetragen wurde.

4. Differenzierung zur Reichweite des Beurkundungserfordernisses

a) Der BGH differenziert hinsichtlich des Beurkundungserfordernisses gemäß § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB danach, ob das Zustandekommen des Grundstücksgeschäfts davon abhängig sei, dass ein anderes Geschäft lediglich zustande komme bzw. fortbestehe, denn dann sei ausreichend, dass die Verknüpfung beurkundet werde, oder falls nicht, dann liege ein insgesamt zu beurkundendes einheitliches Rechtsgeschäft vor.¹⁴ Der Senat gibt dem Berufungsgericht, das konsequenterweise Feststellungen hierzu nicht getroffen hatte, durch Zurückverweisung des Rechtsstreits

auf, unter Berücksichtigung eventuell ergänzenden Vortrags der Parteien zu prüfen, ob der Durchführungsvertrag Regelungen enthalte, die zugleich das Grundstücksgeschäft näher ausgestalten und daher nach dem Willen der Vertragspartner auch zu dessen Inhalt zählen.¹⁵

b) Die vom BGH vorgenommene Differenzierung überzeugt rechtlich.¹⁶ Die praktische Bedeutung der vom Senat gebildeten ersten Fallgruppe wird sich indes als äußerst gering erweisen.

aa) Städtebauliche Verträge nach § 11 BauGB und beispielsweise Durchführungsverträge zum Vorhaben- und Erschließungsplan nach § 12 BauGB unterfallen als unvollständige („hinkende“) Austauschverträge¹⁷, sodass die Leistung der Gemeinde nach der verwaltungsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung unausgesprochene „Bedingung“¹⁸ oder¹⁹ Geschäftsgrundlage²⁰ ist, allein dem Schriftformerfordernis nach § 11 Abs. 3 BauGB als *lex specialis* zu Art. 57 VwVfG. Sie sind jedoch gemäß Art. 62 Satz 2 VwVfG nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB formbedürftig, wenn eine Grundstücksveräußerung vom Abschluss eines derartigen Vertrages zumindest einseitig abhängig ist.²¹

bb) Vieles spricht in der Konstellation des nun vom BGH entschiedenen Fall indes dafür, dass diese ergänzenden Feststellungen zur Überzeugung des (Berufungs-)Gerichts führen werden, dass die Regelungen des Durchführungsvertrages nach dem Willen der Urkundsbeteiligten des Grundstücksgeschäfts vom 11.9.2007 auch zu dessen Inhalt zählen sollten und damit hätten mitbeurkundet werden müssen.

cc) Durch den Durchführungsvertrag (§ 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB) verpflichtet sich der Vorhabenträger auf der Grundlage eines mit der Gemeinde abgestimmten Plans zur Durchführung der Vorhaben und Erschließungsmaßnahmen innerhalb bestimmter Frist unter – gänzlicher oder teilweiser – Tragung der Planungs- und Erschließungskosten.²²

8 BGH, Urteil vom 7.1.1993, IX ZR 199/91, NJW 1993, 1587, 1589; Urteil vom 30.1.1997, IX ZR 133/96, NJW-RR 1997, 684, 686.

9 BGH, Urteil vom 7.1.1993, IX ZR 199/91, NJW 1993, 1587, 1589.

10 BT-Drucks. 14/6040, S. 131.

11 Vgl. z. B. BGH, Urteil vom 21.5.2010, V ZR 244/09, NJW 2010, 2341 Rdnr. 9.

12 BGH, Urteil vom 10.10.2008, V ZR 131/07, BGHZ 178, 182 Rdnr. 22 = NJW 2009, 63, 65.

13 MünchKomm-BGB/Ernst, 8. Aufl. 2019, § 275 Rdnr. 77.

14 Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung.

15 Rdnr. 34 der besprochenen Entscheidung.

16 So auch im Ergebnis Müller, NJW 2021, 2477, 2479: entscheidende Fortentwicklung und Präzisierung.

17 BVerwG, Urteil vom 24.8.1994, 11 C 14.93, BVerwGE 96, 326, 330 = NJW 1995, 1104, 1105; Urteil vom 20.3.2003, 2 C 23.02, NVwZ-RR 2003, 874, 875; Kopp/Ramsauer/Tegethoff, VwVfG, 21. Aufl. 2020, § 54 Rdnr. 8, 55b, 57; vgl. BeckOK-VwVfG/Kämmerer, Stand: 1.7.2021, § 54 Rdnr. 100: Erlass des Bebauungsplans wird wegen der gemeindlichen Planungshoheit, die gewahrt bleiben muss (§ 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB), nicht zur unmittelbaren Pflicht gemacht, sondern nur Grundlage, Voraussetzungen oder Bedingung für die Leistung des Vertragspartners; siehe auch Stelkens, DÖV 2009, 850, 850 f.; Mann/Sennekamp/Uechtritz-Brüning/Boseky, VwVfG, 2. Aufl. 2019, § 56 Rdnr. 25 mit weiteren Differenzierungen.

18 BVerwG, Urteil vom 6.7.1973, IV C 22.72, BVerwGE 42, 331, 333 = NJW 1973, 1895.

19 BVerwG, Urteil vom 16.5.2000, 4 C 4.99, NVwZ 2000, 1285, 1287: Bedingung oder Geschäftsgrundlage.

20 BVerwG, Urteil vom 11.2.1993, 4 C 18.91, NJW 1993, 2695 m. Anm. Grziwotz, NJW 1993, 2665.

21 Staudinger/Schumacher, Neub. 2018, § 311b Rdnr. 73, 174.

22 Baumgärtner/Jäde/Wallraven-Lindl, Baurecht in Bayern, Stand: Januar 2017, § 12 BauGB Rdnr. 30.

Der hier abgeschlossene Durchführungsvertrag vom 11.12.2007 regelte die Verpflichtung der Beklagten zu 1, mithin der Vorhabenträgerin, zur Erschließung, Planung, Vermessung und Herstellung der Infrastruktur.²³ Es wird für sie bei Abschluss des Grundstücksvertrages durchaus von Bedeutung gewesen sein, ob alle diese vier Bereiche später Gegenstand des Durchführungsvertrages werden würden und zu welchen Bedingungen im Einzelnen beispielsweise die baulichen Maßnahmen herzustellen sein würden. Ggf. könnte ein Interesse der Vorhabenträgerin bestanden haben, die für die Erschließung des Gebiets erforderlichen Flächen im Grundstückskaufvertrag zu einem oder andernfalls nur zu einem höheren Preis zu veräußern bzw. die Veräußerung von weiteren Gegenleistungen oder besseren Bedingungen abhängig zu machen.

dd) Aber auch bei genereller Betrachtung der möglichen Fallkonstellationen von städtebaulichen Verträgen oder anderen zusammengesetzten Verträgen werden nur wenige Fälle denkbar sein, in denen es zur Wahrung des Beurkundungserfordernisses ausreichend sein wird, dass nur die Verknüpfung der Vereinbarungen notariell beurkundet wird. Dies mag exemplarisch betrachtet aus Sicht des Vorhabenträgers in einem Fall vorliegen, wenn der Abschluss eines Grundstücksgeschäftes über ein auf einer Insel befindliches Grundstück mit Übertragung des Vorhabenträger auf die Gemeinde (auch) davon abhängig sein soll, dass die Gemeinde einen Vertrag über die Einrichtung und Aufrechterhaltung einer regelmäßigen und tideunabhängigen Fährverbindung mit Dritten schließt und in Zukunft gewährleistet. Dann freilich genügt die Beurkundung allein der Bezugnahme auf diesen Vertrag, der dann nicht mitbeurkundeter Bestandteil des Grundstückskaufvertrages werden muss. Dies kann aus Sicht der Gemeinde – wegen einer erforderlichen gesicherten Erschließung eher schwer vorstellbar – auch der Fall sein, wenn bei der vertraglichen Vereinbarung mit dem Vorhabenträger für sie nicht erheblich ist, dass sie die Erschließungsgrundstücke oder -flächen anschließend nicht zu Eigentum bzw. mit einer dinglichen Sicherung versehen erhält. Die Fälle, dass es wirklich nur auf die Existenz und die Wirksamkeit des Vertrages ohne Ansehung seiner Inhalte ankommen wird, werden aus Sicht des Vorhabenträgers selten sein. Werden hingegen klassische Inhalte eines städtebaulichen Durchführungsvertrages vereinbart, wird der Vorhabenträger nicht ohne Ansehung der konkreten Ausgestaltung seiner Verpflichtung im Durchführungsvertrag den Grundbesitz auf die Gemeinde zu übertragen bzw. dingliche Rechte hieran einzuräumen bereit sein. Würde der Vorhabenträger auf der anderen Seite die Grundstücke/Teilflächen behalten und vielleicht Nutzungsgebühren für Parkflächen oder die Erschließungsanlagen erheben, wird dies auf der anderen Seite regelmäßig nicht im Interesse der Gemeinde sein.

c) Seine Linie, dass selbstständige Vereinbarungen ein einheitliches Rechtsgeschäft darstellen, wenn sie miteinander „stehen und fallen“ sollen, führt der Senat fort.²⁴

aa) Formbedürftig sind somit weiterhin alle Vertragsbestandteile, die die Urkundsbeteiligten zum Vertragsinhalt gemacht und daher für regelungsbedürftig gehalten haben.²⁵ Die Überzeugung, dass beide Vertragsverhältnisse im Sinne des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB miteinander stehen und fallen sollen, hatte auch der VII. Senat des BGH in einem auf die vorliegende Gestaltung übertragbaren Fall gewonnen, wenn die Parteien eines Bauvertrages mit denjenigen des Kaufvertrages identisch sind oder wenn der Bauunternehmer maßgeblichen Einfluss auf die Durchführung des Kaufvertrages hat.²⁶

bb) Zu kurz greift die Differenzierung danach, dass nur dann insgesamt beurkundet werden müsse, wenn sich die Regelungen des Grundstückskaufvertrages nicht ohne die in Bezug genommenen Regelungen des anderen Vertrages erschließen, wenn man sie also brauche, um den vollen Regelungsgehalt zu erfassen.²⁷ Nicht zwischen Vertragstorso und vertraglicher Gesamtregelung ist zu unterscheiden, sondern es ist danach zu differenzieren, ob die Urkundsbeteiligten das Grundstücksgeschäft inhaltlich als Teil einer vertraglichen Gesamtlösung sehen, bei der die einzelnen Teile untrennbar aufeinander bezogen sind und die nur wegen anderer Erwägungen, zum Beispiel wegen § 1 Abs. 3 Satz 2 BauGB oder wegen der Vermeidung eines insgesamt bestehenden Beurkundungserfordernisses auseinandergezogen, sind.²⁸

cc) Nicht unwahrscheinlich ist, dass die ergänzenden Feststellungen des Berufungsgerichts zu einem Prozessergebnis wie vor dem Berufungsgericht²⁹ und dem Erstgericht³⁰ führen werden.

d) Der Anwendungsbereich der beurkundungsfreien Durchführungsverträge im Städtebaurecht wie der der beurkundungsfreien Teile von zusammengesetzten Verträgen ist durch die Entscheidung des BGH nicht maßgeblich angewachsen. Der möglichen Erwartung der Beteiligten, die vertraglichen Regelungen im Wesentlichen ohne notarielle Mitwirkung vollziehen zu können, dürfte sich bei näherer Betrachtung der Reichweite der Entscheidung in nur geringem Umfang verwirklichen. Den organisatorischen und finanziellen Mühen bei einer Gesamtbeurkundung sowohl des Grundstücksgeschäftes als auch des Durchführungs-

25 Staudinger/Schumacher, § 311b Rdnr. 156.

26 BGH, Urteil vom 22.7.2010, VII ZR 246/08, BGHZ 186, 345 = DNotZ 2011, 196, 198 Rdnr. 11.

27 So aber Müller, NJW 2021, 2477, 2479.

28 Für dieses Auslegungsergebnis im Regelfall Staudinger/Schumacher, § 311b Rdnr. 73.

29 OLG Köln, Beschluss vom 16.5.2019, 19 U 207/18, BeckRS 2019, 12144 und Hinweisbeschluss vom 21.3.2019, 19 U 207/18, BeckRS 2019, 55676; dazu Hager/Müller-Teckhof, NJW 2020, 1857, 1861 unter Ziffer I. 17.

30 LG Aachen, Urteil vom 9.11.2018, 8 O 168/18.

23 OLG Köln, Beschluss vom 16.5.2019, 19 U 207/18, BeckRS 2019, 12144 Rdnr. 3.

24 BGH, Urteil vom 29.1.2021, V ZR 139/19, NJW 2021, 2510 Rdnr. 12.

vertrages³¹ kann der Notar in finanzieller Hinsicht dämpfend die Kostenregelung des § 91 GNotKG entgegensetzen.³² Hinzuweisen sind die Beteiligten erneut darauf, dass eine fehlende Beurkundung später allein ex nunc geheilt werden kann³³ und dass sie überdies zur Unwirksamkeit des vorhabenbezogenen Bebauungsplans³⁴ sowie ggf. zur Erforderlichkeit eines ergänzenden Verfahrens nach § 214 Abs. 4 BauGB³⁵ führen kann. Auch nach der aktuellen Entscheidung des BGH ist abzuraten, auf eine Beurkundung eines nach dem Willen der Beteiligten einheitlichen Vertragswerkes teilweise zu verzichten und auf die spätere Heilung des unwirksamen Rechtsgeschäfts zu vertrauen.³⁶ Dieser Weg kann, wie die besprochene Entscheidung zeigt, langwierig und steinig sein. Der das Grundstücksgeschäft beurkundende Notar, der den wahren Willen der Beteiligten³⁷ – auch hinsichtlich der Einheitlichkeit des Vertragsgegenstandes – zu ermitteln hatte und dem im vorliegenden Fall der Streit verkündet wurde³⁸, wird dies mit dem Ziel der Haftungsvermeidung ebenso beurteilen.

- 31 Vgl. auf der einen Seite Baumgärtner/Jäde/Dirnberger, Bau-recht in Bayern, Stand: August 2019, § 11 BauGB Rdnr. 61: Liege ein untrennbarer Zusammenhang nicht vor, empfehle es sich, das Vertragswerk aufzuspalten, um Notarkosten zu sparen; auf der anderen Seite Baumgärtner/Jäde/Wallraven-Lindl, Baurecht in Bayern, § 12 BauGB Rdnr. 32: Eine Abspaltung eines nicht beurkundungsbedürftigen Vertragsteils (zur Kostenersparnis) dürfte wegen des inneren Zusammenhangs einer solchen Verpflichtung mit den übrigen Bestandteilen des Durchführungsvertrags rechtlich nicht zulässig sein.
- 32 Darauf weist auch Grziwotz in Beck'sches Notarhandbuch, 7. Aufl. 2019, § 10 Rdnr. 12, hin; ders., Anm. zu OLG Köln, MittBayNot 2019, 618, 619.
- 33 BGH, Urteil vom 15.5.1970, V ZR 20/68, BGHZ 54, 56 = NJW 1970, 1541, 1543; Urteil vom 22.12.1982, V ZR 8 /81, NJW 1983, 1543, 1545; Kopp/Ramsauer/Tegethoff, VwVfG, § 59 Rdnr. 14.
- 34 Staudinger/Schumacher, § 311b Rdnr. 326.
- 35 Grziwotz, Anm. zu OLG Köln, MittBayNot 2019, 618, 619.
- 36 Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz, BauGB, Stand: Mai 2021, § 11 Rdnr. 400.
- 37 Wolfsteiner, Vollstreckbare Urkunde, 4. Aufl. 2019, § 4.9; dazu auch Wolfsteiner, DNotZ 2020, 455.
- 38 OLG Köln, Beschluss vom 16.5.2019, 19 U 207/18, MittBayNot 2019, 615 Rdnr. 2.

STEUERRECHT

20. Grunderwerbsteuer bei treuhänderischem Erwerb

BFH, Urteil vom 23.2.2021, II R 22/19 (Vorinstanz: FG Sachsen, Urteil vom 4.10.2017, 6 K 1535/15)

AO §§ 163, 171 Abs. 10, § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 FGO § 44 Abs. 1, §§ 45, 46, 66, 96 Abs. 1 Satz 2, §§ 102, 109
GrEStG § 1 Abs. 2, § 3 Nr. 8 Satz 1, § 5 Abs. 2, § 6 Abs. 1 und 3

LEITSÄTZE:

1. Erwirbt ein Treuhänder von einem Dritten für den Treugeber ein Grundstück (Erwerbstreuhand), ist sowohl der Grundstückserwerb durch den Treuhänder als auch der Erwerb der Verwertungsbefugnis durch den Treugeber Grunderwerbsteuerpflichtig.
2. Für Grund und Umfang von Steuerbefreiungen sind grundsätzlich beide Erwerbsvorgänge getrennt zu betrachten.

21. Verschmelzung einer „Gewinn-gesellschaft“ auf eine „Verlustgesellschaft“

BFH, Urteil vom 17.11.2020, I R 2/18 (Vorinstanz: FG Hessen, Urteil vom 29.11.2017, 4 K 127/15)

AO i. d. F. des JStG 2008 § 42
KStG § 8c
UmwStG 2006 § 2 Abs. 1, § 4 Abs. 2 Satz 2, § 12 Abs. 3 2. Hs.

LEITSÄTZE:

1. Einzelsteuergesetzliche Vorschriften zur Verhinderung von Steuerumgehungen, die tatbestandlich nicht einschlägig sind, schließen die Anwendung des § 42 AO nicht aus.
2. Bei der Prüfung des Vorliegens eines Missbrauchs i. S. d. § 42 Abs. 2 AO sind diejenigen Wertungen des Gesetzgebers, die den von ihm geschaffenen einzelsteuergesetzlichen Vorschriften zur Verhinderung von Steuerumgehungen zugrunde liegen, zu berücksichtigen.
3. Wird eine „Gewinn-gesellschaft“ auf eine „Verlust-gesellschaft“ verschmolzen und verrechnet diese die positiven Einkünfte der „Gewinn-gesellschaft“ des Rückwirkungszeitraums mit ihren eigenen Verlusten, dann stellt dies nach der Rechtslage des Jahres 2008 keinen Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten dar. Dies gilt auch dann, wenn die „Gewinn-gesellschaft“ die Gewinne des Rückwir-

kungszeitraums bereits an ihre frühere Muttergesellschaft ausgeschüttet hatte.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten streiten darüber, ob die Verschmelzung einer Gewinngesellschaft auf eine Verlustgesellschaft einen Gestaltungsmissbrauch i. S. d. § 42 AO in der im Streitjahr (2008) geltenden Fassung darstellt.

2 Die Klägerin und Revisionsbeklagte (Klägerin) ist die A GmbH, die noch bis ins Jahr 2017 als A AG firmierte, die wiederum durch formwechselnde Umwandlung der A GmbH im Jahr 2010 entstand. Im streiterheblichen Zeitraum gehörte die Klägerin zum B Konzern. Obergesellschaft der Klägerin war die B Corporation (B Corp.), die zum (...) 6.2009 in Insolvenz fiel.

3 Die Klägerin befand sich Ende 2008 in Liquiditätsschwierigkeiten. Es drohte die Insolvenz. Übliche Quellen wie Finanzspritzen der Gesellschafter oder Kredite durch Banken kamen zur Liquiditätsverstärkung nicht in Betracht. Die C bot der Klägerin zum Zwecke der Finanzierung an, eine 100-prozentige Tochtergesellschaft der C, die D GmbH, zu erwerben.

4 Die D GmbH erzielte in den Jahren 2008 und 2009 Gewinne aus Finanzgeschäften. Im Einzelnen:

5 Auf die D GmbH war bereits im Jahr 2007 die E GmbH (E) verschmolzen worden, deren wirtschaftliche Betätigung in der Ausleihung von (...) € an eine ausländische Tochtergesellschaft der C bestand.

6 Die Mittel dazu stammten aus einem partiarischen Darlehen, das zwischen der E und der C vereinbart wurde. Darüber hinaus gehörten zum Vermögen der E – mit der C abgeschlossene – Swaps, die als Sicherungsgeschäfte für das Darlehen fungierten und mit diesem bis zum 31.12.2005 eine Bewertungseinheit bildeten. Das Grundgeschäft, das mit den Swaps abgesichert war, endete im Juli 2007. Dennoch wurden die Sicherungsgeschäfte in unveränderter Form fortgeführt. Sie wurden in den handelsrechtlichen Abschlüssen als Drohverlustrückstellungen ausgewiesen. Durch die teilweise Auflösung der Drohverlustrückstellungen und durch laufende Zinsüberschüsse entstand für das Jahr 2008 ein handelsrechtlicher Gewinn von (...) €. Mit Gesellschafterbeschluss vom 29.1.2009 wurde dieser an die C ausgeschüttet. Im Januar 2009 wurde wegen der günstigen Entwicklung der Swaps aus sämtlichen Sicherungs- und Finanzgeschäften ein handelsrechtlicher Gewinn von (...) € realisiert, der am 17.2.2009 in Form einer Vorabauschüttung an die C ausgekehrt wurde.

7 Die D GmbH hielt Anfang 2009 keine Geschäftsanteile, Beteiligungen oder stille Beteiligungen an einer anderen juristischen Person, Personengesellschaft oder einem Joint Venture. Unternehmensverträge i. S. d. §§ 291 ff. AktG bestanden nicht. Die D GmbH beschäftigte auch keine Arbeitnehmer.

8 Das Vermögen der D GmbH bestand nach der Vorabauschüttung vom 17.2.2009 laut Bilanz vom 23.2.2009 im Wesentlichen aus liquiden Mitteln in Höhe von (...) € in Form von Bankguthaben sowie Steuererstattungsansprüchen (davon entfielen wiederum (...) € auf Forderungen gegen Kreditinstitute und (...) € auf sonstige werthaltige Forderungen).

Die Steuerrückstellungen beliefen sich auf etwa (...) €. Das Eigenkapital belief sich auf etwa (...) €.

9 Die C veräußerte mit notariellem Vertrag vom 23.2.2009 ihre gesamten Anteile an der D GmbH an die Klägerin. Der Kaufpreis betrug (...) €. Der von der C erzielte Veräußerungsgewinn blieb nach § 8b KStG in der im Streitjahr geltenden Fassung steuerfrei.

10 Mit Verschmelzungsvertrag vom 24.2.2009 wurde die D GmbH auf die Klägerin verschmolzen. Die Verschmelzung erfolgte rückwirkend auf den 1.7.2008 unter Zugrundelegung der auf den 30.6.2008 erstellten Schlussbilanz der D GmbH. Die übertragenen Wirtschaftsgüter der D GmbH wurden darin zu Buchwerten angesetzt und von der Klägerin entsprechend mit dem Buchwert übernommen. Wegen der Ausschüttung für 2008 und der Vorabauschüttung für 2009 wurde ein passiver Korrekturposten in der Bilanz berücksichtigt, sodass sich auch infolge des passiven Korrekturpostens aus der Verschmelzung ein Verschmelzungsverlust in Höhe von etwa (...) € ergab, der bei der Klägerin steuerlich nicht in Ansatz gebracht wurde.

11 Die Verschmelzung führte dazu, dass der Klägerin das Einkommen und das Vermögen der D GmbH zum steuerlichen Übertragungstichtag (1.7.2008) zugerechnet wurde. Das auf den Rückwirkungszeitraum entfallende – positive – Einkommen der D GmbH wurde mit den Verlustvorträgen der Klägerin verrechnet. Das hatte die Auflösung der bei der D GmbH gebildeten Steuerrückstellungen in Höhe von (...) € zur Folge. Nach Abzug des Kaufpreises von (...) € (für eine Gesellschaft mit einem Eigenkapital von [...] €) gingen der Klägerin wegen des insoweit nicht mehr durch die Rückstellungen überlagerten Aktivvermögens liquide Mittel in Höhe von (...) € zu.

12 Im Zuge einer Außenprüfung bei der Klägerin als der Rechtsnachfolgerin der D GmbH änderte der Beklagte und Revisionskläger (das FA) die – ursprünglich erklärungsgemäß ergangenen – Bescheide betreffend Körperschaftsteuer und Gewerbesteuerermessbetrag für das Streitjahr. Dem lag die Rechtsauffassung zugrunde, dass das von der D GmbH im zweiten Halbjahr 2008 sowie im Zeitraum vom 1.1.2009 bis zum 23.2.2009 erzielte Einkommen (Rückwirkungszeitraum) von ihr als Steuersubjekt zu versteuern sei, weil der Anteilsübertragung und der sich anschließenden Verschmelzung nach § 42 AO die steuerliche Anerkennung zu versagen sei.

13 Die dagegen gerichtete Klage war erfolgreich (Urteil des FG Hessen vom 29.11.2017, 4 K 127/15, EFG 2018, 486).

14 Mit seiner Revision rügt das FA eine Verletzung des § 42 AO.

15 Es beantragt, das Urteil der Vorinstanz aufzuheben und die Klage abzuweisen.

16 Die Klägerin beantragt,

- die Revision als unbegründet zurückzuweisen,
- den Tenor des angefochtenen Urteils dahingehend zu berichtigen, dass das Datum der abzuändernden Bescheide der 22.12.2014 ist und die festzusetzende Körperschaftsteuer (...) € beträgt.

17 II. Das FG-Urteil stellt sich im Ergebnis als richtig dar; die Revision des FA ist daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 4 FGO). Das FG hat zwar die Regelungen in § 12 Abs. 3 2. Hs. i. V. m. § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwG in der im Streitjahr geltenden Fassung (UmwStG 2006) und in § 8c Satz 2 KStG zu Unrecht als einzelsteuergesetzliche Umgehungsverhinderungsvorschriften i. S. d. § 42 Abs. 1 Satz 2 AO qualifiziert und diesen eine „Abschirmwirkung“ gegenüber der Anwendung des § 42 AO zuerkannt. Das führt allerdings nicht zum Erfolg der Revision, weil der Erwerb der Anteile an der D GmbH und deren anschließende rückwirkende Verschmelzung auf die Klägerin keinen Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten i. S. d. § 42 Abs. 2 AO darstellt.

18 1. a) Nach § 42 Abs. 1 AO kann durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts das Steuergesetz nicht umgangen werden (Satz 1). Ist der Tatbestand einer Regelung in einem Einzelsteuergesetz erfüllt, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, so bestimmen sich die Rechtsfolgen nach jener Vorschrift (Satz 2). Anderenfalls entsteht der Steueranspruch beim Vorliegen eines Missbrauchs i. S. d. Abs. 2 so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht (Satz 3).

19 § 42 Abs. 2 AO bestimmt, dass ein Missbrauch vorliegt, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt (Satz 1). Dies gilt nicht, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind (Satz 2).

20 b) Im Unterschied zu früheren Fassungen enthält § 42 AO in Abs. 1 Satz 2 und 3 nunmehr eine ausdrückliche Regelung zum Verhältnis einzelsteuergesetzlicher Umgehungsverhinderungsregelungen gegenüber der Missbrauchsklausel der AO. Der Wortlaut lässt keinen Zweifel daran, dass solche einzelsteuergesetzlichen Vorschriften die Anwendung des § 42 AO nur dann verdrängen, wenn sie tatbestandlich einschlägig sind. Sind sie tatbestandlich nicht einschlägig („anderenfalls“), dann wird § 42 AO nicht verdrängt. Für eine gesetzestech-nisch begründete „automatische“ Abschirmwirkung der einzelsteuergesetzlichen Umgehungsverhinderungsvorschrift ist danach kein Raum. Auch der allgemein anerkannte Auslegungsgrundsatz „*lex specialis derogat legi generali*“ ist für sich genommen nicht geeignet, eine solche Abschirmwirkung zu entfalten. Denn die Auslegungsregel dient der Vermeidung von Normenkollisionen, kommt also dann zur Anwendung, wenn ein Sachverhalt von zwei Vorschriften tatbestandlich erfasst wird und der Rechtsanwender mit unterschiedlichen Rechtsfolgenanordnungen konfrontiert ist (vgl. zum Beispiel *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., S. 266 f.). Greift eine Norm nicht ein, fehlt es an einem Konkurrenzverhältnis, das aufzulösen wäre. Ob der Gesetzgeber mit der im Einzelfall tatbestandlich nicht verwirklichten Norm eine abschließende Regelung für einen bestimmten Sachbereich hat treffen wollen, ist somit keine Frage der Verdrängungswirkung einer Spezialnorm, sondern der systematischen und teleologischen Auslegung (*Larenz*, a. a. O., S. 267 f.). Im Übrigen steht es dem Gesetzgeber frei, das Verhältnis konkurrierender Nor-

men ausdrücklich selbst zu regeln. Dies ist mit § 42 Abs. 1 Satz 2 und 3 AO geschehen.

21 c) Obgleich § 42 Abs. 1 Satz 3 AO den Rückgriff auf § 42 AO gesetzestech-nisch, wie soeben dargelegt, ausdrücklich zulässt, müssen allerdings bei der Prüfung des Vorliegens eines Missbrauchs i. S. d. § 42 Abs. 2 AO diejenigen Wertungen des Gesetzgebers, die den von ihm geschaffenen einzelsteuergesetzlichen Umgehungsverhinderungsvorschriften zugrunde liegen, zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen im Rahmen der Auslegung (vgl. *Larenz*, a. a. O., S. 223 ff.) berücksichtigt werden (gleicher Auffassung zum Beispiel *Spindler*, Steuerberater-Jahrbuch 2008/2009, 52; *Hey*, Deutsches Steuerrecht, Beihefter zu Heft 3/2014, 9; *Tipke/Kruse/Drüen*, Vorbemerkungen zur Neufassung des § 42 AO Rdnr. 13a; *Hübschmann/Hepp/Spitaler/Fischer*, § 42 AO Rdnr. 292). Augenfällig wird dieses Berücksichtigungsbedürfnis bei solchen einzelsteuergesetzlichen Umgehungsverhinderungsvorschriften, die strikte und damit Rechtssicherheit gewährleistende Abgrenzungsmerkmale enthalten. So dienen oder dienen nach der Senatsrechtsprechung etwa die Siebenjahresfristen in § 8b Abs. 4 KStG i. d. F. des Gesetzes zur Senkung der Steuersätze und zur Reform der Unternehmensbesteuerung (Steuersenkungsgesetz) vom 23.10.2000 (BGBl. 2000 I, S. 1433 = BStBl. I 2000, S. 1428) oder in § 22 UmwStG 2006 der typisierenden Festlegung, dass bei Veräußerungen nach Ablauf der Frist keine Umgehungs-gestaltung, sondern eine betriebswirtschaftlich sinnvolle Umstrukturierung vorliegt (vgl. zum Beispiel Senatsurteil vom 15.4.2015, I R 54/13, BFHE 254, 519 = BStBl. II 2015, S. 136; BT-Drucks. 16/2710, S. 46). Diese Wertung darf nicht dadurch unterlaufen werden, dass bei einer Veräußerung nach Fristablauf auf der Grundlage des § 42 AO doch von einer Umgehungs-gestaltung ausgegangen wird (vgl. zum Beispiel *Drüen*, ebenda).

22 2. Gemessen an diesen Maßstäben ist die Berücksichtigung des im Rückwirkungszeitraum von der D GmbH erzielten Einkommens bei der Körperschaftsbesteuerung der Klägerin, die auf § 2 Abs. 1 UmwStG 2006 beruht, nicht rechtsmissbräuchlich.

23 a) Die Beurteilung, ob der streitgegenständliche Erwerb der Anteile an der D GmbH und die sich anschließende Verschmelzung der D GmbH auf die Klägerin rechtsmissbräuchlich ist, richtet sich nach § 42 AO.

24 aa) Die im Streitfall zeitlich anwendbaren Regelungen des § 12 Abs. 3 2. Hs. i. V. m. § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG 2006 und des § 8c Satz 2 KStG sind tatbestandlich nicht einschlägig, weil sie den Ausschluss des Übergangs von Verlustvorträgen mittels Verschmelzung durch Aufnahme einer Verlustgesellschaft anordnen bzw. den Erwerb von Anteilen an einer solchen regeln. Vorliegend ist Gegenstand von Anteilserwerb und Verschmelzung jedoch die D GmbH als eine Gewinngesellschaft.

25 bb) Das FG hat rechtsfehlerhaft angenommen, dass es sich bei den genannten Bestimmungen des UmwStG 2006 und des KStG um einzelsteuergesetzliche Regelungen zur Verhinderung von Steuerumgehungen i. S. d. § 42 Abs. 1 Satz 2 AO handelt. Denn § 12 Abs. 3 2. Hs. i. V. m. § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG 2006 stellen im Unterschied zur Vorgänger-

regelung (dazu Senatsurteil vom 18.12.2013, I R 25/12, BFH/NV 2014, 904) insbesondere keine Vorschriften zur Verhinderung missbrauchsverdächtiger Mantelkaufgestaltungen dar. Auch im Übrigen lassen diese Bestimmungen nicht erkennen, dass und welche vom Gesetzgeber als unangemessen bewertete Gestaltungen unterbunden werden sollen. Vielmehr treffen die Regelungen eine generelle Aussage zur Behandlung von Verlustvorträgen der übertragenden Körperschaft und erweisen sich formal lediglich als Teilstück in der Konzeption des Gesetzgebers zur Ausgestaltung der steuerlichen Rechtsnachfolge bei Verschmelzungen (vgl. Rödder/Herlinghaus/van Lishaut/Rödder, *UmwStG*, 3. Aufl., § 12 Rdnr. 341; Dötsch/Pung/Möhlenbrock/Dötsch/Stimpel, *Die Körperschaftsteuer*, § 12 *UmwStG* Rdnr. 75 f.). Die Bewertung des § 8c KStG fällt ähnlich aus (*Drüen*, a. a. O., § 42 AO Rdnr. 79; Herrmann/Heuer/Raupach/*Suchanek*, § 8c KStG Rdnr. 1 und 3; Blümich/Brandis, § 8c KStG Rdnr. 22; Rödder/Herlinghaus/Neumann/*Neumann*, KStG, § 8c Rdnr. 16; *Eisgruber/Schaden*, *Die Unternehmensbesteuerung* 2010, 73; wohl auch Gosch/Roser, KStG, 4. Aufl., § 8c Rdnr. 2). Zwar lassen sich mit dieser Regelung auch Mantelkaufgestaltungen unterbinden, allerdings ist die Norm tatbestandlich darauf nicht zugeschnitten. Vielmehr führte nach § 8c KStG in seiner ursprünglichen Fassung, die noch keine Konzern-, Stille Reserven- und Sanierungsklausel beinhaltete, jede größere Änderung im Gesellschafterbestand ausnahmslos zum quotalen oder vollständigen Untergang des Verlusts, sodass § 8c KStG im Streitjahr als generelle Einschränkung der Anwendung des § 10d EStG im Körperschaftsteuerrecht begriffen werden muss (vgl. BT-Drucks. 16/4841, S. 76).

26 cc) Die fehlerhafte Qualifizierung der genannten Regelungen durch das FG wirkt sich auf das Ergebnis der Entscheidung nicht aus. Denn § 42 AO kommt in dem einen – gänzliches Fehlen einer Umgehungsverhinderungsvorschrift in einem Einzelsteuergesetz – wie dem anderen Fall – einzelsteuergesetzliche Regelung existiert, ist tatbestandlich nicht erfüllt, entfaltet aber wegen § 42 Abs. 1 Satz 3 AO keine Sperre – ohnehin zur Anwendung. Gesetzgeberische Wertungen, die § 12 Abs. 3 2. Hs. i. V. m. § 4 Abs. 2 Satz 2 *UmwStG* 2006 sowie § 8c KStG zugrunde liegen, sind unabhängig von der Einordnung dieser Vorschriften als einzelsteuergesetzliche Umgehungsverhinderungsvorschriften bei der Bestimmung des Angemessenen i. S. d. § 42 Abs. 2 AO zu berücksichtigen, weil der Rechtsanwender diesen Wertungen im Rahmen der systematischen und teleologischen Auslegung Beachtung zu schenken hat.

27 b) Im Streitfall liegt kein Rechtsmissbrauch vor. Denn die vorliegend zu beurteilende Gestaltung ist i. S. d. § 42 Abs. 2 AO nicht unangemessen.

28 aa) Der Steuerpflichtige darf seine Verhältnisse grundsätzlich so gestalten, dass keine oder möglichst geringe Steuern anfallen und dabei zivilrechtliche Gestaltungen, die vom Gesetz vorgesehen sind, frei verwenden. Eine rechtliche Gestaltung ist erst dann unangemessen, wenn der Steuerpflichtige nicht die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zum Erreichen eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels gebraucht, sondern dafür einen ungewöhnlichen Weg wählt, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel nicht erreich-

bar sein soll. Eine Gestaltung, die überhaupt keinen erkennbaren wirtschaftlichen Zweck hat, kann der Besteuerung nicht zugrunde gelegt werden (zum Beispiel Urteile des BFH vom 19.1.2017, IV R 10/14, BFHE 256, 507 = BStBl. II 2017, S. 466; vom 8.3.2017, IX R 5/16, BFHE 257, 211 = BStBl. II 2017, S. 930; vom 12.6.2018, VIII R 32/16, BFHE 262, 74 = BStBl. II 2019, S. 221).

29 bb) Gestaltungen, die darauf abzielen, dem Steuerpflichtigen die Nutzung eines von ihm erwirtschafteten Verlusts zu ermöglichen, sind in der höchstrichterlichen Rechtsprechung in zahlreichen Entscheidungen nicht als rechtsmissbräuchlich bewertet worden (zum Beispiel Senatsurteile vom 19.8.1999, I R 77/96, BFHE 189, 342 = BStBl. II 2001, S. 43, zur inkongruenten Gewinnausschüttung mit nachfolgender inkongruenter Wiedereinlage; vom 17.10.2001, I R 97/00, BFHE 197, 63, zur Verlagerung von Zinserträgen; BFH-Urteile vom 29.5.2008, IX R 77/06, BFHE 221, 231 = BStBl. II 2008, S. 789, zur Veräußerung von GmbH-Anteilen an eine beteiligungsidentische GmbH; vom 7.12.2010, IX R 40/09, BFHE 232, 1 = BStBl. II 2011, S. 427, zur ringweisen Anteilsveräußerung; vom 4.12.2014, IV R 28/11, BFH/NV 2015, 495, zur inkongruenten Gewinnausschüttung; abgrenzend dazu Urteil vom 18.3.2004, III R 25/02, BFHE 205, 470 = BStBl. II 2004, S. 787 Rdnr. 110, zur Zwischenschaltung einer mit Verlustvorträgen „ausgestatteten“ GmbH bei Grundstücksgeschäften). Da das Herbeiführen eines Verlustausgleichs im Kern mit den gesetzlichen Zielsetzungen (Leistungsfähigkeitsprinzip, § 10d EStG) übereinstimmt, ist der Senat zudem davon ausgegangen, dass entsprechende Gestaltungen grundsätzlich nicht durch weitere außersteuerliche Motive gerechtfertigt werden müssen (Senatsurteile in BFHE 189, 342 = BStBl. II 2001, S. 43; BFHE 197, 63).

30 cc) Im Streitfall diene die Gestaltung im Kern der Nutzung des Verlustvortrags, der sich bei der Klägerin infolge des ausbleibenden wirtschaftlichen Erfolgs aufgebaut hatte. Die Gestaltung kann daher nicht als unangemessen beurteilt werden.

31 aaa) Ob zur Verlustnutzung getroffene Gestaltungen einer Prüfung am Maßstab des § 42 AO standhalten, hängt zunächst von der Qualität der betroffenen Verluste ab. So sind die bei einer auf Einkünfterzielung gerichteten Tätigkeit selbst erwirtschafteten Verluste anders zu behandeln als auf dem Markt „eingekaufte“ Fremdverluste (Mantelkaufgestaltungen). Verluste, die auf der Inanspruchnahme steuerlicher Subventions- und Lenkungsnormen (zum Beispiel Sonderabschreibungen) beruhen, haben wiederum eine andere Qualität.

32) Im Streitfall hat die Klägerin „echte“ betriebswirtschaftliche Verluste erzielt, deren steuerliche Effektivierung grundsätzlich nicht zu beanstanden ist.

33 bbb) Die von der Steuerrechtsordnung grundsätzlich gebilligte Nutzbarmachung von Verlusten besteht darin, dass die Verluste mit positiven Einkünften verrechnet werden. Die dadurch bewirkte Minderung der steuerlichen Bemessungsgrundlage führt aus Sicht des Fiskus zu einer Mindersteuer, weil die positiven Einkünfte seinem Besteuerungszugriff entzogen werden. Aufseiten des Steuerpflichtigen bewirkt die mit der Verlustnutzung einhergehende Mindersteuer eine Verbesserung der Liquidität.

34 Im Streitfall haben sich mit der gewählten Gestaltung diese Haupteffekte eingestellt. Bei der Klägerin bestand ein erhebliches Potenzial an Verlustvorträgen. Durch den Erwerb der Anteile an der D GmbH und deren anschließende Verschmelzung auf die Klägerin standen die von der D GmbH im Rückwirkungszeitraum erzielten positiven Einkünfte für eine Verrechnung mit den Verlusten der Klägerin zur Verfügung und die dadurch ausgelöste Mindersteuer führte zu einer Verbesserung der Liquidität der Klägerin.

35 ccc) Durch die Verrechnung der klägerischen Verlustvorträge mit den von der D GmbH im Rückwirkungszeitraum erzielten positiven Einkünften wurde das Verlustvortragspotenzial der Klägerin vermindert und stand in Höhe des Minderungsbetrags nicht mehr für eine Verrechnung künftiger Gewinne der Klägerin zur Verfügung. Mindersteuern im Streitjahr stehen also potenziellen Mehrsteuern in der Zukunft gegenüber.

36 dd) Die vom FA angeführten Gesichtspunkte führen nicht dazu, dass die vorliegende Verlustnutzungsgestaltung – ausnahmsweise – als unangemessen qualifiziert werden muss.

37 Soweit das FA geltend macht, dass für die Klägerin kein wirtschaftlicher Grund für den Abschluss der Geschäfte existiert habe, weil der Liquiditätszufluss im Ergebnis aus der Vermeidung der Besteuerung bei der D GmbH herrühre, verkennt es, dass nach der oben zitierten Senatsrechtsprechung bei Gestaltungen, die der Ausnutzung von Verlustausgleichspotentialen dienen, kein weiterer außersteuerlicher Zweck mit der Gestaltung verfolgt werden muss. Denn die Herbeiführung des Verlustausgleichs stimmt mit den steuergesetzlichen Zielen letztlich überein. Im Streitfall drohte der Klägerin nach den bindenden Feststellungen der Vorinstanz (§ 118 Abs. 2 FGO) die Insolvenz und damit faktisch der Wegfall des Verlustvortrages.

38 Der Hinweis des FA, dass es sich bei der D GmbH um eine wirtschaftlich inaktive Gewinngesellschaft gehandelt habe, deren Gewinne zu einem Großteil bereits an den bisherigen Anteilseigner ausgeschüttet worden waren, sodass im Wesentlichen nur noch „auf dem Papier“ stehende Einkünfte auf die Klägerin „verschoben“ wurden, zeigt zwar eine Nähe der vorliegenden Gestaltung zum Mantelkauf auf. Doch bestehen wertungsmäßig zwischen dem Erwerb einer inaktiven Gewinngesellschaft und einer inaktiven Verlustgesellschaft erhebliche Unterschiede. Kennzeichnend für den von der früheren Rechtsprechung nicht anerkannten Mantelkauf (vgl. zum Beispiel Senatsurteil vom 15.2.1966, I 112/63, BFHE 85, 217 = BStBl. III 1966, S. 289) war zum einen das Vorliegen einer „leeren Körperschaftshülle“ (fehlender Geschäftsbetrieb, fehlendes, durch Verluste aufgezehrtes Vermögen), zum anderen die „Veräußerung“ des mit der Körperschaftshülle verknüpften Verlustvortrags an einen Dritten, der diesen Verlust steuerlich sodann geltend macht, obgleich er ihn nicht selbst zu tragen hat. Die vorliegende Gestaltung ist aber dadurch gekennzeichnet, dass die erworbene D GmbH noch über eine gewisse wirtschaftliche Substanz verfügte und es der Klägerin als Erwerberin der Gesellschaft in erster Linie darauf ankam, den von ihr selbst erwirtschafteten Verlust steuerlich zu nutzen. Darin liegt wertungsmäßig ein erheblicher Unterschied, den auch der Gesetzgeber zumindest bis zum Inkrafttreten der Regelung des § 2 Abs. 4 Satz 3 UmwStG 2006 i. d. F. des Gesetzes zur Umsetzung der Amtshilferichtlinie sowie zur

Änderung steuerlicher Vorschriften (Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 26.6.2013 (BGBl. 2013 I, S. 1809 = BStBl. I 2013, S. 802) nachvollzogen hat, indem er nach Aufgabe der Mantelkaufrechtsprechung (Senatsurteil vom 29.10.1986, I R 202/82, BFHE 148, 153 = BStBl. II 1987, S. 308) im KStG und im UmwStG einzelsteuergesetzliche Umgehungsverhinderungsvorschriften allein für den Handel mit Verlustmänteln geschaffen hat (§ 8 Abs. 4 KStG i. d. F. des Steuerreformgesetzes 1990 vom 25.7.1988 [BGBl. 1988 I, S. 1093 = BStBl. I 1988, S. 224]; § 12 Abs. 3 UmwStG 1995 i. d. F. des Gesetzes zur Fortsetzung der Unternehmensteuerreform vom 29.10.1997 [BGBl. 1997 I, S. 2590 = BStBl. I 1997, S. 928]). Erst 2013 hat er mit der bereits erwähnten Regelung in § 2 Abs. 4 Satz 3 UmwStG 2006 eine einzelsteuergesetzliche Vorschrift für die Verrechnung positiver im Rückwirkungszeitraum erzielter Einkünfte des übertragenden Rechtsträgers mit Verlustvorträgen des übernehmenden Rechtsträgers geschaffen.

39 Auch der Umstand, dass die für die Verlustnutzung erforderlichen positiven Einkünfte entgeltlich von einem Dritten erworben wurden, macht die Gestaltung nicht unangemessen. Wie oben ausgeführt, setzen die vom BFH grundsätzlich gebilligten Verlustnutzungsgestaltungen voraus, dass die Verlustgesellschaft positive Einkünfte erlangt, mit denen die Verluste verrechnet werden können. So hat es der Senat zum Beispiel ausdrücklich akzeptiert, dass der Verlustgesellschaft von einer anderen Konzerngesellschaft unentgeltlich Kapital zum Zweck der verzinslichen Anlage zur Verfügung gestellt wurde („Zuschieben von Zinserträgen“). Gegen die Zinserträge konnte die Verlustgesellschaft sodann ihre Verlustvorträge verrechnen (Senatsurteil in BFHE 197, 63). Entgegen der Auffassung des FA rechtfertigt der Umstand, dass der Veräußerer der Anteile der D GmbH nicht konzernangehörig war und die Klägerin für den Erwerb der Anteile einen Preis zu zahlen hatte, keine abweichende Angemessenheitsbeurteilung gegenüber der dem Senatsurteil in BFHE 197, 63 zugrunde liegenden. Zum einen ist die steuerlich zulässige Verlustnutzung ohne Vorhandensein positiver Einkünfte nicht darstellbar, zum anderen handelt es sich bei dem entgeltlichen Erwerb einer potenziellen Quelle positiver Einkünfte – im Unterschied zum Erwerb eines Verlustmäntels – um einen vom Steuergesetz grundsätzlich akzeptierten Vorgang der Einkünfteerzielung. Der Senat verkennt hierbei nicht, dass die Klägerin im Unterschied zu der Gestaltung, die seinem Urteil in BFHE 197, 63 zugrunde lag, die ihr „zugeschobenen“ Einkünfte des Rückwirkungszeitraums nicht selbst erwirtschaftet hat und die fraglichen Einkünfte in Folge der vorgenommenen Vorabauschüttungen wirtschaftlich im Wesentlichen der C zugutekamen. Die Schwelle zur Unangemessenheit und damit zum Rechtsmissbrauch wird dadurch aber noch nicht überschritten. Einer solchen Wertung stehen der drohende Untergang der Verluste und die damit verbundene Beeinträchtigung des Leistungsfähigkeitsprinzips entgegen.

40 Soweit das FA geltend macht, als umgangenes Steuergesetz sei die Liquidationsbesteuerung der D GmbH gemäß § 11 KStG anzusehen, so übersieht es, dass die Nichtbesteuerung positiver Einkünfte, sei es im Anwendungsbereich der laufenden Regelbesteuerung oder der Schlussbesteuerung gemäß § 11 KStG, die Kehrseite der steuerlich grundsätzlich zulässigen Verlustnutzung darstellt.

41 Die gewählte Gestaltung kann auch nicht deswegen als unangemessen bewertet werden, weil durch die Wahl einer anderen Verschmelzungsrichtung die Regelung in § 12 Abs. 3 2. Hs. i. V. m. § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG 2006 umgangen worden wäre. Denn es geht vorliegend nicht um die steuerliche Nutzbarmachung eines Verlusts, den ein anderes Steuerrechtssubjekt erwirtschaftet und zu tragen hat, sondern um die Verwertung des von der Klägerin selbst erzielten Verlusts. Diesbezüglich sind – jedenfalls nach der Rechtslage im Streitjahr – großzügigere Maßstäbe anzulegen.

42 3. Der Berichtigungsantrag der Klägerin ist gemäß § 107 Abs. 1 FGO begründet. Der Tenor des angegriffenen Urteils weist zwei offenbare Unrichtigkeiten auf, die vom Senat als dem hierfür zuständigen Gericht (Senatsurteil vom 9.5.2012, I R 91/10, BFH/NV 2012, 2004 m. w. N.) zu korrigieren sind. Danach ist das korrekte Datum der abzuändernden Bescheide für 2008 über Körperschaftsteuer und Solidaritätszuschlag sowie über den Gewerbesteuermessbetrag jeweils der 22.12.2014 (und nicht der 20.12.2014) und der korrekte Betrag der festzusetzenden Körperschaftsteuer lautet auf (...) € (und nicht auf [...] €).

43 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

ANMERKUNG:

Von Steuerberater Dr. **Martin Strahl**, Köln

Erfolgt die Verschmelzung einer verlustbehafteten Kapitalgesellschaft auf eine andere Kapitalgesellschaft, so gibt § 12 Abs. 3 Hs. 2 i. V. m. § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG u. a. vor, dass verrechenbare Verluste und verbleibende Verlustvorträge nicht auf die übernehmende Gesellschaft übergehen. Die Verschmelzung einer verlustbehafteten Kapitalgesellschaft auf eine ertragreiche Kapitalgesellschaft ist deswegen mit dem Verlust der Verluste verbunden. Wird die Verschmelzungsrichtung geändert – mithin die Gewinngesellschaft auf die Verlustgesellschaft verschmolzen –, gibt es keine vergleichbare Regelung, die zum Untergang der Verluste führt. Lediglich für Umwandlungen und Einbringungen, bei denen die Anmeldung zum Handelsregister nach dem 6.6.2013 erfolgt, schließt § 2 Abs. 4 Satz 3 UmwStG den Ausgleich oder die Verrechnung von positiven Einkünften des übertragenden Rechtsträgers im Rückwirkungszeitraum mit verrechenbaren Verlusten des übernehmenden Rechtsträgers aus. Dies ändert aber nichts daran, dass Verluste der übernehmenden Gesellschaft mit positiven Erträgen zum Ausgleich gebracht werden können, die nach der Verschmelzung erzielt werden.

Die mit dem Wechsel der Verschmelzungsrichtung – von Gewinngesellschaft auf Verlustgesellschaft – verbundene Abzugsmöglichkeit der Verluste pro futuro führte alsbald zur Frage, ob mit ihr ein Missbrauch steuerlicher Gestaltungsmöglichkeiten i. S. d. § 42 AO gegeben sei.

Dies verneinte der BFH bereits mit Urteil vom 18.12.2017, I R 25/12,¹ in dem er ausgeführt hatte (Rdnr. 18 der Entscheidungsgründe):

„Sind in einem konkreten Einzelfall die Voraussetzungen der speziellen Missbrauchsvorschriften nicht erfüllt, darf die Wertung des Gesetzgebers nicht durch eine extensive Anwendung des § 42 Abs. 1 AO a. F. unterlaufen werden.“

Der Gesetzgeber habe mit § 12 Abs. 3 Hs. 2 i. V. m. § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG zu erkennen gegeben, dass mit der Verlustnutzung nach Verschmelzungen ein „missbrauchsverdächtiges Feld“ bestehe, dies aber nur mit der Versagung des Verlustabzugs verbunden werde, wenn die Verlustgesellschaft übertragende Gesellschaft sei. Damit sei das missbrauchsverdächtige Feld abgesteckt; es dürfe in Anbetracht der spezialgesetzlichen Missbrauchsverhinderungsvorschrift keine Ausdehnung durch die allgemeine Missbrauchsvorschrift in Gestalt von § 42 AO erfahren.

Diese Norm hatte in ihrer alten, der vorzitierten Entscheidung I R 25/12 zugrunde liegenden Fassung folgenden Wortlaut:

„(1) Durch Missbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des Rechts kann das Steuergesetz nicht umgangen werden. Liegt ein Missbrauch vor, so entsteht der Steueranspruch so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entsteht.

(2) Abs. 1 ist anwendbar, wenn seine Anwendbarkeit gesetzlich nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist.“

Zum 1.1.2008 hat der Gesetzgeber indes eine Änderung vorgenommen und in § 42 Abs. 1 Satz 2 AO kodifiziert, sei der Tatbestand einer Regelung in einem Einzelsteuergesetz erfüllt, welche der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, so bestimmten sich die Rechtsfolgen nach jener Vorschrift. Anderenfalls entstände nach § 42 Abs. 1 Satz 3 AO n. F. der Steueranspruch bei Vorliegen eines Missbrauchs i. S. d. Abs. 2 so, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen Gestaltung entstehe. Nach der ganz überwiegenden Auffassung in der Literatur führte diese Neufassung nicht dazu, dass die Generalklausel des § 42 Abs. 2 AO zur Auffangnorm wird. Vielmehr sperre die gesetzliche Koppelung von Missbrauchstatbestand und spezieller Rechtsfolge trotz § 42 Abs. 1 Satz 3 AO im abstrakten Anwendungsbereich der Spezialvorschrift den Rückgriff auf die Generalklausel.²

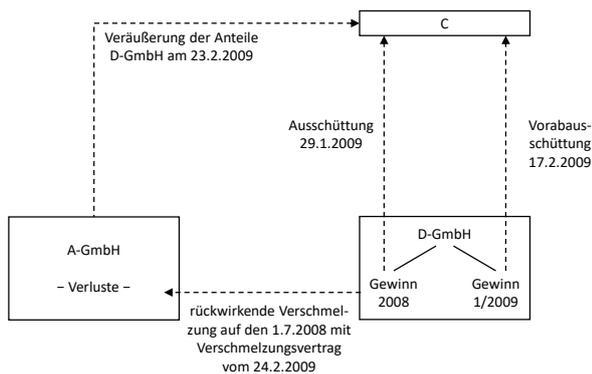
Nunmehr hatte der BFH sich erstmals mit der Frage auseinanderzusetzen, ob nach Maßgabe dieser erweiterten Fassung der generellen Missbrauchsvermeidungsvorschrift des § 42 AO mit der Verschmelzung der Gewinngesellschaft auf die Verlustgesellschaft ein Gestaltungsmissbrauch dergestalt vorliege, dass der Verlustabzug der übernehmenden Gesellschaft aufgrund der Verschmelzung untergehe.

Dem BFH, Urteil vom 17.11.2020, I R 2/18,³ lag folgender Sachverhalt zugrunde:

1 Vgl. BFH, Urteil vom 18.12.2017, I R 25/12, BFH/NV 2014, 903.

2 Vgl. Tipke/Kruse/Drüen, AO/FGO, Stand: Juli 2016, Vor § 42 AO Rdnr. 13a m. w. N.

3 Vgl. BFH, Urteil vom 17.11.2020, I R 2/18, DStR 2021, 1419.



Danach hatte eine A-GmbH aufgrund eigener wirtschaftlicher Tätigkeit Verluste erlitten. Sie befand sich Ende des Jahres 2008 in Liquiditätsschwierigkeiten. Es drohte die Insolvenz. Daraufhin bot die Kapitalgesellschaft C der A-GmbH zum Zwecke der Finanzierung an, die Beteiligung an einer 100 %-igen Tochtergesellschaft, der D-GmbH, zu erwerben. Die Anteilsveräußerung wurde am 23.2.2009 vollzogen. Bereits mit Verschmelzungsvertrag vom nächsten Tag erfolgte eine rückwirkende Verschmelzung der D-GmbH auf die A-GmbH auf den 1.7.2008. Im Jahr 2008 sowie im Januar 2009 hatte die D-GmbH Gewinne aus Finanzgeschäften erzielt, welche im Januar 2009 sowie kurz vor der Anteilsveräußerung im Februar 2009 an die C ausgeschüttet worden waren. Im Anschluss daran setzte sich das Vermögen der D-GmbH im Wesentlichen aus liquiden Mitteln sowie Steuererstattungsansprüchen zusammen.

Aufgrund der Verschmelzung wurde das auf den Rückwirkungszeitraum entfallende positive Einkommen der D-GmbH mit den Verlustvorträgen der A-GmbH verrechnet. Dem versagte das FA die Anerkennung, weil die Anteilsübertragung und die sich anschließende Verschmelzung gestaltungsmisbräuchlich nach § 42 AO seien. Unterdessen greift hier – die positiven Einkünfte im Rückwirkungszeitraum betreffend – die eingangs genannte Norm des § 2 Abs. 4 Satz 3 UmwStG ver hindernd ein.

Das in erster Instanz mit Urteil vom 29.11.2017, 4 K 127/15,⁴ entscheidende Hessische FG folgte dem Ansinnen des FA nicht, weil der Anwendung des § 42 AO die einzelgesetzlichen Normen des § 12 Abs. 3 UmwStG sowie § 8c KStG entgegenstünden.

Der BFH entschied demgegenüber, das FG habe die vorzitierten Bestimmungen zu Unrecht als einzelsteuergesetzliche Umgehungsverhinderungsvorschriften i. S. d. § 42 Abs. 1 Satz 2 AO qualifiziert und diesen eine „Abschirmwirkung“ gegenüber der Anwendung des § 42 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 AO zuerkannt. Gleichviel stelle der Erwerb der Anteile an der D-GmbH und deren anschließende rückwirkende Verschmelzung auf die A-GmbH keinen Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten i. S. d. § 42 Abs. 2 AO dar.

Zu diesem Ergebnis gelangt der I. Senat des BFH in der Besprechungsentscheidung indes auf völlig anderen Wegen

als derselbe Senat in der vorausgegangenen Entscheidung I R 25/12: Hatte er ehemals die Anwendung von § 42 Abs. 1 AO a. F. ausgeschlossen, da diese Generalnorm neben spezialgesetzlichen Missbrauchsverhinderungsvorschriften keinen Geltungsbereich habe, prüft der I. Senat nunmehr die Einschlägigkeit der Generalnorm des § 42 Abs. 2 AO n. F. Diese soll nach seiner Entscheidung nur dann keine Anwendung finden, wenn eine einzelsteuergesetzliche Regelung besteht, die der Verhinderung von Steuerumgehungen dient, und der Tatbestand eben dieser Regelung erfüllt ist. Weil letzteres für den Streitfall zu verneinen ist, richtet der BFH seine Prüfung an § 42 Abs. 2 AO aus, verbindet dies aber mit dem Hinweis, es seien diejenigen Wertungen des Gesetzgebers zu berücksichtigen, die den von ihm kodifizierten einzelsteuergesetzlichen Umgehungsverhinderungsvorschriften zugrunde liegen, um Wertungswidersprüche im Rahmen der Auslegung zu verhindern.

Nach diesem Maßstab sind Gestaltungen, die darauf abzielen, die Nutzung eines vom Steuerpflichtigen aufgrund eigener wirtschaftlicher Tätigkeit erlittenen („echten“) Verlustes zu ermöglichen, nicht als Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten einzuordnen. Es bedarf in diesen Fällen nicht des Vorliegens eines außersteuerlichen Zwecks, der mit der Gestaltung verfolgt wird. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung, wonach Maßnahmen zur steuerlichen Nutzung eines „echten“ Verlustes nicht missbräuchlich, sondern durch das Leistungsfähigkeitsprinzip gedeckt sind (so auch Rdnr. 29 der Entscheidungsgründe). Ein Steuerpflichtiger darf seine Verhältnisse grundsätzlich so gestalten, dass keine oder möglichst geringe Steuern anfallen, und dabei Gestaltungen frei verwenden, die vom Gesetz vorgesehen sind (Rdnr. 28 der Entscheidungsgründe).

Anders als die Nutzung „echter“ betriebswirtschaftlicher Verluste wäre hingegen jener auf dem Markt „eingekaufter“ Fremdverluste zu würdigen gewesen.

Dem Umstand, dass es sich bei der D-GmbH, deren Anteile übertragen worden sind, um eine wirtschaftlich inaktive Gewinngesellschaft gehandelt habe, misst der BFH hingegen ebenso wenig Bedeutung bei wie der Ausschüttung der Gewinne des Rückwirkungszeitraums an die frühere Muttergesellschaft.

Über diese Vorgaben des BFH zur steuerrechtlichen Beurteilung von Verschmelzungsvorgängen unter Einbeziehung verlustbehafteter Kapitalgesellschaften hinausgehend verdient die Entscheidung des I. Senats Beachtung, weil sie die generelle Missbrauchsverhinderungsvorschrift des § 42 AO wiederaufleben lässt, was sicherlich auf Nachhall bei der Finanzverwaltung stoßen wird. Hinzu kommt, dass der I. Senat des BFH nicht nur den Anwendungsbereich des § 42 AO ausweitet, sondern auch das Verständnis dessen einschränkt, was mit einer einzelsteuergesetzlichen Missbrauchsverhinderungsvorschrift tatbestandlich zu verbinden sei. Eine solche liege nämlich mit § 12 Abs. 3 Hs. 2 i. V. m. § 4 Abs. 2 Satz 2 UmwStG nicht vor, da diese Norm nicht auf die Verhinderung missbrauchsverdächtiger Mantelkaufgestaltungen ausgerichtet sei, sondern vielmehr lediglich eine generelle Aussage zur Behandlung von Verlustvorträ-

⁴ Vgl. Hessisches FG, Urteil vom 29.11.2017, 4 K 127/15, EFG 2018, 486.

gen der übertragenden Körperschaft trafe und sich formal als Teilstück in der Konzeption des Gesetzgebers zur Ausgestaltung der steuerlichen Rechtsnachfolge bei Verschmelzungen erweise (Rdnr. 25 der Entscheidungsgründe). Auch handele es sich bei § 8c KStG nicht um eine Norm, welche der Verhinderung einer missbräuchlichen Nutzung von Verlusten diene. Sie müsse vielmehr als generelle Einschränkung der Verlustnutzung im Körperschaftsteuerrecht begriffen werden, da sie ausnahmslos bei einer entsprechenden Änderung im Gesellschafterbestand zum quotalen oder vollständigen Untergang des Verlusts führe. Warum der I. Senat des BFH hier eine Norm auch insoweit zitiert, als sie zwischenzeitlich für verfassungswidrig erachtet („quotaler Verlustuntergang“⁵) und unterdessen rückwirkend vom Gesetzgeber aufgehoben wurde, erschließt sich nicht.

⁵ Vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 29.3.2017, 2 BvL 6/11, BStBl. II 2017, S. 1082.

22. Begünstigte Schenkung von Sonderbetriebsvermögen

BFH, Urteil vom 17.6.2020, II R 38/17 (Vorinstanz: FG Köln, Urteil vom 29.6.2017, 7 K 1654/16)

AO § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1
ErbStG a. F. § 9 Abs. 1 Nr. 2, §§ 13a, 13b
FGO § 118 Abs. 2, § 126 Abs. 2

LEITSATZ:

Bei der Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens können die Begünstigungen nach §§ 13a, 13b ErbStG a. F. nur gewährt werden, wenn die Wirtschaftsgüter gleichzeitig mit dem Anteil an der Personengesellschaft übertragen werden.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Vater des Klägers und Revisionsklägers (Kläger) war alleiniger Kommanditist einer GmbH & Co. KG (KG) und alleiniger Gesellschafter der Komplementär-GmbH. Die KG war die alleinige, im Grundbuch eingetragene Eigentümerin eines Grundstücks mit einem Buchwert i. H. v. 140.000 € und einem Verkehrswert in Höhe von ca. 600.000 €.

2 Mit notarieller Vereinbarung vom 30.12.2013 brachte der Vater des Klägers durch Übertragung und Abtretung seinen Anteil an der Komplementär-GmbH zu Buchwerten in die KG ein (B. § 1 des Vertrags). Sodann übertrug die KG das Eigentum an dem Grundstück auf den Vater des Klägers gegen Zahlung von 46.811 € für eine freistehende Gewerbehalle (Fälligkeit 30.12.2013). Der Vater des Klägers überführte das Grundstück in sein Sonderbetriebsvermögen (C. § 1 des Vertrags). Besitz, Nutzen und Lasten gingen zum 30.12.2013, 24:00 Uhr auf den Vater des Klägers über (C. § 3 des Vertrags).

3 In einem weiteren Teil der notariellen Vereinbarung vom 30.12.2013 übertrug der Vater des Klägers im Wege der vorweggenommenen Erbfolge unentgeltlich durch Abtretung

seinen gesamten Kommanditanteil an der KG auf den Kläger (D. I. § 1 des Vertrags). Die Anmeldung der Übertragung des Kommanditanteils zur Eintragung in das Handelsregister datiert vom 30.12.2013. Unter D. I. § 1 Nr. 3 und 4 des Vertrags regelten die Vertragsparteien Folgendes:

„3. Die Übertragung und Abtretung erfolgt mit dinglicher Wirkung zum Beginn des 1.1.2014, 00:01 Uhr („Übertragungstichtag“), jedoch aus Haftungsgründen unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung des Schenknehmers als Kommanditist der KG kraft Sonderrechtsnachfolge im Handelsregister. Vom Übertragungstichtag bis zur Eintragung der Sonderrechtsnachfolge im Handelsregister wird die übertragene Gesellschaftsbeteiligung an der KG vom Schenkgeber treuhänderisch gehalten.

4. Damit stehen dem Schenknehmer ab dem Übertragungstichtag die mit dem Gesellschaftsanteil an der KG verbundenen Gesellschaftsrechte in der KG zu. Der Schenknehmer ist ab diesem Tag am Gewinn und Verlust sowie an den stillen Reserven der KG allein beteiligt.“

4 Die Anmeldung der Sonderrechtsnachfolge zum Handelsregister erfolgte ebenfalls am 30.12.2013, die Eintragung ins Handelsregister am 14.1.2014.

5 Schließlich übertrug der Vater des Klägers diesem das Grundstück (D. II. § 1 des Vertrags). Der Kläger überführte dies ebenfalls in sein Sonderbetriebsvermögen. Besitz, Nutzen und Lasten gingen am 1.1.2014, 00:01 Uhr auf den Sohn über (D. II. § 5 des Vertrags). Die Beteiligten waren sich über den Eigentumsübergang einig und bewilligten und beantragten die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch ohne Zwischeneintragung des Vaters (D. II. § 8 Nr. 1 des Vertrags).

6 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) erließ am 15.12.2015 einen Schenkungsteuerbescheid und setzte die Schenkungsteuer gegen den Kläger i. H. v. 22.000 € fest. Der Besteuerung legte das FA eine freigebige Zuwendung des Vaters des Klägers an diesen auf den 30.12.2013 im Wert des Grundbesitzes i. H. v. 600.000 € zugrunde. Den Wert des Grundstücks schätzte das FA. Den Freibetrag nach §§ 13a, 13b ErbStG in der Fassung vom 26.6.2013 (ErbStG a. F.) gewährte es nicht. Mit gleichem Datum erließ das FA einen weiteren Schenkungsteuerbescheid, mit dem es die Schenkung des KG-Anteils auf den 14.1.2014 besteuerte. Insoweit setzte es die Schenkungsteuer auf 0 € fest. Es gewährte die Steuerbegünstigung nach § 13a ErbStG a. F. und rechnete die Schenkungsteuer aus der Vorschenkung des Grundstücks i. H. v. 22.000 € an. Dieser Bescheid ist nicht Gegenstand des Verfahrens.

7 Den Einspruch des Klägers gegen den Schenkungsteuerbescheid wegen der Schenkung des Grundstücks am 30.12.2013 wies das FA mit Einspruchsentscheidung vom 29.5.2016 als unbegründet zurück.

8 Die Klage hatte keinen Erfolg. Nach Auffassung des FG hat das FA zu Recht für die Schenkung des Grundstücks keinen Freibetrag nach §§ 13a, 13b ErbStG a. F. gewährt.

9 Bei der Übertragung von einzelnen Wirtschaftsgütern des Sonderbetriebsvermögens sei es für die Gewährung der Begünstigung nach §§ 13a, 13b ErbStG a. F. erforderlich, dass

diese gleichzeitig mit dem Anteil an der Personengesellschaft übertragen würden. Die isolierte Übertragung von Sonderbetriebsvermögen ermögliche dem Erwerber noch keine Mitunternehmerinitiative.

10 Im Streitfall sei das im Sonderbetriebsvermögen befindliche Grundstück nicht gleichzeitig mit dem Kommanditanteil an der KG auf den Kläger übertragen worden. Es fehle an der zivilrechtlichen Gesellschafterstellung des Klägers zum Zeitpunkt der Grundstücksschenkung. Die Parteien hätten ausdrücklich aufschiebend bedingt vereinbart, dass die dingliche Wirkung der Übertragung und Abtretung des Kommanditanteils aus Haftungsgründen – abweichend vom Übertragungstichtag 1.1.2014, erst mit Eintragung des Klägers im Handelsregister als Kommanditist kraft Sonderrechtsnachfolge erfolgen solle. Diese Eintragung sei erst am 14.1.2014 vorgenommen worden. Erst ab diesem Tag sei der Kläger zivilrechtlich Kommanditist der KG geworden. Wegen der klaren Formulierung unter D. I. § 1 Nr. 3 des Vertrags könne auch im Wege der Vertragsauslegung kein abweichender Wille der Vertragsparteien festgestellt werden. Das Urteil ist in EFG 2017, 1743, veröffentlicht worden.

11 Dagegen richtet sich die Revision des Klägers. Er ist der Auffassung, dass er mit Beginn des 1.1.2014 über alle Gesellschaftsrechte einschließlich des Gewinnbezugsrechts und der stillen Reserven habe verfügen können. Er sei in der Lage gewesen, beim zuständigen Handelsregister die entsprechende Eintragung herbeizuführen. Darin unterscheide sich der Sachverhalt von dem, der dem Urteil des BFH vom 30.11.2009, II R 70/06, BFH/NV 2010, 900, zugrunde gelegen habe, auf das sich das FG in seiner Begründung berufen habe. Das im Sonderbetriebsvermögen befindliche Grundstück sei folglich zeitgleich mit dem Anteil an der KG auf den Kläger übertragen worden.

12 Der Kläger wies darauf hin, dass der Grundbesitzwert auf den 30.12.2013 mit Bescheid vom 23.7.2018 i. H. v. 596.876 € festgestellt worden sei.

13 Der Kläger beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und den Schenkungsteuerbescheid vom 15.12.2015 und die dazu ergangene Einspruchsentscheidung vom 25.5.2016 dahin gehend zu ändern, dass die Steuerbefreiung nach §§ 13a und 13 b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG hinsichtlich des im Zusammenhang mit dem Erwerb des Kommanditanteils an der KG erworbenen Grundstücks gewährt wird;

hilfsweise, den Grundbesitzwert aus dem Bescheid über die gesonderte Feststellung des Grundbesitzwerts auf den 30.12.2013 vom 23.7.2018 i. H. v. 596.876 € anzusetzen.

14 Das FA beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

15 II. Die Revision war als unbegründet zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Im Ergebnis zutreffend hat das FG entschieden, dass für die am 30.12.2013 erfolgte Grundstücksschenkung die Steuerbegünstigung nach § 13a Abs. 1, § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG a. F. nicht zu gewähren ist.

16 1. Der angefochtene Schenkungsteuerbescheid erfasst zutreffend die Schenkung des zuvor vom Vater des Klägers von der KG erworbenen und sodann ins Sonderbetriebsvermögen des Vaters überführten Grundstücks an den Kläger.

17 a) Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Bei der Frage nach dem Gegenstand der Zuwendung ist maßgebend, was nach der Schenkungsabrede geschenkt werden sollte und worüber der Beschenkte im Verhältnis zum Schenker tatsächlich und rechtlich endgültig verfügen kann. Eine freigebige Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt und die Zuwendung (objektiv) unentgeltlich ist. Dies erfordert, dass der Empfänger über das Zugewendete im Verhältnis zum Leistenden tatsächlich und rechtlich frei verfügen kann. Dafür, ob dies der Fall ist, kommt es ausschließlich auf die Zivilrechtsslage an (st. Rspr.; vgl. BFH, Urteil vom 22.10.2014, II R 26/13, BFHE 247, 456 = BStBl. II 2015, S. 239 Rdnr. 10 m. w. N.).

18 b) Die Schenkungsteuer entsteht nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG in dem Zeitpunkt der Ausführung der Zuwendung. Bei Grundstücksschenkungen ist die Schenkung jedoch nicht erst mit der Eintragung des Beschenkten im Grundbuch, sondern bereits in dem Zeitpunkt ausgeführt, in dem die Auflassung beurkundet worden ist, der Schenker die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bewilligt hat und der Beschenkte nach den getroffenen Vereinbarungen von der Eintragungsbewilligung Gebrauch machen darf (vgl. BFH, Urteil vom 29.11.2017, II R 14/16, BFHE 260, 372 = BStBl. II 2018, S. 362 Rdnr. 22 m. w. N.).

19 c) Ausgehend von diesen Grundsätzen wurde die von dem angefochtenen Schenkungsteuerbescheid erfasste Grundstücksschenkung bereits am 30.12.2013 ausgeführt. Der Vater des Klägers hat die Auflassung zu diesem Zeitpunkt erklärt und die Eintragung der Rechtsänderung ins Grundbuch bewilligt. Die Auflassung war wirksam. Insbesondere stand sie nicht unter einer aufschiebenden Bedingung. Bereits am 30.12.2013 wurde die Umschreibung im Grundbuch beantragt.

20 2. Für die Grundstücksschenkung war die Steuerbegünstigung für inländisches Betriebsvermögen nach §§ 13a, 13b ErbStG a. F. nicht zu gewähren. Zwar handelte es sich bei dem Grundstück um Sonderbetriebsvermögen des Vaters bei der KG. Es wurde vom Kläger auch in sein Sonderbetriebsvermögen bei der KG eingebracht. Das Grundstück ist jedoch nicht zeitgleich mit dem Anteil an der KG auf den Kläger übertragen worden.

21 a) Nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG a. F. gehören zu dem nach § 13a Abs. 1 und 2 ErbStG a. F. begünstigten Vermögen das inländische Betriebsvermögen beim Erwerb eines ganzen Gewerbebetriebs, eines Teilbetriebs oder eines Anteils an einer Gesellschaft i. S. d. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 EStG. Die Steuervergünstigungen sind nach ständiger Rechtsprechung nur zu gewähren, wenn das von Todes wegen oder durch Schenkung unter Lebenden erworbene Vermögen durchgehend sowohl beim bisherigen als auch beim

neuen Rechtsträger den Tatbestand des § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG a. F. erfüllt (BFH, Urteil vom 6.11.2019, II R 34/16, BFH/NV 2020, 433 Rdnr. 24).

22 Der in dieser Vorschrift durch Bezugnahme auf § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 EStG verwendete Gesellschaftsbegriff ist nicht zivilrechtlich, sondern ertragsteuerrechtlich zu verstehen (BFH-Urteile vom 1.9.2011, II R 67/09, BFHE 239, 137 = BStBl. II 2013, S. 210 Rdnr. 51 und in BFH/NV 2020, 433, Rdnr. 24). Der Begriff des Mitunternehmeranteils umfasst ertragsteuerrechtlich auch etwaiges Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters (vgl. BFH, Urteil vom 24.8.2000, IV R 51/98, BFHE 192, 534 = BStBl. II 2005, S. 173 unter 2. b) bb)).

23 b) Bei der Übertragung einzelner Wirtschaftsgüter des Sonderbetriebsvermögens können die Begünstigungen nach §§ 13a, 13b ErbStG a. F. nur gewährt werden, wenn die Wirtschaftsgüter gleichzeitig mit dem Anteil an der Personengesellschaft übertragen werden (vgl. BFH, Urteil vom 20.03.2002, II R 53/99, BFHE 199, 19 = BStBl. II 2002, S. 441 zu § 13a Abs. 2a ErbStG 1974). Durch die alleinige Übertragung des Sonderbetriebsvermögens ohne gleichzeitige Übertragung des Mitunternehmeranteils geht die Rechtsstellung des Schenkers als Mitunternehmer auf den Bedachten nicht über. Die isolierte Übertragung von Sonderbetriebsvermögen ermöglicht dem Erwerber noch keine Mitunternehmerinitiative. Letztere ist jedoch Voraussetzung für die Steuerbegünstigung.

24 c) Ob der Erwerber eine Mitunternehmerstellung erlangt hat, ist nicht nach zivilrechtlichen, sondern allein nach ertragsteuerrechtlichen Kriterien zu entscheiden. Nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG können Mitunternehmer auch solche Personen sein, die nicht in einem zivilrechtlichen Gesellschaftsverhältnis einer Außen- oder Innengesellschaft, sondern in einem wirtschaftlich vergleichbaren Gemeinschaftsverhältnis zueinanderstehen. Mitunternehmer, die zivilrechtlich nicht Gesellschafter einer Personengesellschaft sind, werden einkommensteuerrechtlich nach § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 2 EStG und somit auch bewertungsrechtlich im Hinblick auf § 97 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 des Bewertungsgesetzes unmittelbar an der Personengesellschaft beteiligten Gesellschaftern gleichgestellt. Für die Gewährung der Steuerbegünstigung ist es weder erforderlich noch ausreichend, dass der Erwerber einen zivilrechtlichen Anteil an einer Personengesellschaft erwirbt, es genügt vielmehr, dass er aufgrund des Erwerbs nach ertragsteuerrechtlichen Grundsätzen Mitunternehmer wird (BFH-Urteil in BFHE 239, 137 = BStBl. II 2013, S. 210 Rdnr. 58).

25 d) Nach diesen Grundsätzen hat das FG im Ergebnis zutreffend die Gewährung der Steuerbegünstigung verneint.

26 Es kann dahinstehen, ob der Kläger aufgrund der Vereinbarung des Treuhandverhältnisses nach ertragsteuerrechtlichen Kriterien bereits am 1.1.2014 oder erst zusammen mit der zivilrechtlichen Rechtsänderung mit der Eintragung im Handelsregister am 14.1.2014 Mitunternehmer der KG geworden ist. Denn im Streitfall ist das Grundstück noch vor dem 1.1.2014 und damit nicht zugleich mit dem Mitunternehmeranteil auf den Kläger übertragen worden.

27 Im Zeitpunkt der Grundstücksschenkung am 30.12.2013 sind – anders als § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG a. F. es voraus-

setzt – weder Mitunternehmerisiko noch Mitunternehmerinitiative auf den Kläger übergegangen. Unter D. I. § 1 Nr. 3 des Vertrags haben der Kläger und dessen Vater ausdrücklich vereinbart, dass die Übertragung und Abtretung des Mitunternehmeranteils auf den 1.1.2014 erfolgen soll, und dieses Datum ausdrücklich als Übertragungstichtag festgelegt. Unabhängig davon, dass die Abtretung noch aus Haftungsgründen unter der aufschiebenden Bedingung stand, dass der Kläger im Handelsregister eingetragen wird, war für die Abtretung vereinbart, dass dem Kläger erst ab diesem Übertragungstichtag (1.1.2014) die Gesellschaftsrechte an der KG zustehen und der Vater diese treuhänderisch halten solle. Zu diesem Zeitpunkt war das Grundstück nach schenkungsteuerrechtlichen Grundsätzen bereits übertragen worden, denn die Schenkung war mit der (bedingungslos) erklärten Auflassung und der Bewilligung zur Umschreibung im Grundbuch bereits am 30.12.2013 ausgeführt (siehe oben unter 1.).

28 3. Der Hilfsantrag hat keinen Erfolg.

29 Der BFH ist an die tatsächlichen Feststellungen des FG gebunden (§ 118 Abs. 2 FGO). Tatsachen, die erst nach Erlass des FG-Urteils entstehen, können im Revisionsverfahren nicht berücksichtigt werden (Tipke/Kruse/Seer, Abgabenordnung, Finanzgerichtsordnung, § 118 FGO Rdnr. 58 m. w. N.) und führen auch nicht zur Aufhebung der Vorentscheidung.

30 Es kann dahinstehen, wie mit Grundlagenbescheiden zu verfahren ist, wenn die Vorentscheidung aufgehoben wird und der BFH in der Sache selbst entscheidet (§ 126 Abs. 3 Nr. 1 FGO). Wird – wie im Streitfall – die Revision als unbegründet zurückgewiesen, hat die Vorentscheidung jedenfalls Bestand. Sie wird nicht dadurch unrichtig, dass zu einem späteren Zeitpunkt ein Grundlagenbescheid erlassen wird, der materielle Auswirkungen auf den im finanzgerichtlichen Verfahren bestätigten Bescheid hat. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO ermöglicht in diesen Fällen die Änderung des bestandskräftigen Folgebescheids. Es kann offen bleiben, ob der Hilfsantrag des Klägers als an das FA gerichteter Antrag auf Änderung nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 AO anzusehen ist, denn die Änderung erfolgt in einem gesonderten Verfahren. Das Revisionsverfahren dient nicht zur Durchführung der Änderung.

31 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 2 FGO.

23. Aufhebung der Grunderwerbsteuer – Anspruch auf Rückgängigmachung eines grunderwerbsteuerbaren Rechtsgeschäfts bei Wohnflächendifferenzen

BFH, Urteil vom 19.2.2020, II R 4/18 (Vorinstanz: FG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 30.3.2017, 12 K 15340/15)

BGB §§ 133, 157, 631, 633, 634

II. BV §§ 1, 42, 43, 44, 45

GrEStG § 16 Abs. 2 Nr. 3

LEITSÄTZE:

1. Wird nach abgeschlossenem und durchgeführtem Kauf- oder Werkvertrag über eine Wohnimmobilie die Nichtfestsetzung, Aufhebung oder Änderung der Grunderwerbsteuer auf Grundlage des § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG beantragt, so muss die Nichterfüllung von Vertragsbedingungen zivilrechtlich einen gesetzlichen oder vertraglichen Rechtsanspruch auf Rückgängigmachung des Grundstücksgeschäfts vermitteln, der einseitig und gegen den Willen des anderen am Grundstücksgeschäft Beteiligten erzwungen werden kann (Anschluss an das BFH, Urteil vom 8.6.1988, II R 90/86, BFH/NV 1989, 728).
2. Ob ein solcher Rechtsanspruch besteht, richtet sich nach zivilrechtlichen Grundsätzen und ist im Besteuerungsverfahren in vollem Umfang zu prüfen. In Betracht kommen insbesondere die Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln des Vertragsgegenstandes. Eine Abweichung zwischen der vertraglich geschuldeten und der tatsächlichen Wohnfläche des Vertragsobjekts zulasten des Erwerbers kann einen Mangel begründen.
3. Der Rechtsanspruch kann nach Ablauf von zwei Jahren nicht durch einen mit Rücksicht auf wirkliche oder vermeintliche Leistungsstörungen abgeschlossenen Vergleichsvertrag ersetzt oder geschaffen werden.
4. Ein in einer Wohnflächendifferenz liegender Mangel ist erst dann ein „schwerer Mangel“, wenn die Differenz die Schwelle von 10 % überschreitet.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Mit notariellem Kaufvertrag vom 14.8.2006 erwarb die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) eine noch zu errichtende Eigentumswohnung in X nebst Stellplatz zu einem Festpreis von 600.000 € von der E GmbH & Co. KG. Geschäftsführer deren Komplementärin war der Bruder der Klägerin.

2 Die Eigentumswohnung erstreckt sich über mehrere Etagen. Die Wohnungsabschlusstür befindet sich im Erdgeschoss. Von dort führt ein treppenhaustypischer Flur, der indes der Wohnung allein zugeordnet ist, zu einer Treppe, die zunächst ins 1. Obergeschoss, von dort über eine kurze flächige Unterebrechung weiter ins 2. Obergeschoss führt. Wohnräume befinden sich im Erdgeschoss und 1. Obergeschoss im Übrigen

nicht. Vom 2. Obergeschoss, das einen Teil der Wohnräume beherbergt, leitet an anderer Stelle eine Treppe zunächst ins 3. Obergeschoss, wo sich weitere Wohnräume befinden, und weiter zu einer Dachterrasse auf dem 4. Obergeschoss. Zudem existiert ein Keller.

3 Nach § 1 Nr. 1 des Kaufvertrags war, soweit dieser nicht abweichende Vereinbarungen und Pläne vorsah, das Bauvorhaben nach Maßgabe der UR-Nr. [...] /2005 vom 28.1.2005 sowie der Baugenehmigung zu erstellen. Bei dieser Urkunde handelte es sich um die Teilungserklärung, mit der u. a. ein 1 506,77/10 000stel Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an sämtlichen im Aufteilungsplan mit der Nr. 7 bezeichneten, zu Wohnzwecken dienenden Räumen (Wohnung) im Keller-, Erd- und 1., 2. sowie 3. Obergeschoss nebst Dachterrasse im 4. Obergeschoss gebildet worden war. § 1 Nr. 2 des Kaufvertrags beschrieb den Kaufgegenstand wie folgt:

Teileigentumseinheit	10 000stel Miteigentumsanteil
Nr. 7	1 506,77/10 000 Wohnfläche ca. 270 m ²
17 (Tiefgarage)	88,28/10 000

4 § 14 Abs. 1, 3 der Teilungserklärung sah die Umlage von Kosten und Lasten nach Wohn- und Nutzflächen vor, wobei sich die Wohnfläche nach der II. BV i. d. F. der Neubekanntmachung vom 12.10.1990 (BGBl. 1990 I, S. 2178) ermittelte. Anlage 2 zur Teilungserklärung enthielt die Flächenaufstellung für das gesamte Objekt und wies für die Wohnung eine Fläche von 256 m² (Gesamtobjekt 1699 m²) und einen Anteil von 1 506,77/10 000 aus. Anlage 1 zur Teilungserklärung enthielt Grundrisse für die jeweiligen Geschosse und listete die Flächen für die Wohnung aufgeschlüsselt nach den (kumulierten) Wohnflächen, den Terrassen sowie den Treppen der jeweiligen Geschosse auf, jedoch ohne Gesamtsumme. Die Flächenaufstellung zum Bauantrag gab ebenfalls für die Wohnung eine nach der II. BV ermittelte Fläche von insgesamt 256 m² an.

5 Nach § 5 Nr. 3 des Kaufvertrags hatte die Verkäuferin das Objekt nach der Baubeschreibung (vorrangig) und den Bauplänen herzustellen. § 5 Nr. 1 Abs. 1 des Kaufvertrags verweist für die Rechte des Käufers wegen Sach- und Rechtsmängeln grundsätzlich auf das Werkvertragsrecht des BGB. § 5 Nr. 1 Abs. 4 des Kaufvertrags lautete wörtlich:

„Das Recht, den Kaufvertrag wegen Mängeln an dem Bauwerk rückgängig zu machen, wird ausgeschlossen, sofern nicht ein schwerer und unbehebbarer Mangel vorliegt.“

6 Die Wohnung wurde errichtet, der Kaufvertrag abgewickelt und die Klägerin als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) setzte mit Bescheid vom 1.2.2007 Grunderwerbsteuer i. H. v. 21.000 € fest.

7 Später kam es zu Unstimmigkeiten zwischen den Vertragsparteien über die tatsächliche Fläche der Wohnung. Nach Ansicht der Klägerin sei zwar die Wohnung den Grundrissen

entsprechend errichtet, weise aber nicht die aus ihrer Sicht vertraglich vereinbarte Fläche von 270 m² auf. In einem im Auftrag der Klägerin erstellten Gutachten vom 15.12.2009 ermittelte der Sachverständige eine Wohnfläche von 218,13 m². Dabei kam er für die „reinen“ Wohnräume (Zimmer, Küche, Bad, Wohnungsflur) zu einer Fläche von 190,29 m² und zu Terrassenflächen von insgesamt 111,37 m², die er mit 25 % und damit 27,84 m² ansetzte. Treppen/Treppenhaus (Treppenhausfläche 2. Obergeschoss 19,17 m²) und die zugehörigen Flurflächen berücksichtigte er nicht.

8 Auf dieser Grundlage beehrte die Klägerin die Rückabwicklung des Kaufvertrags, die in einer notariellen Vereinbarung vom 20.12.2009 beurkundet wurde. Im Vorspann heißt es, der Käufer habe festgestellt, dass die im Kaufvertrag vereinbarte Wohnfläche von 270 m² nicht gegeben sei. Gutachterlich sei eine tatsächliche Wohnfläche von 218,13 m² ermittelt worden. In § 1 Abs. 1 des Vertrags vom 20.12.2009 bestätigte die Verkäuferin, dass die Käuferin von ihrem Recht zur Rückgängigmachung des Kaufvertrags Gebrauch gemacht habe und die Voraussetzungen des Gewährleistungsanspruchs vorgelegen hätten. Nach Vollzug der Rückabwicklung im Jahre 2012 stellte die Klägerin am 31.12.2012 einen Antrag auf Aufhebung der Grunderwerbsteuerfestsetzung für den ursprünglichen Kaufvertrag gemäß § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG.

9 Zwischenzeitlich hatte das zuständige FA im Zusammenhang mit diesem Bauprojekt ein steuerstrafrechtliches Ermittlungsverfahren gegen den Bruder der Klägerin durchgeführt. In dessen Rahmen ließ der Bruder der Klägerin gutachterliche Stellungnahmen eines Sachverständigen über die Wohnfläche einreichen. Dieser ermittelte die Wohnfläche auf Grundlage der WoFIV vom 25.11.2003 (BGBl. 2003 I, S. 2346), die sich zum Stichtag 14.8.2006 als allgemeine Grundlage zur Ermittlung der Wohnfläche etabliert habe. Er kam auf der Grundlage einer Alternativannahme hinsichtlich der baulichen Gestaltung im 2. Obergeschoss zu einer „reinen“ Wohnfläche von 185,46 m²/195,04 m². Treppen mit über drei Steigungen sowie die Zwischenpodeste gehörten nach der WoFIV nicht zur wohnflächenrelevanten Grundfläche einer Wohnung. Als ungedeckte Terrasse sei die Terrassenfläche von insgesamt 111,85 m² zu 25 % (27,96 m²) anzusetzen, sodass sich – mit Rundungsdifferenzen – eine relevante Wohnfläche von 213,43 m²/223,01 m² ergab.

10 Eine Bausachverständige der (...) Finanzverwaltung nahm die reine Wohnfläche mit 189,72 m² an. Die Treppenläufe nahm sie von der Flächenberechnung aus. Die Treppenhäuser betrachtete sie größtenteils als Flure, nicht als Treppenpodeste, und bezog sie im Erdgeschoss zu 17,85 m² und im 2. Obergeschoss zu 19,66 m² (offengelassen für eine Fläche von 3,47 m² im 1. Obergeschoss) ein. Die Terrassenflächen von insgesamt 112,01 m² berücksichtigte sie – nach eigener Angabe in Anlehnung an die Berechnung im Kaufvertrag – teilweise (28,74 m²) zu 33 %, teilweise (83,27 m²) zu 20 % und somit insgesamt mit 25,92 m². Sie kam so zu einer Gesamtfläche von 253,15 m² bzw. – unter Einbeziehung von 3,47 m² im 1. Obergeschoss – von 256,62 m².

11 Das FA hat mit Bescheid vom 16.1.2013 den Aufhebungsantrag abgelehnt, das FG nach erfolglosem Einspruch die Klage abgewiesen. Es habe kein schwerer und unbehebbarer

Mangel vorgelegen. Die Vertragsbedingungen des Rechtsgeschäfts seien erfüllt worden. Da der Kaufvertrag auf die Baugenehmigung und die Teilungserklärung einschließlich Plänen und Baubeschreibungen Bezug nehme, sei die aus den beigelegten Grundrissen und Auflistungen erkennbare tatsächliche Gesamtfläche von 279,73 m² (unter Einbeziehung von Treppen und Treppenhaus sowie der Terrassen zu 50 %) Gegenstand des Kaufvertrags geworden. Auf abstrakte Berechnungsvorschriften zur Wohnfläche komme es nicht an. Die fehlende Begründung der Dachfläche sei kein Rückabwicklungskriterium und wäre zudem ein behebbarer Mangel gewesen.

12 Mit der Revision rügt die Klägerin die Verletzung von § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG in zweierlei Hinsicht. Das FG verkenne zum einen die Auslegungsgrundsätze des BGH für die Ermittlung der vertraglichen Beschaffenheit bei Bauträgerverträgen, zum anderen die Rechtswirkungen der Vereinbarung vom 20.12.2009.

13 Beim Kauf insbesondere einer zur Vermietung bestimmten Eigentumswohnung sei die Wohnfläche von entscheidender Bedeutung, da sie über die ortsübliche Vergleichsmiete entscheide. Nach der Teilungserklärung und der Baugenehmigung sei diese nach der II. BV zu ermitteln. Danach sei eine Wohnung mit ca. 270 m² (§ 1 Abs. 2 des Kaufvertrags), hilfsweise von 256 m² (Flächenaufstellung zur Teilungserklärung) im Sinne der II. BV Vertragsgegenstand geworden. Tatsächlich sei sie deutlich kleiner und auch nur mit einer Größenangabe von „ca. 223 m²“ vermietet worden, da das aus Brandschutzgründen nicht zu Wohnzwecken nutzbare Treppenhaus nicht anzusetzen sei.

14 Im Übrigen sei bereits aufgrund der Vereinbarung vom 20.12.2009 „das Rechtsgeschäft (...) auf Grund eines Rechtsanspruchs rückgängig gemacht“ worden. Diese Vereinbarung habe nicht den Kaufvertrag einvernehmlich aufgehoben, sondern das bestehende Rücktrittsrecht der Klägerin anerkannt.

15 Die Klägerin beantragt sinngemäß,

die Vorentscheidung sowie den Bescheid vom 16.1.2013 und die Einspruchsentscheidung vom 7.11.2015 aufzuheben und das FA zu verpflichten, den Bescheid über Grunderwerbsteuer vom 1.2.2007 aufzuheben.

16 Das FA beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

17 Die „ca.“-Angabe des Kaufvertrags und die in der Teilungserklärung angegebene Wohnungsgröße von 256 m² zeige, dass der Klägerin die Größenabweichung bekannt gewesen sei. Es sei ihr nicht um eine bestimmte Größe, sondern um die persönlichen Vorstellungen von der Wohnung gegangen. Allein die Rückabwicklung des Kaufvertrags bewiese nicht das Vorliegen eines schweren und unbehebbar Mangels.

18 II. Die Revision ist jedenfalls nach § 126 Abs. 4 FGO zurückzuweisen. Das FG hat im Ergebnis zu Recht erkannt, dass die Klägerin keinen Anspruch auf Aufhebung des Grunderwerbsteuerbescheids vom 1.2.2007 hat.

19 1. Erwirbt der Veräußerer das Eigentum an dem veräußerten Grundstück zurück, so wird auf Antrag sowohl für den

Rückerwerb als auch für den vorausgegangenen Erwerbsvorgang die Steuer nicht festgesetzt oder die Steuerfestsetzung aufgehoben, wenn die Vertragsbedingungen des Rechtsgeschäfts, das den Anspruch auf Übereignung begründet hat, nicht erfüllt werden und das Rechtsgeschäft deshalb aufgrund eines Rechtsanspruchs rückgängig gemacht wird (§ 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG).

20 a) Vertragsbedingungen i. S. d. § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG sind die Vereinbarungen des den Übereignungsanspruch begründenden Rechtsgeschäfts. Die Nichterfüllung von Vertragsbedingungen muss zivilrechtlich einen gesetzlichen oder vertraglichen Rechtsanspruch auf Rückgängigmachung des Grundstücksgeschäfts vermitteln, der einseitig und gegen den Willen des anderen am Grundstücksgeschäft Beteiligten erzwungen werden kann (vgl. noch zu früherem Landesrecht BFH, Urteil vom 8.6.1988, II R 90/86, BFH/NV 1989, 728 unter 1.).

21 Als Ansprüche auf Rückgängigmachung eines Erwerbsvorgangs wegen Nichterfüllung von Vertragsbedingungen kommen insbesondere gesetzliche oder vertragliche Rücktrittsrechte, der Wegfall der Geschäftsgrundlage oder das Wiederkaufsrecht bei Nichteinhaltung von Vertragsbestimmungen in Betracht (vgl. grundlegend, noch zur Wand[e]llung unter der Rechtslage vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. 2001 I, S. 3138; BFH, Urteil vom 13.7.1983, II R 44/81, BFHE 139, 94 = BStBl. II 1983, S. 683 unter 2.). Maßgebend ist die Zivilrechtslage.

22 b) Das Rechtsgeschäft muss aufgrund dieses Rechtsanspruchs rückgängig gemacht werden. Weder die irriige Annahme eines in Wahrheit nicht bestehenden Anspruchs noch eine anderweitig motivierte Rückabwicklung reichen aus.

23 2. Der Rechtsanspruch auf Rückgängigmachung ist für die Anwendung des § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG unabdingbare Voraussetzung. Die Durchführung der Rückabwicklung in Vertragsform, auch in Gestalt eines mit Rücksicht auf tatsächliche oder behauptete Leistungsstörungen abgeschlossenen Vergleichsvertrags, genügt nicht.

24 a) Einer Rückgängigmachung aufgrund eines Rechtsanspruchs steht nicht entgegen, dass der Erwerbsvorgang im Einvernehmen aller Beteiligten durch Vereinbarung rückgängig gemacht wird, sofern das Rücktrittsrecht vor Vertragsabschluss unbestritten feststeht (vgl. BFH-Urteile vom 21.12.1960, II 194/57 U, BFHE 72, 444 = BStBl. III 1961, S. 163 und vom 9.3.1983, II R 175/80, juris; in BFH/NV 1989, 728, unter 1.; im Anschluss ebenso Urteil des FG Baden-Württemberg vom 18.2.1998, 5 K 182/97, EFG 1998, 1087).

25 Die Einschränkung „unbestritten“ bedeutet, dass der Rechtsanspruch objektiv bestanden haben muss, was im Besteuerungsverfahren selbstständig zu prüfen ist. Weder begründet allein der Konsens der Vertragsparteien einen Rechtsanspruch noch vernichtet diesen ein Bestreiten des Veräußerers. Derartiges Erklärungsverhalten kann auf einem Irrtum über die Sach- und Rechtslage beruhen, aber auch wesentlich falsch sein. Inwieweit es einen Anhaltspunkt für die Existenz eines Anspruchs auf Rückgängigmachung darstellen kann, wenn die andere Vertragspartei den Anspruch bestreitet oder nicht bestreitet, ist eine Frage des Einzelfalls.

26 b) Die Anforderungen des § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG sind nicht erfüllt, wenn mehr als zwei Jahre nach Vertragsschluss durch Vergleich ein Anspruch auf Rückgängigmachung des Erwerbsvorgangs erstmals begründet wird.

27 aa) Mit einer solchen Auslegung liefe sowohl die in § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG bestimmte Frist für die Nichterhebung der Steuer bei im Übrigen voraussetzungsloser Rückgängigmachung als auch das Tatbestandsmerkmal des Rechtsanspruchs in § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG leer. Es wäre den Vertragsparteien uneingeschränkt möglich, ihren auf beliebigen Gründen beruhenden Willen zur Rückgängigmachung des Veräußerungsgeschäfts zu jeder Zeit in die äußere Gestalt eines Vergleichsvertrags zu hüllen und so die Voraussetzungen für die Nichterhebung der Steuer herbeizuführen.

28 bb) Diesem Ergebnis steht nicht entgegen, dass es im Einzelfall tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten aufwerfen kann, im Besteuerungsverfahren die Existenz eines Rückabwicklungsanspruchs zu prüfen. Dies ist jedoch in § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG angelegt. Für eine teleologische Erweiterung der Vorschrift etwa auf eine zweifelhafte und ungeklärte zivilrechtliche Rechtslage besteht kein Anlass, zumal dies lediglich weitere Abgrenzungsprobleme hervorriefe.

29 cc) Soweit der BFH einen Anspruch auf Wandelung auch für ausreichend erachtet hat, wenn er erst nach einem vergeblichen Minderungsverlangen geltend gemacht wurde, beruhte dies auf der Überlegung, dass der Anspruch auf Wandelung von Beginn an bestanden habe und durch das Minderungsbegehren nicht erloschen sei (BFH, Urteil vom 15.2.1978, II R 177/75, BFHE 124, 550 = BStBl. II 1978, S. 379). Soweit der BFH schließlich die Möglichkeit entwickelt hat, ein Rücktrittsrecht nachträglich neu zu begründen und auszuüben (vgl. BFH, Urteil vom 18.11.2009, II R 11/08, BFHE 226, 552 = BStBl. II 2010, S. 498 Rdnr. 23; Beschluss vom 2.8.2013, II B 111/12, BFH/NV 2014, 383), ist dies lediglich im Anwendungsbereich des § 16 Abs. 1 GrEStG mit Rücksicht auf das vorbehaltenen Rücktrittsrecht nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG geschehen und auch auf den Zeitraum von zwei Jahren seit Entstehung der Steuer begrenzt und rechtfertigt für den Anspruch auf Rückgängigmachung nach § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG keine andere Beurteilung.

30 3. Nach diesen Maßstäben konnte der Vertrag vom 20.12.2009 keinen Anspruch auf Rückgängigmachung des Kaufvertrags i. S. d. § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG begründen. Der Klägerin stand kein Rücktrittsrecht wegen eines schweren Mangels der Wohnung zu.

31 a) § 5 Nr. 1 Abs. 1 des Kaufvertrags verweist für die Rechte des Käufers wegen Sach- und Rechtsmängeln auf das Werkvertragsrecht des BGB (§§ 631 ff. BGB). Im Werkvertragsrecht begründet § 634 Nr. 3 BGB nach näherer Maßgabe der §§ 636, 323 und 326 Abs. 5 BGB ein gesetzliches Rücktrittsrecht, wenn das Werk mangelhaft ist. Das ist nach § 633 Abs. 2 Satz 1 BGB der Fall, wenn es nicht die vereinbarte Beschaffenheit hat. Grundsätzlich genügt jeder Mangel. Für die Frage, ob ein Mangel vorliegt (und damit die Sollbeschaffenheit des Werks), kommt es auf den Inhalt des jeweiligen Vertrags an, der nach §§ 133, 157 BGB auszulegen ist.

32 Diese Regelungen sind im Wesentlichen dispositiv. Das ergibt sich im Umkehrschluss aus § 639 BGB, wonach die Mängelgewährleistung (nur) im Falle des arglistigen Verschweigens oder der Garantieübernahme nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Im Streitfall verlangt § 5 Abs. 1 Nr. 4 des Kaufvertrags über § 634 Nr. 3 BGB hinaus, dass ein schwerer und unbehebbarer Mangel vorliegt.

33 b) Der BGH hat in ständiger Rechtsprechung, worauf die Klägerin zu Recht hinweist, bei Kauf- und Werkverträgen über Wohnimmobilien regelmäßig die vereinbarten Wohnflächen als Beschaffenheitsmerkmale qualifiziert. Weicht die tatsächlich ausgeführte Fläche zu Ungunsten des Erwerbers von der vereinbarten Fläche ab, ist die Wohnung mangelhaft (noch zu früherem Schuldrecht, BGH, Urteil vom 8.1.2004, VII ZR 181/02, NJW 2004, 2156 unter II. 1.). Der Inhalt einer vertraglichen Erklärung über die Größe der Wohnfläche ist im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Ist ein konkreter Berechnungsmaßstab nicht vereinbart, ist der Begriff der Wohnfläche unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zu bestimmen (vgl. zu aktuellem Schuldrecht und unter Verweis auf bisheriges Schuldrecht, insoweit ohne Änderungen, BGH, Beschluss vom 19.1.2012, V ZR 141/11, Wohnungswirtschaft und Mietrecht 2012, 164, Rdnr. 9). Rechenoperationen, die der Prüfung der Plausibilität und der Aufdeckung etwaiger Differenzen dienen, sind von dem Käufer nicht zu erwarten (vgl. BGH-Urteile vom 11.7.1997, V ZR 246/96, NJW 1997, 2874 unter II. 2. a), b); vom 22.12.2000, VII ZR 310/99, BGHZ 146, 250 = NJW 2001, 818 unter II. 2. a)-c); hinsichtlich der Einbeziehung des Prospekts überholt nach Maßgabe des BGH-Urteils vom 6.11.2015, V ZR 78/14, BGHZ 207, 349 = NJW 2016, 1815 Rdnr. 15, zum Umfang einer vorvertraglichen Aufklärungspflicht). Anderes kann bei geringfügigen Flächenabweichungen gelten (vgl. BGH-Urteile in NJW 1997, 2874; vom 21.1.1999, VII ZR 398/97, NJW 1999, 1859 unter II. 1.; vom 14.5.1998, III ZR 229/97, NJW-RR 1998, 1169, unter II.; jew. aber Mangel noch bejaht).

34 c) Das FG hat den Kaufvertrag im Hinblick auf die in Bezug genommene Teilungserklärung und die dazugehörigen Grundrisse dahin gehend ausgelegt, dass Vertragsgegenstand eine Wohnung war, die unter Einbeziehung von Treppen und Treppenhaus sowie von 50 % der Terrassenfläche eine Gesamtfläche von 279,73 m² aufwies. Dementsprechend hat es die nach den Grundrissen erstellte Wohnung nicht als mangelhaft angesehen und ein Rücktrittsrecht der Klägerin verneint. Die Auslegung des FG ist zweifelhaft, weil keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür bestehen, dass aus dem Kaufvertrag und den Anlagen ein solcher Schluss auf die maßgebliche Gesamtfläche möglich war.

35 Zu den anerkannten Auslegungsgrundsätzen gehört bei der Auslegung von Verträgen u. a. die vollständige Erfassung des Vertragstextes (vgl. BFH, Urteil vom 19.8.2015, X R 30/12, BFH/NV 2016, 203 Rdnr. 38). Dementgegen deutet die Auslegung des FG auf eine nur selektive Erfassung des Vertragstextes hin. Im Kaufvertrag wird eine Gesamtfläche von ca. 270 m² und in der Anlage 2 zur Teilungserklärung eine Gesamtfläche von 256 m² angegeben. Keine dieser Zahlen entspricht der aus den Grundrissen abgeleiteten Fläche von 279,73 m². Bei einer vollständigen Erfassung des Vertragstextes wäre der

Widerspruch zwischen den verschiedenen Angaben zur Gesamtfläche zu klären gewesen. Das ist im Streitfall nicht geschehen.

36 d) Letztlich kann aber dahinstehen, ob die Auslegung des Vertragsinhalts hinsichtlich der Gesamtfläche der Wohnung durch das FG dazu führt, dass die Bindung des BFH (§ 118 Abs. 2 FGO) an diese Auslegung entfällt. Entfällt die Bindung an die Auslegung des FG, kann der BFH die vorliegenden Vertragsunterlagen selbst auslegen. Das vom FG gefundene Ergebnis, dass die Voraussetzungen des § 16 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG mangels Rücktrittsrechts nicht vorliegen, ändert sich dadurch nicht. Ein Rücktrittsrecht der Klägerin wegen eines schweren Mangels der Wohnung ist zu verneinen, weil der Kaufvertrag nach Auffassung des Senats dahin zu verstehen ist, dass eine Wohnfläche von 256 m² nach Maßgabe der II. BV vereinbart war.

37 aa) Die Wohnfläche von 256 m², zu ermitteln nach der II. BV, ist vertraglich vereinbartes Beschaffenheitsmerkmal.

38 Im Gegensatz zu der Angabe in § 1 Abs. 2 des Kaufvertrags (ca. 270 m²) handelt es sich bei der Zahl von 256 m² um eine fixe Angabe, der das relativierende „ca.“ fehlt. Liegen zwei verschiedene Zahlenangaben vor, bei denen eine mit einer solchen Einschränkung versehen ist und die andere nicht, ist Letzterer im Zweifel der Vorzug zu geben. Vor allem ist die Fläche von 256 m² auch – als Teil des Kaufvertrags (...) maßgebende Grundlage der Teilungserklärung. Sie ist in die Ermittlung der Wohnungs- und Teileigentumsanteile eingegangen und bestimmt so auf Dauer den Umfang der schuldrechtlichen sowie dinglichen Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer. Das ist wesentlich. Der Bauantrag bestätigt dieses Ergebnis.

39 bb) Die Maßgeblichkeit der II. BV für die Ermittlung dieser Wohnfläche folgt aus der Teilungserklärung sowie dem Bauantrag. Es ist unerheblich, dass die II. BV im Rahmen ihres originären Geltungsanspruchs zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses bereits durch die WoFIV ersetzt worden war. Dies hinderte die Vertragsparteien nicht daran, für die Berechnung der vertragsgegenständlichen Wohnfläche die Regelungen der außer Kraft getretenen II. BV zu vereinbaren.

40 e) Ein schwerer Mangel i. S. d. § 5 Nr. 1 Abs. 4 des Kaufvertrags liegt erst vor, wenn die tatsächliche Wohnfläche um mehr als 10 % nach unten von der vertraglich vereinbarten Wohnfläche abweicht. Abweichungen geringeren Umfangs sind zwar aus technischen Gründen unbehebbar, jedoch nicht als schwere Mängel einzustufen.

41 aa) Soweit Mängel in Bezug auf die Wohnfläche regelmäßig Mängel im Sinne des Werkvertragsrechts sind, sind sie nicht zwingend gleichzeitig „schwere“ Mängel. Ein Mangel ist nicht bereits „schwer“, wenn er nicht nur ganz geringfügig und völlig unwesentlich ist. Dies ist Voraussetzung, überhaupt einen Mangel annehmen zu können. Andernfalls wäre jede Mangelhaftigkeit, die sich auf die Wohnfläche bezieht, ein schwerer Mangel. Damit wäre die Vertragsbestimmung „schwerer Mangel“ funktionslos.

42 bb) Eine Minderfläche von mehr als 10 % kann jedoch deshalb als schwerer Mangel qualifiziert werden, weil diese

Schwelle in Anlehnung an das Mietvertragsrecht als Erheblichkeitsschwelle entscheidende Bedeutung hat.

43 aaa) Hat eine Mietsache zur Zeit der Überlassung an den Mieter einen Mangel, der ihre Tauglichkeit zum vertragsgemäßen Gebrauch aufhebt, oder entsteht während der Mietzeit ein solcher Mangel, so ist der Mieter für die Zeit, in der die Tauglichkeit aufgehoben ist, von der Entrichtung der Miete befreit (§ 536 Abs. 1 Satz 1 BGB). Für die Zeit, während der die Tauglichkeit gemindert ist, hat er nur eine angemessen herabgesetzte Miete zu entrichten (§ 536 Abs. 1 Satz 2 BGB). Eine unerhebliche Minderung der Tauglichkeit bleibt außer Betracht (§ 536 Abs. 1 Satz 3 BGB). Ein zur Minderung der Miete führender Mangel einer Wohnung i. S. d. § 536 Abs. 1 Satz 1 BGB infolge Überschreitung der Erheblichkeitsschwelle des § 536 Abs. 1 Satz 3 BGB liegt nach der Rechtsprechung des BGH (erst) vor, wenn die tatsächliche Wohnfläche um mehr als 10 % unter der im Mietvertrag angegebenen Wohnfläche liegt (BGH, Urteil vom 17.4.2019, VIII ZR 33/18, NJW 2019, 2464 Rdnr. 35).

44 bbb) Führt eine Flächendifferenz bei der Wohnimmobilie, die Gegenstand eines Kauf- oder Werkvertrags ist, im Falle der nachfolgenden Vermietung außerdem zu einem mietvertragsrechtlichen Mangel, bewirkt dies eine ggf. jahrzehntelange Ertragsminderung. Das ist eine gravierende Folge. Führt die Flächendifferenz hingegen nicht zu einem mietvertragsrechtlichen Mangel, kommt es zu dieser Ertragsminderung möglicherweise nicht. Es ist deshalb gerechtfertigt, den Begriff „schwerer Mangel“ mit der Erheblichkeitsschwelle des Mietvertragsrechts in Deckung zu bringen.

45 f) Tatsächlich liegt im Streitfall keine Wohnflächenabweichung zulasten der Klägerin vor.

46 aa) Nach der II. BV ist die Wohnfläche einer Wohnung die Summe der anrechenbaren Grundflächen der Räume, die ausschließlich zu der Wohnung gehören (§ 42 Abs. 1 II. BV). Dabei sind anzusetzen Terrassenflächen bis zur Hälfte, Treppen gar nicht, Flure innerhalb einer abgeschlossenen Wohnung regelmäßig vollen Umfangs.

47 bb) In dem hier maßgebenden Zusammenhang sind die Terrassenflächen zur Hälfte anzusetzen. Anzurechnen zur Ermittlung der Wohnfläche sind nach § 44 Abs. 1 Nr. 1 II. BV voll die Grundflächen von Räumen und Raumteilen mit einer lichten Höhe von mindestens 2 Metern. Gehören ausschließlich zu dem Wohnraum Balkone, Loggien, Dachgärten oder gedeckte Freisitze, so können deren Grundflächen zur Ermittlung der Wohnfläche bis zur Hälfte angerechnet werden (§ 44 Abs. 2 II. BV).

48 cc) Die Treppen sind nicht zu berücksichtigen. Treppen und Treppenabsätze gehören nicht zur Wohnfläche, allenfalls Räume unter Treppen. Für solche Raumteile lassen die Grundrisse nichts erkennen.

49 dd) Flure und ähnliche Zugangsflächen gehören jedenfalls dann zur Wohnfläche, wenn sie nicht ausschließlich Treppenteile verbinden.

50 aaa) Zur Wohnfläche gehört nach § 42 Abs. 4 Nr. 1 II. BV nicht die Grundfläche u. a. von Zubehörräumen; als solche kommen in Betracht: Keller, Waschküchen, Abstellräume au-

ßerhalb der Wohnung, Dachböden, Trockenräume, Schuppen (Holzlegen), Garagen und ähnliche Räume. Flure, die sich innerhalb einer Wohnung befinden, sind in dieser Aufzählung nicht erfasst und auch nicht gleichartig. Vielmehr sind alle (ausschließlich) zu einer Wohnung gehörenden Räume ohne Rücksicht darauf, wie diese Räume genutzt werden, Wohnräume mit Wohnfläche (vgl. BVerwG, Urteil vom 29.11.1985, 8 C 116/83, NJW-RR 1986, 635; BFH, Urteil vom 28.1.1987, II R 234/81, BFH/NV 1988, 351 unter 2. a)). Ausschließlich zu der Wohnung gehören bei einer abgeschlossenen Wohnung alle Räume, die hinter dem Wohnungsabschluss liegen. In einem Einfamilienhaus sind dies auch hinter der Haustür liegende Dielen, Flure und Treppen sowie sonstige Nebenräume, sofern sie nicht – ausdrücklich – nach § 42 Abs. 4 II. BV ausgeschlossen sind (BVerwG-Urteil vom 13.12.1985, 8 C 95/83, NJW 1986, 1770). Nur vor diesem Hintergrund ist auch die Sonderregelung bezüglich Treppen in § 43 Abs. 4, 5 II. BV zu verstehen (inzident so auch BVerwG-Urteil vom 30.5.1979, 8 C 5/79, BVerwGE 58, 115 = Höchstrichterliche Finanzrechtsprechung 1981, 132).

51 bbb) Zur Wohnfläche gehören nach § 42 Abs. 4 Nr. 3 II. BV auch nicht Räume, die den nach ihrer Nutzung zu stellenden Anforderungen des Bauordnungsrechts nicht genügen. Wenn und soweit es bauordnungsrechtliche Beschränkungen hinsichtlich der Nutzung auch solcher Flure geben sollte, die sich hinter der ersten abschließbaren Wohnungstür befinden (Freihalten von Brandlasten), liegt aber nicht deswegen ein Fall des § 42 Abs. 4 Nr. 3 II. BV vor. Ein Flur erfüllt die Anforderungen des Bauordnungsrechts, wenn er als Flur nutzbar ist. Das ist auch der Fall, wenn er brandlastenfrei gehalten werden muss. Die Funktion eines Flurs liegt nicht in der Möblierungstauglichkeit, sondern darin, den Zugang zu anderen Elementen der Wohnung zu ermöglichen.

52 ccc) Ein Flur oder eine ähnliche Zugangsfläche ist regelmäßig auch nicht Treppenabsatz. Das käme nur für solche Flächen in Betracht, die ausschließlich Teile des Treppenlaufs verbinden und auch keine andere Nutzung ermöglichen. Dies wären Ebenen „zwischen den Treppenläufen“. In diesem Falle erschöpft sich die Funktion der Fläche in der des Treppenabsatzes, auch wenn er vom Umfang her etwas großzügiger gestaltet ist. Kein Treppenabsatz liegt hingegen vor, wenn die Fläche einen Treppenlauf und wenigstens ein anderes funktionales Element des Baukörpers verbindet. Dabei kann es sich um eine Verbindung zu einem anderen abgegrenzten Raum handeln; die Zugangsfläche kann sich auch selbst zu einem Wohnraum erweitern. Aber auch eine Verbindungsfläche zwischen der Treppe und der Wohnungsabschlussstür ist in diesem Sinne nicht Treppenabsatz, weil sie nicht als Ruhe-, Ausweich- und Sicherheitsebene zwischen den Treppenläufen dient. Sie ist ggf. Diele oder Flur.

53 ddd) Das gilt auch dann, wenn die betreffende Fläche ihrer äußeren Aufmachung nach mehr an Flure, auch im Zusammenhang mit Treppen, erinnert, wie sie in Mehrfamilienhäusern Zugang zu verschiedenen Wohnungen bieten. Die äußere Erscheinung erklärt, weshalb im Verfahren regelmäßig nicht von Fluren, sondern von einem Treppenhaus gesprochen wird. Derartige nicht an eine Wohnung gebundenen Zutrittsflächen zeichnen sich meist durch ihre Beschränkung auf das

technisch-funktional Wesentliche aus, wie es auch bauordnungsrechtlich vorgegeben sein dürfte (Brandsicherheit). Dies schließt jedoch die Qualifikation als Wohnfläche nicht aus.

54 eee) Nach diesen Maßstäben sind die als Treppenhaus bezeichneten Flächen sowohl im Erdgeschoss als auch im 2. Obergeschoss in die Wohnflächenberechnung in vollem Umfang einzubeziehen. Die Fläche im Erdgeschoss verbindet Haustür und Treppe, die Fläche im 2. Obergeschoss die Treppe und die Wohnräume des 2. Obergeschoss. Im 1. Obergeschoss liegt möglicherweise ein Treppenabsatz vor.

55 ee) Danach war die von der Klägerin erworbene Wohnung nicht mit einem schweren Mangel behaftet.

56 aaa) Die eigentlichen Wohnräume im 2. und 3. Obergeschoss messen wenigstens 185,46 m²; dies entspricht der Angabe des vom Bruder der Klägerin beauftragten Sachverständigen.

57 bbb) Hinzu treten in ihrer Eigenschaft als Flure wenigstens die ebenen Flächen des Treppenhauses im Erdgeschoss und im 2. Obergeschoss. Für das Erdgeschoss gibt der vorgenannte Sachverständige als Grundfläche des Treppenhauses 16,75 m² an (wie Anlage 1 zur Teilungserklärung). Der von der Klägerin beauftragte Sachverständige hat insoweit keine Angaben gemacht. Die Bausachverständige der (...) Finanzverwaltung geht ebenfalls von 17,85 m² aus (tatsächliche Bauausführung). Für das Treppenhaus im 2. Obergeschoss nennen zwei Sachverständige übereinstimmend eine Grundfläche von 19,17 m², wie sie der Anlage 1 zur Teilungserklärung entspricht. Die Bausachverständige der (...) Finanzverwaltung nimmt insoweit 19,66 m² an. Es ist davon auszugehen, dass zumindest die Grundfläche von 19,17 m² tatsächlich realisiert wurde. Hieraus folgt eine Flurfläche von insgesamt wenigstens 35,92 m² (16,75 m² x 19,17 m²).

58 ccc) Für Terrassen sind im Rahmen der hier anzustellenden Berechnung bis zu 55,68 m² anzusetzen. Die Grundflächen der im 3. Obergeschoss als Terrasse und darüber als Dachgarten ausgestalteten Freiflächen belaufen sich nach den Angaben der Sachverständigen auf insgesamt 111,37 m² bzw. 111,85 m² bzw. 112,01 m². Hiervon können für die vorliegenden Zwecke 55,68 m² (50 % von 111,37 m²) berücksichtigt werden, da die II. BV eine Berücksichtigung dieser Flächen bis zu 50 % erlaubt und zumindest kein schwerer Mangel vorliegt,

wenn sich die Fläche in diesem Rahmen bewegt.

59 ddd) Das ergibt für Wohnräume 185,46 m², für Flure 35,92 m², für Terrassen 55,68 m², somit insgesamt 277,06 m² und damit sogar eine Überschreitung der in der Teilungserklärung und dem Bauantrag angegebenen 256 m². Diese Überschreitung folgt rechnerisch aus dem maximal möglichen Ansatz für die Terrassen, der dort nicht gewählt worden war, aber möglich ist.

60 eee) Lediglich hilfsweise ist darauf hinzuweisen, dass selbst eine gewisse Anpassung der II. BV oder deren Auslegung an die Gegebenheiten modernerer Architektur nicht zu einem anderen Ergebnis führte. Wenn man beispielsweise den Flur im Erdgeschoss, der nicht das äußere Erscheinungsbild des typischen Wohnungsflurs besitzt, aus der Berechnung ausklammerte und überdies noch zugunsten der Klägerin die Terrassenflächen lediglich zu 25 % ansetzte, so wie es der von der Klägerin selbst bestellte Sachverständige getan hatte, ergäbe sich insgesamt eine Wohnfläche von 232,47 m² (Wohnräume 185,46 m², Flur 2. Obergeschoss 19,17 m², Terrassen 27,84 m²). Diese wiche von den vereinbarten 256 m² um 9,19 % ab, was nicht genügt. Die Flächendifferenz von 10 % wäre erst bei 230,40 m² erreicht. Es ist aber selbst bei engerem Verständnis des Flurbegriffs ausgeschlossen, die im Verfahren als Flur bezeichnete Fläche im 2. Obergeschoss aus der Berechnung auszunehmen. Diese hat zwar nicht das Gepräge eines herkömmlichen Wohnungsflurs, aber auch nicht eines herkömmlichen Mehrfamilienhausflurs, sondern einer offenen Galeriefläche. Es besteht kein Anlass, eine solche Fläche nicht als Wohnfläche zu bezeichnen.

61 g) Die Feststellung des FG, die reduzierte Begrünung der Dachterrasse sei kein Rückabwicklungsgrund gewesen, hat die Klägerin nicht angegriffen.

62 4. Aufhebungsansprüche aus § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG (Rückerwerb binnen zweier Jahre) und § 16 Abs. 2 Nr. 2 GrEStG (Nichtigkeit des Veräußerungsgeschäfts) bestehen im Streitfall ersichtlich nicht.

63 5. Die Kostenentscheidung folgt aus § 135 Abs. 2 FGO.

64 6. Der Senat entscheidet nach § 121 Satz 1 FGO i. V. m. § 90 Abs. 2 FGO im Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung.

SONSTIGES

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Notarielles Vorgehen bei (mutmaßlich) missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennung

Von Notar Dr. **Benedikt Schreindorfer**, Straubing

I. Einführung

Vaterschaftsanerkennungen spielen im notariellen Alltag eine eher exotische Rolle. Dass auch bei solchen Beurkundungen die Stellung des Notars als öffentlicher Amtsträger sowie die hiermit einhergehenden Verpflichtungen eine besondere Rolle spielen können, zeigt die Problematik der missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennungen.

Durch das Gesetz zur besseren Durchführung der Ausreisepflicht vom 20.7.2017¹ wurde § 1597a BGB in die Vorschriften des BGB zur Vaterschaftsanerkennung eingefügt. Der rechtspolitische Hintergrund der Norm ist, dass durch eine Vaterschaftsanerkennung, die bekanntlich gerade nicht die leibliche Vaterschaft des Anerkennenden tatbestandlich voraussetzt² und zudem verfahrensrechtlich verhältnismäßig einfach zu realisieren ist, staatsangehörigkeits- und aufenthaltsrechtliche Vorteile für die Beteiligten geschaffen werden können.³ § 1597a BGB verfolgt den Zweck, solche missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennungen mithilfe eines speziellen, präventiven Verfahrens aufdecken und verhindern zu können.

II. Verfahrensablauf

Das durch § 1597a BGB aufgestellte Verfahren gestaltet sich zweistufig:

In einem ersten Schritt hat die Urkundsperson⁴ zu prüfen, ob konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft vorliegen, wobei Indizien für derartige Anhaltspunkte in § 1597a Abs. 2 Satz 2 BGB (nicht abschlie-

ßend) aufgelistet sind.⁵ Ergeben sich aus diesen oder anderen Indizien konkrete Anhaltspunkte für eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung, hat der Notar dies der Ausländerbehörde nach Anhörung des Anerkennenden und der Mutter mitzuteilen und die Beurkundung auszusetzen (§ 1597a Abs. 2 Satz 1 BGB). Hierüber sind gemäß § 1597a Abs. 2 Satz 3 BGB der Anerkennende, die Mutter und das Standesamt zu informieren. Rechtsmittel gegen die Aussetzungsentcheidung sind nicht zulässig, da es sich hierbei um eine interne Zwischenentscheidung ohne Außenwirkung handelt.⁶

Im zweiten Schritt prüft die Ausländerbehörde sodann im Rahmen des Verfahrens nach § 85a AufenthG, ob der Verdacht zu Recht besteht. Solange dieses Verfahren läuft, kann die Vaterschaftsanerkennung gemäß § 1597a Abs. 3 Satz 1 BGB auch nicht anderweitig wirksam beurkundet werden. Dies gilt auch dann, wenn diesem oder einem anderen Notar – zum Beispiel durch Vorlage eines Abstammungsgutachtens – nachträglich glaubhaft gemacht wird, dass die Bedenken hinsichtlich der Redlichkeit der Vaterschaftsanerkennung nicht gerechtfertigt waren; es ist vielmehr in jedem Fall die formelle Beendigung des Verfahrens bei der Ausländerbehörde abzuwarten.⁷

Bestätigt sich im Rahmen dieser Prüfung der Verdacht, wird dies durch die Ausländerbehörde mittels Verwaltungsakt festgestellt und nach Unanfechtbarkeit desselben u. a. dem Notar mitgeteilt. Der Notar hat in diesem Fall die Beurkundung abzulehnen, § 1597a Abs. 2 Satz 4 BGB. Ergibt das Verfahren nach § 85a AufenthG hingegen, dass die Vaterschaftsanerkennung nicht rechtsmissbräuchlich ist, wird das Verfahren eingestellt, wovon wiederum u. a. der Notar zu unterrichten ist. Dieser kann sodann die Beurkundung der Vaterschaftsanerkennung vornehmen.

III. Praktische Hinweise und Formulierungsvorschläge

Wenngleich dem Notar auch im Rahmen seiner normalen

1 BGBl. 2017 I, S. 2780.

2 Vgl. nur MünchKomm-BGB/Wellenhofer, 8. Aufl. 2020, § 1592 Rdnr. 15.

3 Näher hierzu zum Beispiel BeckOGK-BGB/Balzer, Stand: 1.8.2021, § 1597a Rdnr. 2 ff.; DNotl-Report 2017, 153 ff.; zu den denkbaren Fallgruppen mit Erläuterung der staatsangehörigkeits- und aufenthaltsrechtlichen Folgen MünchKomm-BGB/Wellenhofer, § 1597a Rdnr. 6 ff.

4 Die Vaterschaftsanerkennung bedarf gemäß § 1597 Abs. 1 BGB der öffentlichen Beurkundung. Neben dem Notar kann die Erklärung auch von anderen Stellen beurkundet werden, vgl. BeckOGK-BGB/Balzer, § 1597a Rdnr. 17 ff. Im Folgenden wird der leichten Lesbarkeit halber dem Adressatenkreis dieses Beitrags entsprechend nur vom Notar (als generisches Maskulinum) gesprochen.

5 Näher zu diesem Katalog Rundschreiben der BNotK 8/2017 vom 7.7.2017; Rundschreiben des BMI und des BMJV zur Anwendung der Gesetzesregelungen zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen vom 21.12.2017.

6 Vgl. nur BeckOGK-BGB/Balzer, § 1597a Rdnr. 90 ff. (auch zu denkbaren Ausnahmen); MünchKomm-BGB/Wellenhofer, § 1597a Rdnr. 24.

7 DNotl-Report 2021, 85 f.

Beurkundungstätigkeit Aufklärungspflichten obliegen (§ 17 Abs. 1 BeurkG), dürften von ihm durch § 1597a BGB gefordert, gleichsam staatsanwaltlichen Ausforschungstätigkeiten den meisten Notaren eher ungewohnt anmuten. Zur Erleichterung mag insoweit die Feststellung beitragen, dass vom Notar hier nicht die letztverbindliche Entscheidung über die Missbräuchlichkeit, sondern nur eine kursorische Vorprüfung des Sachverhalts auf das Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für eine etwaige missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft verlangt wird.

Demgemäß wird man dem Notar im Rahmen dieser Prüfung einen weiten Einschätzungsspielraum zubilligen müssen. Es genügt, wenn objektivierbare Umstände vorhanden sind, die eine gewisse Wahrscheinlichkeit für einen Missbrauch begründen.⁸ Insbesondere eine genaue Subsumtion der Regelbeispiele des § 1597a Abs. 2 Satz 2 BGB ist nicht erforderlich. Allerdings versteht es sich von selbst, dass ein Fall des § 1597a BGB nur vorliegen kann, wenn mindestens einer der Beteiligten (Mutter, Vater, Kind) nicht die deutsche Staatsangehörigkeit bzw. die Staatsangehörigkeit eines EU-Mitgliedstaats besitzt.⁹

Besteht auch nur die (ggf. vage) Vermutung eines Missbrauchssachverhalts, bietet es sich an, bei den Beteiligten weitere Informationen zum Sachverhalt einzuholen und diesen hierdurch zugleich rechtliches Gehör zu gewähren, beispielsweise durch folgendes Schreiben:

(...)

Sehr geehrter Herr (...),

zur Vorbereitung der Vaterschaftsanerkennungserklärung benötigen wir noch folgende Angaben von Ihnen:

- persönliche Daten von Ihnen und der Kindsmutter (jeweils Name, Vornamen, Geburtsdatum, Geburtsort, Adresse, Staatsangehörigkeit, Familien- und Güterstand)
- persönliche Daten des Kindes (Name, Vornamen, Geburtsdatum, Geburtsort, Adresse, Staatsangehörigkeit)
- Sind Sie der leibliche Vater des Kindes?
- Besteht bei Ihnen, der Kindsmutter oder dem Kind eine vollziehbare Ausreisepflicht?
- Haben Sie, die Mutter oder das Kind einen Asylantrag gestellt?
- Bestehen zwischen Ihnen und der Kindsmutter sowie dem Kind persönliche Beziehungen? Seit wann und woher kennen Sie die Kindsmutter?
- Haben Sie bereits mehrfach die Vaterschaft von Kindern ausländischer Mütter anerkannt? Falls ja, schildern Sie bitte die näheren Umstände.
- Wurde Ihnen ein Vermögensvorteil (zum Beispiel Zahlung von Geld) für die Anerkennung der Vaterschaft versprochen oder gewährt?

⁸ Beck-OGKBGB/Balzer, § 1597a Rdnr. 41.

⁹ Vgl. auch BeckOGK-BGB/Balzer, § 1597a Rdnr. 43.

- Das Erfordernis für die vorstehenden Fragen ergibt sich aus § 1597a BGB. Ich bitte um Verständnis.

(...)

Sofern sich hiernach hinreichende Anhaltspunkte für die Möglichkeit einer missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung ergeben, ist das Verfahren auszusetzen. Ein besonderer formaler Akt ist hierfür nicht erforderlich;¹⁰ es wird aber empfohlen, den Zeitpunkt der Aussetzung wegen der damit einsetzenden Sperrwirkung gemäß § 1597a Abs. 3 Satz 1 BGB in der Nebenakte zu vermerken.¹¹ Für die vom Gesetz geforderte Mitteilung an die Beteiligten könnte etwa folgender Wortlaut verwendet werden:

(...)

Sehr geehrte Frau (...),
sehr geehrter Herr (...),

ich setze Sie hiermit darüber in Kenntnis, dass ich das Verfahren zur Beurkundung Ihrer Vaterschaftsanerkennung entsprechend meiner gesetzlichen Verpflichtung gemäß § 1597a Abs. 2 BGB ausgesetzt und den Sachverhalt der Ausländerbehörde zur Entscheidung vorgelegt habe. Ich werde mich in dieser Angelegenheit unaufgefordert wieder bei Ihnen melden, sobald mir das Ergebnis der Prüfung der Ausländerbehörde vorliegt. Ich weise darauf hin, dass bis zu diesem Zeitpunkt die Vaterschaft auch nicht bei einer anderen Stelle wirksam anerkannt werden kann.

(...)

Für die Information der Ausländerbehörde¹² bietet sich etwa folgende Formulierung an:

(...)

Sehr geehrte Damen und Herren,

Herr (...), geboren am (...) in (...), wohnhaft in (...), (...) Staatsangehöriger, hat bei mir die Beurkundung eines Antrags auf Anerkennung der Vaterschaft für ein noch nicht geborenes Kind/das Kind (...), geboren am (...), wohnhaft in (...), (...) Staatsangehörige/-r beantragt. Kindsmutter ist nach Angabe Frau (...), geboren am (...) in (...), wohnhaft in (...), (...) Staatsangehörige.

Nach Anhörung des Antragstellers bestehen für mich konkrete Anhaltspunkte für eine mögliche missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft. Daher habe ich die Beurkundung gemäß § 1597a Abs. 2 Satz 1 BGB ausgesetzt und teile Ihnen dies entsprechend mit.

¹⁰ So auch *Grziwotz*, MittBayNot 2018, 287, 291.

¹¹ MünchKomm-BGB/Wellenhofer, § 1597a Rdnr. 24.

¹² Die Zuständigkeit der Ausländerbehörde ergibt sich aus dem jeweiligen Landesrecht. In Bayern kann – je nach Aufenthaltsstatus des beteiligten Ausländers – entweder die Kreisverwaltungsbehörde (§ 1 Nr. 1 i. V. m. § 2 der Verordnung über Zuständigkeiten im Ausländerrecht vom 27.8.2018, GVBl. S. 714, 738 – ZustVAuslR) oder die Regierung (§ 1 Nr. 2 i. V. m. § 3 ZustVAuslR) sachlich zuständig sein. Nach den Erfahrungen des Verfassers wird eine irrtümlich an die sachlich unzuständige Behörde gerichtete Mitteilung an die zuständige Behörde weitergeleitet. Die örtliche Zuständigkeit richtet sich nach dem gewöhnlichen Aufenthaltsort des Betroffenen, § 7 ZustVAuslR.

Die Anhaltspunkte ergeben sich für mich aus Folgendem:
(...)

Der Antragsteller gibt an, der leibliche Vater dieses Kindes zu sein. Ob dies zutrifft, vermag ich mit den mir zur Verfügung stehenden Erkenntnismöglichkeiten nicht zu beurteilen.

Ich stelle klar, dass der vorstehend geschilderte Sachverhalt für mich lediglich einen konkreten Verdacht begründet, eine abschließende Entscheidung steht mir als Notar hierüber mangels entsprechender Ermittlungsmöglichkeiten und Zuständigkeitshalber nicht zu.

Aus meiner Sicht ist daher durch Sie das Verfahren nach § 85a AufenthG durchzuführen. Ich bitte Sie, mir zu gegebener Zeit das Ergebnis Ihrer Prüfung mitzuteilen.

Die Aussetzung des Verfahrens habe ich dem Antragsteller und der Kindsmutter sowie dem Standesamt (...) mit heutiger Post ebenfalls mitgeteilt.

(...)

Dem Standesamt¹³ könnte man zur Erfüllung der diesbezüglichen Informationspflicht entweder schlicht eine Abschrift des Schreibens an die Ausländerbehörde zuleiten oder dieses über ein kürzeres gesondertes Schreiben, etwa wie folgt, informieren:

(...)

Sehr geehrte Damen und Herren,

Herr (...), geboren am (...) in (...), wohnhaft in (...), (...) Staatsangehöriger, hat bei mir die Beurkundung eines Antrags auf Anerkennung der Vaterschaft für ein noch nicht geborenes Kind/das Kind (...), geboren am (...), wohnhaft in (...), (...) Staatsangehörige/-r beantragt. Kindsmutter ist nach Angabe Frau (...), geboren am (...) in (...), wohnhaft in (...), (...) Staatsangehörige.

13 Zuständig ist das Standesamt, welches den Geburtseintrag des Kindes führt (§ 44 Abs. 3 Satz 1 PStG), wobei sich die örtliche Zuständigkeit nach dem Geburtsort richtet, § 18 Abs. 1 PStG. Bei pränataler Vaterschaftsanerkennung ist das voraussichtlich für den Geburtseintrag des Kindes zuständige Standesamt zuständig, i. d. R. dasjenige am Wohnort der Mutter; vgl. zum Ganzen auch BeckOGK-BGB/Balzer, § 1597 Rdnr. 49.

Nach Anhörung des Antragstellers bestehen für mich konkrete Anhaltspunkte für eine mögliche missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft. Daher habe ich die Beurkundung gemäß § 1597a Abs. 2 Satz 1 BGB ausgesetzt und teile Ihnen dies entsprechend mit.

Die Aussetzung des Verfahrens habe ich [nähere Bezeichnung] als zuständige Ausländerbehörde sowie dem Antragsteller und der Kindsmutter mit heutiger Post ebenfalls mitgeteilt.

(...)

Die Ausländerbehörde teilt ihre Entscheidung nach deren Unanfechtbarkeit gemäß § 85a Abs. 3 AufenthG dem Anerkennenden, der Mutter, dem Standesamt sowie dem Notar mit. Würde die Vaterschaftsanerkennung als nicht rechtsmissbräuchlich erachtet, kann das Beurkundungsverfahren seitens des Notars – in der Regel zunächst durch Vorbereitung und Übersendung des Entwurfs – formlos fortgesetzt werden. Stellt die Ausländerbehörde hingegen die Missbräuchlichkeit fest, muss der Notar die Beurkundung der Vaterschaftsanerkennung ablehnen, § 1597a Abs. 2 Satz 4 BGB. Eine Information der Beteiligten hierüber durch den Notar fordert das Gesetz nicht und dürfte aufgrund der Tatsache, dass die Beteiligten bereits durch die Entscheidung der Ausländerbehörde über die Sach- und Rechtslage informiert worden sind, auch nicht erforderlich sein.¹⁴ Zulässig wäre eine solche – überobligatorische – Information selbstverständlich, wofür man etwa folgenden Wortlaut verwenden könnte:

(...)

Sehr geehrte Frau (...),
sehr geehrter Herr (...),

mit Bescheid vom (...) hat die [Bezeichnung der Ausländerbehörde] festgestellt, dass die von Ihnen beabsichtigte Vaterschaftsanerkennung missbräuchlich ist. Aus diesem Grund darf das Beurkundungsverfahren bei mir nicht mehr fortgesetzt werden und die Vaterschaft kann auch nicht mehr bei einer anderen Stelle wirksam anerkannt werden.

(...)

14 Vgl. auch BeckOGK-BGB/Balzer, § 1597 Rdnr. 100.

Veranstaltungen des DAI

1. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Kögel)
2.11.2021 in Baunatal
2. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Klein/Kühnelt)
2.11.2021 in Kiel
3. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Thelen)
3.11.2021 in Bochum und als Livestream
4. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Büttner)
6.11.2021 in Mainz
5. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Strauß/Thelen)
8.11.2021 in Berlin
6. **Erbrechtliche Gestaltung in Patchworkfamilien**
(Keim)
8.11.2021 in Bochum und als Livestream
7. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Löffler/Vilgertshofer)
9.11.2021 in München
8. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(de Buhr/Miedtank)
10.11.2021 in Oldenburg
9. **Praxis der Handelsregisteranmeldung nebst Kostenrecht**
(Tondorf)
11.11.2021 in Baunatal
10. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Büttner)
11.11.2021 in Offenburg
11. **Aktuelles Kostenrecht im Notariat**
(Volpert)
12.11.2021 in Oldenburg
12. **Intensivkurs Gesellschaftsrecht**
(Heckschen/Heidinger/Kirschstein)
12.11.2021 bis 13.11.2021 in Heusenstamm (bei Frankfurt am Main) und als Livestream
13. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Müller/Schäfer)
13.11.2021 in Homburg
14. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Schnelle)
15.11.2021 in Heusenstamm (bei Frankfurt am Main) und als Livestream
15. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Löffler)
15.11.2021 in Göttingen
16. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Büttner)
15.11.2021 in Stuttgart
17. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Klein/Kühnelt)
15.11.2021 in Kiel
18. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Frohn)
16.11.2021 in Potsdam
19. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Klein/Kühnelt)
16.11.2021 in Lübeck
20. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(de Buhr/Miedtank)
16.11.2021 in Osnabrück
21. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Küpperbusch/Sandkühler)
17.11.2021 in Bochum und als Livestream
22. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(de Buhr/Miedtank)
17.11.2021 in Bremen
23. **Aktuelles Kostenrecht**
(Bachmayer)
17.11.2021 in Stuttgart
24. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Müller/Vilgertshofer)
18.11.2021 in München
25. **Scheidungsfolgenvereinbarungen in der notariellen Praxis**
(Reetz)
19.11.2021 in Kiel
26. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**
(Krauß)
20.11.2021 in Berlin und als Livestream
27. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**
(Berkefeld)
20.11.2021 in Leer
28. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Löffler)
22.11.2021 in Bielefeld
29. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Thelen)
22.11.2021 in Köln
30. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Frohn)
22.11.2021 in Berlin und als Livestream

31. **Prüfung der Amtsführung der Notare einschließlich Kostenprüfung für Mitarbeiter/innen**
(Tondorf)
22.11.2021 in Bochum und als Livestream
32. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Onyeukwu/Selgert)
22.11.2021 in Kiel
33. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Schwecherl)
23.11.2021 in Verden
34. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Danninger/Sauer)
23.11.2021 in Nürnberg
35. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Tondorf)
23.11.2021 in Bochum und als Livestream
36. **AGB-Recht in der notariellen Praxis**
(Forschner)
24.11.2021 in Berlin und als Livestream
37. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Müller/Schäfer)
24.11.2021 in Gießen
38. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Büttner)
24.11.2021 in Stuttgart
39. **Update Grundstückskaufvertrag**
(Krauß)
27.11.2021 in Bochum und als Livestream
40. **Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im Erb- und Familienrecht**
(Keim/Müller-Engels/Reetz)
27.11.2021 in München und als Livestream
41. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(de Buhr/Miedtank)
29.11.2021 in Oldenburg
42. **Einführung in das Grundbuch für Quereinsteiger**
(Böhringer)
29.11.2021 in Bochum und als Livestream
43. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Thelen)
29.11.2021 in Köln
44. **Das notarielle Nachlassverzeichnis**
(Schönenberg-Wessel)
30.11.2021 in Kiel
45. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Löffler)
30.11.2021 in Heusenstamm (bei Frankfurt am Main) und als Livestream
46. **Elektronisches Urkundenarchiv**
(Büttner)
30.11.2021 in Ulm
47. **Update Grundstückskaufvertrag**
(Krauß)
4.12.2021 in Kiel
48. **Ausgewählte Gestaltungsfragen zum Überlassungsvertrag**
(Krauß)
11.12.2021 in Heusenstamm (bei Frankfurt am Main) 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, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

NEUERSCHEINUNGEN

1. Bieg/Borchardt/Frind: Unternehmenssanierung und Betriebsfortführung. 1. Aufl., Beck, 2021. 1033 S., 169,00 €
2. Bode: Das neue Vormundschaftsrecht. Einführung, Erläuterungen, Materialien, Schnellüberblick. 1. Aufl., Reguvis, 2021. 384 S., 48,00 €
3. Bürgers/Körber/Lieder: Aktiengesetz. 5. Aufl., C.F. Müller, 2021. 2700 S., 249,00 €
4. Elsing: Der Grundstückskaufvertrag in der notariellen Praxis. Leitfaden mit Mustern, Beispielen und Checklisten. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2021. 300 S., 49,00 € + CD-ROM
5. Engels: Steuerrecht für die familienrechtliche Praxis. 4. Aufl., Giesecking, 2021. 465 S., 69,00 €
6. Formularbuch Recht und Steuern. Gesellschaftsverträge, Sonstige Verträge, Besteuerungsverfahren, Rechtsmittelverfahren, Steuerstrafverfahren. 10. Aufl., Beck, 2021. 1858 S., 199,00 €
7. Gräfe/Brügge/Melchers: Berufshaftpflichtversicherung für rechts- und steuerberatende Berufe. Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer. 3. Aufl., Beck, 2021. 562 S., 139,00 €
8. Graewe: Gesellschaftervereinbarungen in der GmbH. 1. Aufl., Beck, 2021. 471 S., 129,00 €
9. Grandel/Stockmann: StichwortKommentar Familienrecht. Materielles Recht, Verfahrensrecht. 3. Aufl., Nomos, 2021. 1834 S., 128,00 €
10. Herresthal/Löwisch: Staudinger BGB. §§ 358-360. Verbundene und zusammenhängende Verträge. 1. Neub., Sellier – De Gruyter, 2021. 311 S., 109,95 €
11. Herrler: Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis. 2. Aufl., Beck, 2021. 2906 S., 269,00 €
12. Holzapfel/Pöllath/Bergjan/Engelhardt: Unternehmenskauf in Recht und Praxis. Rechtliche und steuerliche Aspekte. 16. Aufl., RWS, 2021. 738 S., 118,0 €
13. Huber: Anfechtungsgesetz. 12. Aufl., Beck, 2021. 365 S., 69,00 €
14. Jakob/Orth/Stopper: Praxishandbuch Vereins- und Verbandsrecht. 1. Aufl., Beck, 2021. 581 S., 129,00 €
15. Joecker: Das neue Betreuungsrecht. Einführung, Erläuterungen, Materialien, Schnellübersicht. 1. Aufl., Reguvis, 2021. 537 S., 48,00 €
16. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1-240, AllgPersönlR, ProstG, AGG. 9. Aufl., Beck, 2021. 3011 S., 269,00 €
17. Omlor/Rieble: Staudinger BGB. §§ 244-248; PrKG. Geldrecht. 1. Neub. Sellier – De Gruyter, 2021. 544 S., 209,00 €
18. Riedel: Praxishandbuch Unternehmensnachfolge. 3. Aufl., Zerb, 2021. 1128 S., 119,00 €
19. Winkler/Schlögel: Erbbaurecht. 7. Aufl., Beck, 2021. 673 S., 99,00 €

STANDESNAHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

1. Verstorben:

Notar a.D. Josef Pölsterl
verstorben am 7.9.2021

Notar a.D. Klaus Dieter Dubon
verstorben am 12.9.2021

Notar a.D. Dr. Klaus Vocke
verstorben am 25.9.2021

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.9.2021:

Notar Robert Heinrich, Laufen/Salzach

Mit Wirkung zum 1.10.2021:

Notar Dr. Andreas Albrecht, Regensburg

Mit Wirkung zum 1.1.2022:

Notar Dr. Michael Bohrer, München

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.10.2021:

Erlangen (in Sozietät mit Notar Dr. Christoph Giehl)	dem Notar Dr. Lovro Tomasic (bisher in Mellrichstadt)
---	---

Neustadt b. Coburg	dem Notarassessor Benedikt Grimm (bisher Verwaltung der Notarstelle in Hengersberg)
--------------------	--

Regensburg (in Sozietät mit Notar Till Franzmann)	dem Notar Benedikt Drempetic (bisher in Kulmbach)
--	---

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.10.2021:

Dr. Maximilian Kübler-Wachendorff, Gunzenhausen
(Notarstellen Dr. Stiebitz/Dr. Vedder)

Tobias Riedenauer, Bamberg
(Notarstelle Dr. Bord)

Mit Wirkung zum 1.11.2021:

Dr. Claudia Anderlohr, Ludwigshafen am Rhein
(Notarstellen Dr. Wolf/Dr. Meyer)

Philip Bender, Neumarkt i.d. OPf.
(Notarstelle Dr. Dr. Seeger)

5. Sonstige Veränderungen:

Notar Dr. Christoph Moes, Augsburg, wurde mit Wirkung
vom 14.6.2021 zum Honorarprofessor bestellt.

ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

München, Notarstellen Jens Kirchner/
Prof. Thomas Reich
Seitzstraße 8d
80538 München

Rotthalmünster, Notarstellen Achim Färber/
Gregor Rödl
Franz-Gerauer-Straße 1
94094 Rotthalmünster

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München, Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: www.universalmedien.de/notarkammer.



Notare Bayern

www.notare.bayern.de