

MittBayNot

Begründet 1864

4 | 2023

Juli | August 2023

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Schriftleitung:

Thomas Dziwis,
Notarassessor
Stephanie Reber,
Notarassessorin

Herausgeberbeirat:

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

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

Angelika Sträuber,
Notarin in Regen

Michael Volmer,
Notar in Aschaffenburg

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

Dr. Felix Wobst,
Notar in Gerolzhofen

AUFSÄTZE

Volmer: Unterwertveräußerungen bayerischer
Kommunen – zugleich Anmerkung zu BayObLG 323

Wobst: Praxisupdate WEG 328

Wall: Die Rechtswahl des Namens nach Art. 10
Abs. 3 EGBGB (analog) bei Adoptionen mit Auslands-
bezug – Teil 1: Dogmatische Grundlagen und Textbausteine 336

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

Heinemann zu BFH: Auslegung eines Gewinn-
abführungsvertrags – Frage der steuerlichen Rückwirkung
eines notariellen Nachtragsvermerks 350

Wilhelm zu BGH: Gutgläubiger Zweiterwerb
einer Vormerkung 360

Lorenz zu OLG Oldenburg: Erbvertraglich bindende
Schlusserbeneinsetzung auch in Ansehung angewachsenen
Erbanteils 379

Kanzleiter zu KG: Bestimmung des Nacherben
durch den Vorerben 384

Lautner zu BGH: Nachweis der Zustimmungsbefugnis
des Testamentsvollstreckers für die Löschung einer
Grundschuld bei verstorbenem GbR-Gesellschafter 394

Balzer: Stress, Emotionen und Widerstand im Notariat 421

Impressum **MittBayNot**

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

Herausgeber:

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

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Notarassessor Thomas Dziwis
Notarassessorin Stephanie Reber

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

Design:

INTO Branding GmbH

Druck:

Universal Medien GmbH
Fichtenstraße 8
82061 Neuried

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2023

AUFSÄTZE 323			
Volmer: Unterwertveräußerungen bayerischer Kommunen – zugleich Anmerkung zu BayObLG	323		
Wobst: Praxisupdate WEG	328		
Wall: Die Rechtswahl des Namens nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) bei Adoptionen mit Auslandsbezug – Teil 1: Dogmatische Grundlagen und Textbausteine	336		
BUCHBESPRECHUNGEN 344		FAMILIENRECHT	
Armbrüster/Preuß: BeurkG mit NotAktVV und DONot (Sauer)	344	7. Genehmigungsfähigkeit schenkweiser Übertragung von Kommanditanteilen an Minderjährigen (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 09.11.2022, 5 WF 77/22)	367
Grüneberg: Bürgerliches Gesetzbuch (Feichtlbauer)	345	8. Anfechtbarkeit einer Auseinandersetzungsvereinbarung zum gesetzlichen Zugewinnausgleichsanspruch nach §§ 129 ff. InsO (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.09.2022, 12 W 12/22)	369
Krätzschel/Falkner/Döbereiner: Nachlassrecht (Kaiser)	346	ERBRECHT	
RECHTSPRECHUNG 347		9. Zulässiger Erbscheinsantrag trotz fehlender Beweismittel (BGH, Beschluss vom 08.02.2023, IV ZB 16/22)	373
Bürgerliches Recht		10. Erforderlichkeit eines Erbscheins bei Einfügung einer Verwirkungsklausel durch späteres privatschriftliches Testament (OLG Schleswig, Beschluss vom 30.12.2022, 2 Wx 29/22)	375
ALLGEMEINES		11. Erbvertraglich bindende Schlusserbeneinsetzung auch in Ansehung angewachsenen Erbanteils (OLG Oldenburg, Beschluss vom 26.08.2022, 3 U 37/22) mit Anmerkung Lorenz	377 379
1. Ausschluss eines Gesellschafters von Beschlussfassung; kein Richter in eigener Sache (BGH, Urteil vom 17.01.2023, II ZR 76/21 – Ls.)	347	12. Bestimmung des Nacherben durch den Vorerben (KG, Beschluss vom 25.08.2022, 1 W 262/22) mit Anmerkung Kanzleiter	382 384
2. Auslegung eines Gewinnabführungsvertrags – Frage der steuerlichen Rückwirkung eines notariellen Nachtragsvermerks (BFH, Urteil vom 13.07.2022, I R 42/18) mit Anmerkung Heinemann	347 350	13. Keine Zustimmung aller Miterben erforderlich für die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins (OLG Hamm, Beschluss vom 27.07.2022, 10 W 12/22)	384
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT		Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht	
3. Beschlussumsetzung durch den Verwalter (BGH, Urteil vom 16.12.2022, V ZR 263/21 – Ls.)	354	14. Keine Eintragung des Gewinnabführungsvertrags im Handelsregister der Obergesellschaft (BGH, Beschluss vom 31.01.2023, II ZB 10/22)	386
4. Gutgläubiger Zweiterwerb einer Vormerkung (BGH, Urteil vom 09.12.2022, V ZR 91/21) mit Anmerkung Wilhelm	354 360	15. Nachweis der Zustimmungsbefugnis des Testamentsvollstreckers für die Löschung einer Grundschuld bei verstorbenem GbR-Gesellschafter (BGH, Beschluss vom 10.02.2022, V ZB 87/20) mit Anmerkung Lautner	389 394
5. Keine analoge Anwendung des § 40 GBO bei isolierter Bestellung von Grundpfandrechten (OLG Hamm, Beschluss vom 25.11.2022, 15 W 114/22)	362		
6. Endvollzug eines Bauträgervertrags trotz offenstehender 8,5 % des Gesamtkaufpreises (KG, Urteil vom 18.10.2022, 7 U 41/21)	364		



Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 4 | 2023

<p>16. Eintragung eines nichtrechtsfähigen Idealvereins als Eigentümer im Grundbuch vor Inkrafttreten des MoPeG (KG, Beschluss vom 16.03.2023, 1 W 445/22 und 448/22 – Ls.)</p>	397
<hr/>	
<p>17. Sozialversicherungsrechtlicher Status des Geschäftsführers einer haftungsbeschränkten Unternehmergeellschaft (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 23.11.2022, L 5 BA 3206/21)</p>	397
<hr/>	
<p>18. Prüfungspflicht des Registergerichts bei Anmeldung eines Geschäftsführerwechsels (KG, Beschluss vom 30.09.2022, 22 W 54/22)</p>	399
<hr/>	
<p>19. Keine Pflicht des Notars zur Einreichung einer Gesellschafterliste nach Durchführung einer Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital (KG, Beschluss vom 08.08.2022, 22 W 39/22 – Ls.)</p>	402
<hr/>	
Beurkundungs- und Notarrecht	
<p>20. Bestimmung der nach § 97 BNotO gebotenen Disziplinarmaßnahme (BayObLG, Gerichtsbescheid vom 27.10.22, 501 DsNot 3/22)</p>	402
<hr/>	
<p>21. Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche u. a. wegen Inrechnungstellung einer Leistung beim Nichtkostenschuldner und Verwendung des Begriffs „Notariat“ auf der Homepage (LG Essen, Urteil vom 09.12.2022, 41 O 33/21)</p>	404

Öffentliches Recht

<p>22. Unterwertveräußerungen bayerischer Kommunen (BayObLG, Beschluss vom 14.09.2022, 101 ZRR 180/21)</p>	408
--	-----

Steuerrecht

<p>23. Trennungsunterhalt durch Naturalleistungen (BFH, Urteil vom 29.06.2022, X R 33/20)</p>	415
---	-----

SONSTIGES 421

Zukunft und Notariat	421
-----------------------------	-----

Tagungsbericht	424
-----------------------	-----

Kochendörfer: Reformperspektiven und Probleme der unternehmenstragenden Stiftung

Dux: Spätnachmittagstagung zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung der Universität Heidelberg am 07.10.2022

Neuerscheinungen	431
-------------------------	-----

STANDESNACHRICHTEN 432

Unterwertveräußerungen bayerischer Kommunen

Zugleich Besprechung von BayObLG, Beschluss vom 14.09.2022, 101 ZR 180/21¹

Von Notar **Michael Volmer**, Aschaffenburg

Das BayObLG ist zwar nicht als Beschwerdeinstanz im Grundbuchverfahren wiedererrichtet, sehr wohl aber als Revisionsgericht bei Anwendung Bayerischen Landesrechts. Als solches hat es sich zur Wirksamkeit gemeindlicher Grundstücksverkäufe geäußert. Die Entscheidung verdeutlicht die beschränkte Wirkung der Vollwertigkeitsbescheinigung.

I. Der Sachverhalt aus anderer Warte betrachtet

Unterstellt man den Tatsachenvortrag des beschwerdeführenden² Käufers entsprechend den Vorgaben des Revisionsrechts als wahr, kann man den Sachverhalt auch mit anderer Betonung erzählen: Eine Gemeinde ist Eigentümerin einer heruntergekommenen Immobilie im Ortskern – so heruntergekommen, dass das Gebäude nicht nur abbruchreif ist, sondern womöglich eine Gefahr für seine Umgebung und Leib und Leben der Passanten darstellt. Um der Verkehrssicherungspflicht zu entgehen, bemüht sich die Gemeinde um einen Verkauf und findet letztlich einen Interessenten in der Person des Beschwerdeführers, der allerdings nur etwas über die Hälfte des Verkehrswertes (45.000 € Kaufpreis im Vergleich zu 265.000 € Bodenwert abzgl. 185.000 € Abbruchkosten = 80.000 € Verkehrswert) zu zahlen bereit ist.³ Zu diesem Preis wird verkauft und aufgelassen.

Nach den nächsten Kommunalwahlen⁴ (mutmaßlich mit Wechsel des ersten Bürgermeisters⁵) moniert die Rechtsaufsichtsbehörde die Veräußerung als verbotenen Unter-

wertverkauf gemäß Art. 75 BayGO. Anstatt nun aber die eigene politische Entscheidung der Vorjahre offensiv gegenüber der Rechtsaufsicht zu vertreten, knickt die Gemeinde sofort ein und verlangt vom Käufer ihre Wiedereintragung als Eigentümerin im Grundbuch. Was jedem anderen als widersprüchliches Verhalten angekreidet worden wäre, lassen erste und zweite Gerichtsinstanz der Gemeinde glatt durchgehen mit der kuriosen Folge, dass nunmehr der Käufer die Willensbildung der Gemeinde (wohlgemerkt: nicht nur seine eigene!) im Verfahren vertreten, vorbringen und beweisen muss. Die Gemeinde legt sogar noch eins drauf und wirft als Beschwerdegegnerin dem Käufer vor, er, der Käufer, habe zu den vorgetragenen finanziellen und sicherheitsrelevanten Risiken der Ruine keine konkreten und nachvollziehbaren Ausführungen gemacht.⁶ Nach dieser Volte im argumentativen Verhalten versteht man den verwaltungsprozessualen Amtsermittlungsgrundsatz des § 86 VwGO sofort und ist froh zu lesen, dass jedenfalls das BayObLG auf die sekundäre Darlegungslast der Gemeinde für ihre frühere eigene Willensbildung hinweist.⁷

II. Die Entscheidung des BayObLG

In seiner Anwendung des Art. 75 BayGO sieht sich das BayObLG (argumentationsinhärent zu Recht) in Einklang mit der überkommenen Normauslegung.⁸ Das Gericht gibt deswegen der Nichtzulassungsbeschwerde auch nicht auf der Grundlage der Rechtsfortbildung statt,⁹ sondern ausschließlich gestützt auf Art. 103 GG wegen Übergehung rechtserheblichen Sachvortrags des beklagten Käufers durch das OLG.¹⁰

- 1 In diesem Heft abgedruckt unter Nummer 22. Rdnr. ohne weitere Angabe beziehen sich auf diese Entscheidung.
- 2 Der Käufer hatte Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision eingelegt.
- 3 Gemäß Sachverständigengutachten im Prozess (Rdnr. 3). Ob und ggf. wie die Gemeinde den Verkehrswert im Vorfeld der Beurkundung ermittelt hat oder zu ermitteln versuchte, wird nicht mitgeteilt.
- 4 Beurkundung vom 20.12.2013; Neuwahlen am 30.03.2014; Beanstandung durch die Rechtsaufsicht im April 2016.
- 5 Das wird nicht ausdrücklich erwähnt. Aber in Rdnr. 55 weist das BayObLG darauf hin, dass der gesetzliche Vertreter der Gemeinde sich fehlendes eigenes Wissen verschaffen müsse. Diese Randbemerkung lässt immerhin vermuten, dass der jetzige erste Bürgermeister nicht derjenige von Ende 2013 ist.

6 Rdnr. 46.

7 Rdnr. 55. Allgemein zu dieser prozessualen Pflicht Zöller/*Greger*, ZPO, 34. Aufl. 2022, Vor § 284 Rdnr. 34 ff.

8 Immer noch aktuell und ausführlich *Mayer*, BayVBl 1994, 65. Im Übrigen *Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke*, Kommunalrecht in Bayern, Stand: 01.06.2021, Art. 75 BayGO; *Bauer/Böhle/Ecker/Kuhne*, Bayerische Kommunalgesetze, Stand: Juni 2020, Art. 75 BayGO; *BeckOK-Kommunalrecht Bayern/Sedlmaier*, Stand: 01.11.2022, Art. 75 BayGO.

9 Rdnr. 8. Wenngleich seine umfassenden Ausführungen zu Art. 75 BayGO als Rechtsfortbildung wohl auch nicht länger ausgefallen wären.

10 Rdnr. 20.

Es gilt: Eine Veräußerung zum Verkehrswert ist der Gemeinde grundsätzlich gestattet.¹¹ Der volle Wert des Gegenstandes ist dabei entsprechend Art. 10 BayEG/§ 194 BauGB als Marktwert/Verkehrswert zu ermitteln.¹²

Der Unterwertverkauf gemeindlicher Vermögensgegenstände wird durch zwei nicht deckungsgleiche¹³ Verbotstatbestände untersagt. Zum einen verbietet Art. 75 Abs. 3 BayGO als einfachgesetzliche Ausprägung des Art. 11 Bayerische Verfassung jedwede Schenkung; dem steht eine Veräußerung krass unter Wert bzw. im groben Missverhältnis zum Verkehrswert gleich.¹⁴ Daneben verbietet Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayGO den „einfachen Unterwertverkauf“. Verstöße gegen beide Verbote schlagen auf die dingliche Einigung durch.¹⁵

Ausnahmsweise können zu beiden Verbotsnormen Gegenstände die Veräußerung rechtfertigen, nämlich in Abs. 3 gemäß dessen Satz 2 die gemeindliche Aufgabe, in Abs. 1 Satz 2 die allgemeine Prüfung einer „Ausnahme von der Regel“. Eine solche Ausnahme liegt vor, wenn zur gemeindlichen Aufgabenerfüllung unter Wert verkauft wird und dieser Verkauf sogar als Verschenken zulässig wäre. Eine Ausnahme liegt nie vor, wenn keinerlei öffentliches Interesse erkennbar ist.¹⁶ Im Raum zwischen diesen beiden Extremen verlangt das BayObLG eine Einzelfallabwägung.¹⁷

Das BayObLG kommt zur Anwendung des Abs. 1 Satz 2 und verlangt nun nähere Aufklärung, ob die Abwendung der Ver-

kehrssicherungspflicht für die Gemeinde im Jahre 2013 treibendes Motiv gewesen sei. Dieses Interesse sei nämlich im vorliegenden Wertgutachten noch nicht eingepreist und müsse – von den Vorinstanzen bisher übergangen – in die Betrachtung eingestellt werden.

Insoweit also zunächst eine Entscheidung, die im Gegensatz zu den Vorinstanzen eher auf eine Wirksamkeit des Kaufvertrags hindeutet, zumindest dessen Bestand vorbehaltlich weiterer Sachaufklärung ermöglicht.

III. Art. 75 BayGO besser nicht als Verbotsnorm

Tatsächlich hätte dieser Sachverhalt, zumal das widersprüchliche Verhalten der Gemeinde, Anlass geboten, die nach der Reform 1990¹⁸ fortgeführte Auslegung des Art. 75 BayGO zu überdenken. Die Nichtzulassungsbeschwerde hatte auf Äußerungen von Mayer hingewiesen, der nach der Reform für eine bloß verwaltungsinterne Aussage des Art. 75 Abs. 1 BayGO plädierte.¹⁹ Das BayObLG hält dessen Argumente jedoch durch seine frühere Entscheidung von 2001 mit dem damaligen Hinweis auf die Gesetzesmaterialien für hinreichend widerlegt²⁰ und äußert sich inhaltlich nicht näher.

11 Verboten und unwirksam wäre die auch vollwertige Veräußerung von aufgabennotwendigen Vermögensgegenständen, vgl. Mayer, BayVBI 1994, 65, 66. Die damit verbundenen Probleme bleiben im Rahmen dieser Besprechung außer Betracht. Fälle dazu sind nicht bekannt.

12 Rdnr. 10. Zuvor bereits BayObLG, Urteil vom 05.03.2001, 5 Z RR 174/99, NJOZ 2001, 1144 = BayVBI 2001, 53; Beschluss vom 30.11.1976, BReg. 2 Z 69/75, BayObLGZ 1976, 289, 294 und Bekanntmachung des StMI vom 15.05.1992 über die Veräußerung kommunaler Vermögensgegenstände, AllIMBl., S. 535; Widtmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung, 32. Aufl. 2022, Art. 75 Rdnr. 4; Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Art. 75 BayGO, Rdnr. 6; Grziwotz, KommJur 2007, 295, 296.

13 Rdnr. 14. Auch insoweit entsprechend der früheren Rechtslage, vgl. die ausführliche Darstellung von Mayer, BayVBI 1994, 65, 66. Zum Charakter des Art. 75 BayGO als Verbotsnorm bereits BayObLG, Beschluss vom 22.06.1995, 2 Z BR 42/95, MittBayNot 1995, 389. Andererseits ist Art. 75 Abs. 1 BayGO wohl nicht verfassungsunmittelbares Recht, siehe Meder/Brechmann/Wollenschläger, Bayerische Verfassung, 6. Aufl. 2020, Art. 12 Rdnr. 45.

14 Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Art. 75 BayGO, Rdnr. 11; Lindner/Möstl/Wolff, Verfassung des Freistaates Bayern, 2. Aufl. 2017, Art. 12 Rdnr. 34. Hier aber nach Ansicht des BayObLG bei ca. 44 % Abweichung noch nicht erreicht, Rdnr. 34.

15 Rdnr. 13. und Rdnr. 17. Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 9. Aufl. 2020, Rdnr. 158; BayObLG, Beschluss vom 22.06.1995, 2 Z BR 42/95, MittBayNot 1995, 389.

16 Bereits BayObLG, Beschluss vom 22.06.1995, 2 Z BR 42/95, MittBayNot 1995, 389.

17 Rdnr. 18. Denkbare Erwägungen sind zum Beispiel die allgemeine Wirtschaftlichkeit, etwa Widtmann/Grasser/Glaser, Bayerische Gemeindeordnung, Art. 75 Rdnr. 4.

18 Zuvor bedurfte die Unterwertveräußerung der Genehmigung durch die Rechtsaufsicht. Die erteilte Genehmigung schnitt dann aber den Einwand des Unterwertverkaufs ab (ausf. Mayer, BayVBI 1994, 65). Art. 75 BayGO enthielt bis 01.09.1990 folgende weitere Absätze:

„(5) Die Gemeinde bedarf der Genehmigung zur

1. Veräußerung von Vermögensgegenständen unter ihrem Wert,
2. Verfügung über Sachen, die einen besonderen wissenschaftlichen, geschichtlichen oder künstlerischen Wert haben, und zur wesentlichen Änderung solcher Sachen; einer Genehmigung nach dieser Vorschrift bedarf es nicht, soweit eine Erlaubnis nach dem Denkmalschutzgesetz oder eine baurechtliche Genehmigung oder Zustimmung erforderlich ist.

In den vorstehenden Fällen unterliegt auch das Verpflichtungsgeschäft der Genehmigungspflicht; ist es genehmigt worden, so gilt auch das Verfügungsgeschäft als genehmigt.

(6) Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 gilt nicht, wenn der Gegenstand an eine juristische Person des öffentlichen Rechts veräußert wird. Das Staatsministerium des Innern kann im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen durch Rechtsverordnung Rechtsgeschäfte von der Genehmigungspflicht nach Abs. 5 freistellen, wenn sie

1. zur Erfüllung bestimmter Aufgaben abgeschlossen werden oder
2. ihrer Natur nach regelmäßig wiederkehren oder
3. bestimmte Wertgrenzen oder Grundstücksgrößen nicht überschreiten.

In der Rechtsverordnung nach Satz 2 können ferner nähere Regelungen über die Bestimmung des Werts nach Abs. 5 Satz 1 Nr. 1 getroffen werden.“

19 Vgl. Rdnr. 19 mit dem Hinweis auf Mayer, BayVBI 1994, 65; auch Mayer, MittBayNot 1996, 251. Ein Verstoß gegen das Schenkungsverbot des Art. 75 Abs. 3 BayGO führt auch nach Ansicht von Mayer zur Nichtigkeit. Er akzeptiert das aber auf der Grundlage einer restriktiven Auslegung: Für die Annahme einer Schenkung i. S. d. Abs. 3 verlangt Mayer das subjektive Einigsein über die Unentgeltlichkeit. Außerdem zieht er objektiv die Schenkung sehr eng, begrenzt sie nämlich auf formelle Unentgeltlichkeit bzw. die Zahlung eines rein symbolischen Kaufpreises.

20 Rdnr. 19.

Dabei sind genau die Gefahren für den Rechtsverkehr, die *Mayer* damals vorhersah, wenngleich mit anderer Akzentuierung hier eingetreten.

1. Normzweck des Art. 75 BayGO

Die allgemeine Ansicht stellt als Gesetzeszweck den Erhalt des Bestandes an Gemeindevermögen heraus.²¹ Dieser Schutzzweck lässt aber die Frage offen, warum nicht der Geschützte – bei Einverständnis aller willensbildenden Organe – auf den Schutz verzichten können oder warum dem Geschützten auch bei besserer Kenntnis der Sachlage (d. h.: des Wertes) niemals der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens gemacht wird. Das ließe sich nur begründen mit der Annahme, es gäbe ein gemeindliches Interesse unabhängig von ihren willensbildenden Organen. Diese Annahme muss sogleich auf demokratietheoretische Bedenken stoßen, weil die Findung des „wahren Willens der Gemeinde“ dann weg vom Demos und weg von den Organen der Gemeinde in die Hände der Gerichte gelegt würde. Besser tritt man für Normzweckerwägungen daher noch einen Schritt weiter hinter die gemeindliche Aufgabenerfüllung zurück. Geschützt wird nicht die Gemeinde, sondern gegen die Gemeinde die Allgemeinheit (der allgemeine Steuerzahler oder die Gemeindeansässigen), die womöglich über Umlagen (etc.) für Verluste der nicht insolvenzfähigen (Art. 69 BayGO) Gemeinde aufkommen oder mit einer stark beschränkten Aufgabenerfüllung leben müssten. Geschützt wird weiter die verfassungsgemäße Grundordnung, insoweit Bereicherung, Klüngelwirtschaft und Nepotismus zurückgedrängt werden.

Dieser weitere Schritt zurück hinter den bisher allgemein akzeptierten Normzweck mag selten zu anderen Ergebnissen führen, ist aber argumentativ nicht ohne jede Bedeutung. *Mayer* etwa²² erwägt Ausnahmen vom Verbot des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayGO bei großen Gemeinden, die nicht ins Gewicht fallendes Vermögen unter Wert veräußern.²³ Ferner will er Art. 75 BayGO gegen das Selbstverwaltungsrecht der Gemeinde abwägen.²⁴ Beides kann man generalpräventiv nicht zulassen. Es ist auch inhaltlich unzutreffend, aber eben nur, weil der Geschützte richtigerweise nicht oder mindestens nicht allein die Gemeinde selbst ist.

21 BayObLG, Beschluss vom 22.06.1995, 2 Z BR 42/95, MittBayNot 1995, 389; *Bleutge*, MittBayNot 1975, 4, 6; Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Art. 75 BayGO Rdnr. 1.

22 BayVBI 1994, 65.

23 Also: Wäre beim Verkauf seitens der Landeshauptstadt München anders zu entscheiden gewesen, weil bei ihr ein Verlust von 35.000 € angesichts eines Haushalts von 7 Mrd. € (stadt.muenchen.de/infos/haushalt-finanzen.html, Abruf am 28.01.2023) nicht auffällt und hinter dem Verlust aus nicht ganz zu vermeidenden politischen Fehlentscheidungen wahrscheinlich zurückbleibt?

24 *Mayer*, BayVBI 1994, 14. Das entspricht in etwa meiner vorgenannten Überlegung zur gemeindeinternen Willensbildung.

2. Für eine einheitliche Auslegung des Art. 75 BayGO

Wenn man Art. 75 BayGO als Verbotstatbestand²⁵ ansieht – dagegen sogleich – sollte man Abs. 1 und Abs. 3 schließlich als ein einheitliches Verbot auslegen und nicht trennen nach krassem und gerade nicht mehr krassem Missverhältnis. Diese Differenzierung war bis 1990 im Gesetzeswortlaut²⁶ zwingend angelegt durch dessen unmittelbar geltendes und nicht befreiungsfähiges Verbot einerseits (Abs. 3) und das Verbot mit Genehmigungsvorbehalt andererseits (Abs. 1, 5). Sie ist aber nun überholt. Die Rechtsfolge ist nach herrschender Meinung dieselbe²⁷ und für die Rechtfertigung werden dieselben Kriterien herangezogen.²⁸ Deshalb sollte man sich die Frage nach der Gewichtung des Unterwertes nicht stellen. Einheimischenmodelle etwa werden im theoretischen Ansatz überwiegend als Unterwertveräußerung gemäß Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayGO angesehen,²⁹ vereinzelt aber auch als Fall des Abs. 3.³⁰ Nach den mitgeteilten Vorzugspreisen kann jede Fallgruppe in Betracht kommen.³¹

3. Keine Verbotsnormen bei wägender politischer Entscheidung

Gleichwohl: Gegen die Eigenschaft als Verbotsnorm spricht die Regelhaftigkeit, von der in Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayGO die Rede ist, und zwar ungeachtet der Anschauung des Reformgesetzgebers³² von 1990³³. Die abwägende Gesamtbewertung aller Umstände passt nicht zu einer Verbotsnorm.³⁴

Mayer hat für seine Auslegung des Art. 75 Abs. 1 BayGO als gemeindeinternes Recht die Probleme des Rechtsverkehrs

25 BayObLG, Beschluss vom 22.06.1995, 2 Z BR 42/95, MittBayNot 1995, 389; Urteil vom 05.03.2001, 5 Z RR 174/99, NJOZ 2001, 1144; Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Art. 75 BayGO Rdnr. 7. *Lindner/Möstl/Wolff*, Verfassung des Freistaates Bayern, Art. 12 Rdnr. 34.

26 Wortlaut in Fn. 18.

27 BayObLG, Beschluss vom 22.06.1995, 2 Z BR 42/95, MittBayNot 1995, 389; Urteil vom 05.03.2001, 5 Z RR 174/99, NJOZ 2001, 1144.

28 BayObLG, Beschluss vom 22.06.1995, 2 Z BR 42/95, MittBayNot 1995, 389.

29 Bauer/Böhle/Eckart/Kuhne, Bayerische Kommunalgesetze, Art. 75 BayGO Rdnr. 7; Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Art. 75 BayGO Rdnr. 5.

30 In diese Richtung Meder/Brechmann/Wollenschläger, Bayerische Verfassung, Art. 12 Rdnr. 46 bei Fn. 162.

31 Aus den publizierten Fällen (nicht alle spielen in Bayern, aber exemplarisch für den Wertvorzug): BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 33/06, MittBayNot 2007, 106: 20 % Vergünstigung; Urteil vom 15.02.2019, V ZR 77/18, NZM 2019, 597: 29 % Vergünstigung; Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, NJW 2003, 888: 20 %-35 % Vergünstigung; Urteil vom 16.04.2010, V ZR 175/09, MittBayNot 2010, 501: 50 % Vergünstigung; Urteil vom 30.09.2005, V ZR 37/05, MittBayNot 2006, 324: 70 % Vergünstigung.

32 Dazu BayObLG, Urteil vom 05.03.2001, 5 Z RR 174/99, NJOZ 2001, 1144, 1147.

33 Vgl. Fn. 17.

34 Zu weiteren Einwänden *Mayer*, BayVBI 1994, 65.

mit der Ermittlung des richtigen Verkehrswertes angeführt.³⁵ Die Besprechungsentscheidung zeigt: Mit dieser Betonung lag er falsch. Durch die verwaltungsinternen Vorgaben³⁶ für die Wertermittlung lässt sich der Verkehrswert durchaus im Rahmen eines gewissen Prognose- und Beurteilungsspielraumes ermitteln. Dass die 45.000 € Kaufpreis nicht den Verkehrswert darstellten, war ja zwischen den Beteiligten auch nicht streitig. Unabhängig von Art. 75 Abs. 1 BayGO liegt die ordnungsgemäße Bewertung zudem im eigenen Interesse der für die Gemeinde handelnden Personen, um sich gegen etwaige Schadenersatzansprüche oder strafrechtliche Vorwürfe zu sichern.

Problematisch ist die ex-post-Bestätigung der ex ante vorhandenen Beweggründe, die zu dem allseits bekannten Unterwertverkauf führen, also die Absicht „in Erfüllung der Gemeindeaufgaben“. Die Vorinstanzen hatten schon nicht gesucht, die Gemeinde wollte von ihren eigenen Überlegungen nichts mehr wissen.

Der Ausnahme von Art. 75 Abs. 1 Satz 2 BayGO wie auch der wegen Aufgabenerfüllung gestatteten Schenkung des Art. 75 Abs. 3 BayGO liegt immer eine doppelte politische Entscheidung zugrunde.

Art. 75 BayGO in beiden Varianten gestattet ja nur die beschriebenen Veräußerungen, ordnet sie aber nicht an. Schon das Auflegen eines Einheimischenmodells ist eine politische Ermessensentscheidung – gerade wenn eine echte Einheimischenförderung angesichts der Vorgaben der EU nicht mehr stattfindet³⁷ – ebenso hier die Entscheidung, sich der Verkehrssicherungspflicht zu entledigen anstatt nach anderen Lösungen (eigener Abriss; Absichern; Erhöhung der Haftpflichtversicherung) zu suchen.

Und dann ist es weiter eine letztlich politische – wenngleich von äußeren Marktumständen beeinflusste – Entscheidung, welchen „Wert“, d. h. welchen finanziellen Vorzug die Gemeinde diesem Motiv einräumt. Beim Einheimischenmodell ist dies die Frage des Preisnachlasses. Die Grenzen sind sehr großzügig – es dürfe nur nicht auf eine Bevorzugung einiger weniger herauslaufen.³⁸ Und der Vorzug muss in Relation zur Sicherungsdauer stehen: Je größer der Vorzug, desto länger die Einheimischenbindung. Aber dann können 20 % Vergünstigung ebenso gestattet sein wie 70 %.³⁹

35 BayVBI 1994, 65; MittBayNot 1996, 251.

36 Vgl. die in Fn. 12 zitierte Verwaltungsanweisung.

37 Plakativ die Titel von *Grziwotz*, ZfIR 2017, 221: „Vom Einheimischenmodell zum ‚Einkommensschwächere-wenigerbegüterte-Personen der örtlichen Bevölkerung-Modell‘“ sowie *ders.*, ZfIR 2017, 761: „Einheimischenmodell ohne Einheimische“: Die Ortsansässigkeit tritt gegenüber anderen Gesichtspunkten dramatisch in den Hintergrund. Der mit der Kommission ausgehandelte Kompromiss sieht vor (dazu Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Art. 75 BayGO, Rdnr. 5): Die Kriterien Zeitdauer und Ehrenamt (= Engagement vor Ort) dürfen maximal 50 % der erreichten Punkte ausmachen; die höchste Punktzahl ist nach max. fünf Jahren (!) Aufenthalt am Ort zu erreichen. Einheimisch wird der Zugereiste nach fünf Jahren. Aus eigener Erfahrung bestätigen kann ich das nicht.

38 Mayer/Böhle/Eckart/Kuhne, Bayerische Kommunalgesetze, Art. 75 BayGO Rdnr. 7.

39 Vgl. Fn. 14.

Oder zurück zum Fall: Will man ernsthaft die Frage stellen, ob die Wegübertragung der Verkehrssicherungspflicht wegen einer Bauruine im Ortskern „gerade noch 35.000 €“ Wert sein darf, womöglich max. 30.000 € Preisrabatt zulässig gewesen wären oder auch 40.000 € Unterwert hätte vereinbart werden können? Die Gemeinde soll intern Rechenschaft über den Verkehrswert, die Verbilligung und den Grund dafür ablegen.⁴⁰ Gleichwohl können Grund und Verbilligung nicht in eine mathematische wertende Beziehung gesetzt werden. Was ist die Wegübertragung der Verkehrssicherungspflicht wert?

Ein gesetzliches Verbot sollte man nicht an derartige Ermessensentscheidungen anknüpfen. Da war die Rechtslage bis 1990 inhärent anders, auch wenn der Reformgesetzgeber von 1990 das leugnet:⁴¹ Anders als ein privater Vertragspartner hat die Rechtsaufsicht Erfahrung und Mittel, womöglich auf die Ermessensausübung und Entscheidung der Gemeinde im Vorfeld (beratend) einzuwirken. Für sie – die Rechtsaufsicht – ist eine inhaltliche Befassung kein grundsätzlicher Fremdkörper.⁴²

Schließlich spricht gegen die Annahme eines gesetzlichen Verbots die völlig absurde Verkehrung der Parteirollen, die nämlich den vermeintlichen Profiteur aus dem Unterwertverkauf dazu zwingt, sich die vormalige Willensbildung der Gemeinde gegen deren aktuelle Äußerungen zu eigen zu machen. Das ist einer Rechtsordnung unwürdig.

4. Wider die Fehleridentität beim Unterwertverkauf

Zweifelhaft ist schließlich die von der herrschenden Meinung bejahte Fehleridentität bei Unterwertverkäufen, bezieht sie das Verbot doch auch auf die dingliche Einigung (§§ 873, 925 BGB), die unwirksam sei.⁴³ Deswegen ging der Klageantrag der Gemeinde, soweit im Beschluss mitgeteilt und unbeanstandet gelassen, auch nicht auf Rückauflassung (wegen ungerechtfertigter Bereicherung), sondern auf Grundbuchberichtigung.

Da es um das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung geht, ist mindestens eine Korrektur dahin gehend erforderlich, dass allenfalls das schuldrechtliche Geschäft unwirksam ist, nicht die dingliche Einigung. Die dingliche Einigung ist neutral, und es ist gerade Vorteil und Absicht des Abstraktions- und Trennungsprinzips, nämlich die Abstraktion des dinglichen Rechtsgeschäfts von etwaigen Wirksamkeitsmängeln im Austauschverhältnis, dass solche Fehler des schuldrechtlichen Geschäfts nicht auf die dingliche Rechtslage durchschlagen.

40 Siehe die in Fn. 12 zitierte Verwaltungsanweisung.

41 Wie hier Mayer, BayVBI 1994, 65.

42 Vgl. auch die Argumentation von BayObLG, Beschluss vom 22.06.1995, 2 Z BR 42/95, MittBayNot 1995, 389, 390: volle Wertkontrolle sei Aufgabe der Aufsichtsbehörde.

43 Rdnr. 13 und Rdnr. 17. Zur Fehleridentität bei unmittelbarer Anwendung des Art. 81 BV zuvor bereits BGH, Urteil vom 30.01.1967, III ZR 35/65, BGHZ 47, 30.

IV. Was nun, was tun?

Aufgrund der berufsrechtlichen Pflicht, nicht an der Beurkundung unwirksamer Verträge mitzuwirken, kann man sich der Überprüfung des gesetzlichen Verbots des Art. 75 BayGO in der Auslegung der herrschenden Meinung nicht entziehen.⁴⁴

1. Vollwertigkeitsnachweis im Grundbuchverfahren

Das BayObLG hatte sich nicht mit der Frage zu befassen, wie ein Unterwertverkauf im Grundbuchverfahren verhindert werden könnte oder was dem Grundbuchamt an Nachweisen für die Vollwertigkeit zu erbringen ist. Hier ist gängige Praxis,⁴⁵ dass die Erklärung des Bürgermeisters, der Verkauf erfolge nicht unter Wert, beim Grundbuchamt genügt.⁴⁶ Es bleibt die lästige, aber letztlich technische Frage, ob diese Vollwertigkeitsbescheinigung tatsächlich in einem zusätzlichen Dokument, gesiegelt und unterschrieben vom Bürgermeister, bestehen muss oder ob diese Erklärung nicht doch sogleich in die notarielle Urkunde aufgenommen werden kann.⁴⁷

Wer zum Vermögens- und Eigenschutz der Gemeinden die Prüfberechtigung und -pflicht der Grundbuchämter ausdehnen will, muss sich angesichts des Sachverhalts im Klaren sein, was er verlangt und dass dies nie in der Form des § 29 GBO nachweisbar sein wird. Es geht ja nicht allein um den Wertnachweis, sondern um den Nachweis einer politisch begründeten Abweichung hiervon nach unten. Das ginge nur durch Mitteilung vorvertraglichen Schriftverkehrs bzw. durch Mitteilung der Wortbeiträge aus den entscheidenden Rats- und Ausschusssitzungen.⁴⁸

Belassen wir es für das Grundbuchverfahren somit bei der Vollwertigkeitserklärung.

44 Mayer, MittBayNot 1996, 251, erörtert beispielsweise vorrangig aus berufsrechtlicher Perspektive. Allgemein Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 158.

45 BayObLG, Beschluss vom 22.06.1995, 2 Z BR 42/95, MittBayNot 1995, 389, 390. Für den Freistaat Bayern selbst parallel dazu schon BayObLG, Beschluss vom 31.10.1969, BReg. 2 Z 53/69, BayObLGZ 1969, 278.

46 OLG München, Beschluss vom 09.10.2017, 34 Wx 221/17, BeckRS 2017, 127427; Prandl/Zimmermann/Büchner/Pahlke, Kommunalrecht in Bayern, Art. 75 BayGO, Rdnr. 6; Grziwotz, KommJur 2007, 295, 296; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 4078. Diese Ausweichreaktion bzw. die indirekte Feststellung ist schon älter. Eine Zusatzserklärung – damals zur Genehmigungspflicht – wurde schon nach der VO vom 07.06.1974 verlangt. Und die wiederum hatte Vorbild in § 25 Erste DVO zur Deutschen Gemeindeordnung vom 22.03.1935, vgl. BayObLG, Beschluss vom 30.11.1976, BReg. 2 Z 69/75, BayObLGZ 1976, 289, 295.

47 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 4078 m. w. N. in Fn. 483, 484 (letzteres zutr.).

48 Wobei, die Form des § 29 GBO einmal außer Betracht gelassen: Wenn man es als wenig geglückt ansieht, das Grundbuchamt sich durch Protokolle der Rats- und Ausschusssitzungen quälen zu lassen, warum sollte das beim Vertragspartner anders sein?

2. Fehlende materielle Wirkungen

Andererseits schützt diese Erklärung des Bürgermeisters nicht vor materieller Vertragsunwirksamkeit, mag dies dem Grundbuchamt auch vorläufig nicht auffallen, vor Verkaufsreue und Rückabwicklung des Vertrags, sei es auch erst auf Anordnung der Rechtsaufsicht. Das ruft der Fall eindringlich in Erinnerung.⁴⁹ Die Vollwertigkeitserklärung ist nur (halbwegs) vertrauenswürdige Aussage gegenüber dem Grundbuchamt,⁵⁰ kein Eigen-Verwaltungsakt der Gemeinde mit Tatbestandswirkung.

Deswegen empfiehlt sich jedenfalls ein Hinweis auf die Gestaltungsgrenzen gemäß Art. 75 BayGO und die Folgen eines Verstoßes hiergegen, es sei denn, der gemeindliche Verkauf erfolgt ersichtlich vollwertig⁵¹ oder zwar unter Wert, aber evident in Erfüllung anerkannter gemeindlicher Aufgaben.⁵²

Der Hinweis allein entbindet aber nicht vom berufsrechtlichen Gebot, sich der Mitwirkung an unwirksamen Rechtsgeschäften zu enthalten. Daher empfiehlt sich ein deutlicher Hinweis schon bei der Übersendung des ersten Entwurfs, damit der Käufer seinerseits die Zeit und die Möglichkeit nutzt, die Nachweise „zu sichern“, sich also vor Beurkundung eine möglichst genaue Dokumentation der Entscheidungsprozesse der Gemeinde zu beschaffen. Die politische Rechtfertigung bzw. Unterlagen dazu können in der Beurkundung kaum mehr ad hoc beigebracht werden.

Schließlich kann der handelnde Vertreter der Gemeinde eine Erklärung zu den Veräußerungszwecken abgeben, mindestens dazu, dass eine Bewertung entsprechend der verwaltungsinternen Vorgaben durchgeführt wurde. Der spätere zustimmende Rats-/Ausschussbeschluss nimmt dann diese Aussage in die Willensbildung der Gemeinde auf.

Alternativ könnte der Käufer eine Erklärung abgeben, wonach ihm die Unterlagen über die gemeindliche Willensbildung ausgehändigt wurden.

Gleichwohl ist eine solche Mitbeurkundung nur Kür, nicht Ausfluss materieller Beurkundungspflicht. Die Kaufpreisfindung bzw. die politische Willensbildung als Rechtfertigung des Unterwertverkaufs ist nicht Inhalt der kaufvertraglichen Willenserklärung, sondern der Willenserklärung vorgelagert. Die Entscheidungsfindungsprozesse müssen daher nicht wegen § 311b BGB zum Inhalt der Urkunde gemacht werden. Sie dienen nur der ergänzenden Beweissicherung. Auch aus der Normstruktur des Art. 75 BayGO folgt keine Beurkundungspflicht: Die politische Begründung des Unterwertverkaufs muss nur objektiv vorhanden sein, sie müsste aber nicht zwingend dem Vertragspartner mitgeteilt werden.

49 Schon Mayer, MittBayNot 1996, 251, 254.

50 BayObLG, Beschluss vom 22.06.1995, 2 Z BR 42/95, MittBayNot 1995, 389, 390.

51 Bauplatzverkauf zum Preis nach Bodenrichtwerttabelle.

52 So im Rahmen eines Einheimischenmodells mit entsprechenden Bindungen.

Praxisupdate WEG

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

Die Streitfreude im Wohnungseigentum hat auch etwas Gutes: Nicht einmal drei Jahre nach Inkrafttreten des WEMoG wurden bereits etliche Fragen zum neuen Recht höchstrichterlich geklärt. Das betrifft vor allem die Rechtsausübung durch die Wohnungseigentümergeinschaft (unten I.), insbesondere mit Blick auf Mängelrechte aus Bauträgerverträgen (unten II.). Auch zum Recht der baulichen Veränderungen (unten III.), zu verwalterlosen Gemeinschaften (unten IV.) und zur Mindestausstattung einer Wohnung für die Aufteilung (unten V.) liegen höchst- bzw. obergerichtliche Entscheidungen vor. Aber auch der Normgeber ist nicht untätig geblieben: In 50 bayerischen Städten und Gemeinden gilt seit 1. Juni 2023 ein Umwandlungsverbot (unten VI.), die Reform des Betreuungsrechts hat auch Auswirkungen auf das Wohnungseigentumsrecht (unten VII.) und die Frist zur Verwalter-Zertifizierung wurde verlängert (unten VIII.).

I. Rechtsausübung durch die Wohnungseigentümergeinschaft

Die Aufgabenverteilung zwischen den einzelnen Wohnungseigentümern und der rechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft wurde durch das WEMoG neu justiert (unten 2.). Das hat erhebliche praktische Bedeutung, gerade wenn es um die Störungsabwehr geht (unten 3.). Aus notarieller Sicht ist vor allem das zugrunde liegende System von Interesse, zu dem sich Bestimmungen in der Gemeinschaftsordnung nicht unnötig in Widerspruch setzen sollten (unten 4.).

1. Rückblick: Rechtslage bis zum WEMoG

Seit es das WEG gibt, stellt sich die Frage, inwieweit die Eigentümerrechte der Wohnungseigentümer einer Gemeinschaftsbindung unterliegen.¹ Auch nach Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft sind die Wohnungseigentümer weiterhin sachenrechtlich alleinige Inhaber sowohl des Sonder- als auch des Gemeinschaftseigentums. Die rechtsfähige Gemeinschaft übt jedoch an ihrer Stelle bestimmte dieser Rechte aus; auf diese Weise kann die Rechtsausübung im Bedarfsfall durch Mehrheitsbeschlüsse sachgerecht koordiniert werden. Im Rahmen der WEG-Novelle 2007 versuchte sich der Gesetzgeber insoweit erstmals an einer Kodifizierung und schuf § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG a. F. Er differenzierte dabei zwischen der sog. geborenen Ausübungsbefugnis, die der Gemeinschaft von vornherein zustehen sollte, und der sog. gekorenen Ausübungsbefugnis, in deren Rahmen bestimmte Rechte

durch Beschluss vergemeinschaftet werden konnten.² Die Reichweite dieser Vorschrift blieb bis zuletzt unklar. Nach Ansicht des BGH sollte es genügen, dass die Rechtsausübung durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer irgendwie förderlich ist.³

2. Änderungen durch das WEMoG

Die Rechtsausübung durch die rechtsfähige Gemeinschaft deutlicher zu konturieren, war eines der Anliegen des WEMoG.⁴ Der Reform lag dabei der Gedanke zugrunde, streng zwischen Gemeinschafts- und Sondereigentum zu unterscheiden: Die aus dem Gemeinschaftseigentum fließenden Rechtspositionen sollen umfassend und ausschließlich die Gemeinschaft ausüben; die Rechtspositionen aus dem Sondereigentum sollen den Wohnungseigentümern verbleiben, und zwar ohne dass sie vergemeinschaftet werden können. Hierfür ist an die Stelle des alten § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG der neue § 9a Abs. 2 WEG getreten, der der Gemeinschaft die Ausübung aller „sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte“ zuweist.⁵ Diese Formulierung knüpft an § 1011 BGB an und ist genauso wie dort zu verstehen.⁶ Erfasst sind alle gesetzlichen Rechte, die sich aus der Miteigentümerstellung am Gemeinschaftseigentum ergeben, egal ob sie dinglicher (zum Beispiel §§ 894, 985, 1004 BGB), possessorischer (§§ 859 ff. BGB) oder obligatorischer Natur (zum Beispiel §§ 812, 823 BGB) sind.⁷ Die Unterscheidung zwischen geborener und gekorener Ausübungsbefugnis gibt § 9a Abs. 2

2 Näher zur unklaren Funktion des § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG a. F. *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 119.

3 BGH, Urteil vom 05.12.2014, V ZR 5/14, NJW 2015, 1020 Rdnr. 7.

4 Schon Abschlussbericht der Bund-Länder-Arbeitsgruppe zur Reform des Wohnungseigentumsgesetzes (WEG), NZM 2019, 705, 719.

5 Daneben weist § 9a Abs. 2 WEG der Gemeinschaft auch die Ausübung aller „Rechte der Wohnungseigentümer, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern“, zu. Ein Beispiel hierfür nennt die Gesetzgebung jedoch nicht (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 46 f.). Vielmehr offenbart sie den Charakter dieser Vorschrift als bloße Angstklausel, wenn sie ausführt, dass so die Möglichkeit eröffnet werden soll, „aufgrund einer Abwägungsentscheidung ein Recht zur Ausübung zuzuordnen, um in besonders gelagerten Ausnahmefällen sachgerechte Ergebnisse zu erzielen“.

6 BT-Drucks. 19/18791, S. 46. Die Rechtsfolge des § 1011 BGB wird freilich ins Gegenteil verkehrt, näher dazu *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 97.

7 Zu § 1011 BGB statt aller BeckOK-BGB/*Fritzsche*, Stand: 01.02.2023, § 1011 Rdnr. 3 f. und MünchKomm-BGB/K. *Schmidt*, 9. Aufl. 2023, § 1011 Rdnr. 2, jew. m. w. N.

1 Vgl. insbesondere die Entwicklung zur Ausübung von Mängelrechten aus Bauträgerverträgen, unten II. 3.

WEG auf:⁸ Ein Beschluss der Wohnungseigentümer ist für die Zuständigkeit der Gemeinschaft weder notwendig noch hinreichend.

§ 9a Abs. 2 WEG fügt sich nahtlos in das neue System des WEG ein: Nach § 18 Abs. 1 WEG obliegt der rechtsfähigen Gemeinschaft die Verwaltung des Gemeinschaftseigentums. § 9a Abs. 2 WEG stellt sicher, dass sie diese Aufgabe auch im Außenverhältnis erfüllen kann und weist ihr die dafür erforderliche Rechtszuständigkeit zu. Als Surrogat dafür, dass die Wohnungseigentümer das Gemeinschaftseigentum nicht selbst verwalten und die Rechte daraus nicht selbst ausüben können, verschafft ihnen § 18 Abs. 2 WEG einen Anspruch auf ordnungsmäßige Verwaltung. Jeder Wohnungseigentümer kann in diesem Rahmen verlangen, dass die Gemeinschaft tätig wird, und diesen Anspruch notfalls mit einer Beschlussersetzungsklage (§ 44 Abs. 1 Satz 2 WEG) durchsetzen.

3. Insbesondere: Störungsabwehr

Für die forensische Praxis von besonderer Bedeutung ist die Zuständigkeit für die Störungsabwehr. Bis zum WEMoG konnte im Ausgangspunkt jeder Wohnungseigentümer – und zwar unabhängig von der persönlichen Betroffenheit – Störungen des Gemeinschaftseigentums abwehren (insbesondere nach § 1004 BGB und nach § 15 Abs. 3 WEG a. F.), wobei viele Detailfragen umstritten waren.⁹ Nach neuem Recht geht das nicht mehr; zuständig ist nun allein die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (nach § 9a Abs. 2 WEG i. V. m. § 1004 BGB und nach § 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG). Der einzelne Wohnungseigentümer kann nur noch abwehren, was ihn individuell in seinem Sondereigentum betrifft (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 WEG). Der BGH hatte bereits mehrfach seit Inkrafttreten des WEMoG Gelegenheit, zu dieser Abgrenzung Stellung zu nehmen. Er verlangt eine „direkte Störung“¹⁰ bzw. eine „Störung im räumlichen Bereich des Sondereigentums“;¹¹ bloß mittelbare Auswirkungen auf das Sondereigentum genügen nicht.¹² Dass der Wert einer Einheit sinkt oder sie schwerer vermietbar ist,¹³ reicht deshalb genauso wenig wie ein Eingriff in die Statik des Gesamtgebäudes¹⁴ oder eine blockierte Zufahrt, wenn das Sondereigentum – wenn auch erschwert – zugänglich bleibt.¹⁵ Die zweckwidrige Nutzung einer Einheit als solcher, ohne dass damit

konkrete Störungen einhergehen, kann generell nur die Gemeinschaft abwehren.¹⁶ Immissionen in das Sondereigentum wie Lärm und Gerüche einschließlich einer „starken“ Verschattung begründen dagegen individuelle Abwehransprüche.¹⁷ Häufig sind von solchen Immissionen freilich Gemeinschafts- und Sondereigentum zugleich betroffen; dann bestehen die Abwehrmöglichkeiten des einzelnen Wohnungseigentümers und der Gemeinschaft nebeneinander.¹⁸

4. Folgerungen für die Gestaltung von Gemeinschaftsordnungen

Wenn in der Gemeinschaftsordnung bestimmte Verhaltenspflichten der Wohnungseigentümer begründet werden, sollten Friktionen mit dem gesetzlichen System vermieden werden. In der Regel ist es deshalb empfehlenswert, sich in der Gemeinschaftsordnung auf die Festlegung der Pflicht zu beschränken und den Gläubiger sowie die Folgen bei etwaigen Pflichtverletzungen gar nicht zu adressieren. Denn dann kann sich die Pflicht in das allgemeine System des WEG einfügen: Gläubiger ist die rechtsfähige Gemeinschaft; im Grundsatz kann nur sie die Erfüllung verlangen (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG). Nur wenn infolge einer Pflichtverletzung fremdes Sondereigentum beeinträchtigt wird, kann der betroffene Wohnungseigentümer individuell dagegen vorgehen (§ 14 Abs. 2 Nr. 1 WEG).

II. Sonderfall: Geltendmachung von Mängelrechten aus Bauträgerverträgen

Der praktisch wohl bedeutsamste Schnittpunkt zwischen Wohnungseigentums- und Bauträgervertragsrecht liegt in der Frage, wie Rechte wegen Mängeln des gemeinschaftlichen Eigentums geltend gemacht werden können. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung haben sich hierauf gefestigte, wenn auch nicht völlig widerspruchsfreie Antworten herausgebildet (unten 1.). Nach Inkrafttreten des WEMoG wurde diskutiert, ob die hergebrachte Rechtsprechung weiterhin Bestand haben kann (unten 2.). Inzwischen hat der BGH entschieden: Ja, es bleibt alles beim Alten (unten 3.).

1. Hintergrund: Rechte wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum

Ist das Gemeinschaftseigentum mangelhaft und bestehen Gewährleistungsansprüche gegen den Bauträger bzw. Verkäufer, gilt nach der Rechtsprechung des BGH vereinfacht gesagt:¹⁹

8 BT-Drucks. 19/18791, S. 47.

9 Vgl. den Überblick bei *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 1394.

10 BGH, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 106/21, ZWE 2022, 256 Rdnr. 12.

11 BGH, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 86/21, ZWE 2022, 256 Rdnr. 14 (zu § 9a Abs. 2 WEG), Rdnr. 17 (zu § 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG).

12 BGH, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 106/21, ZWE 2022, 256 Rdnr. 13.

13 BGH, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 106/21, ZWE 2022, 256 Rdnr. 13.

14 BGH, Urteil vom 28.1.2022, V ZR 86/21, ZWE 2022, 256 Rdnr. 15.

15 BGH, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 106/21, ZWE 2022, 209 Rdnr. 16.

16 BGH, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 86/21, ZWE 2022, 256 Rdnr. 20 ff. m. Anm. *Lehmann-Richter*.

17 BGH, Urteil vom 11.06.2021, V ZR 41/19, ZWE 2021, 446 Rdnr. 15; Urteil vom 28.01.2022, V ZR 86/21, ZWE 2022, 256 Rdnr. 14; Urteil vom 28.01.2022, V ZR 106/21, ZWE 2022, 209 Rdnr. 11.

18 BGH, Urteil vom 11.06.2021, V ZR 41/19, ZWE 2021, 446 Rdnr. 13.

19 Ausführlich BeckOGK-WEG/*Falkner*, Stand: 01.06.2022, § 9a Rdnr. 190 ff., 236 ff.; *Häublein*, ZWE 2020, 364.

- *Erfüllungs- und Nacherfüllungsansprüche* kann im Ausgangspunkt jeder Wohnungseigentümer individuell geltend machen; durch Beschluss kann die Ausübung aber auf die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer übertragen werden.²⁰
- *Vorschuss- und Aufwendersatzansprüche* kann jeder Wohnungseigentümer nur mit der Maßgabe geltend machen, dass an die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer geleistet wird, und nur, solange kein anderweitiger Beschluss gefasst wurde.²¹
- *Minderung und Ansprüche auf kleinen Schadensersatz* kann der einzelne Wohnungseigentümer von vornherein nicht geltend machen; die Ausübungsbefugnis liegt allein bei der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer.²²
- *Rücktritt und Ansprüche auf großen Schadensersatz* kann ein Wohnungseigentümer grundsätzlich individuell geltend machen, ohne dass eine Vergemeinschaftung beschlossen werden könnte.²³ Gleichwohl können ihm auch diese Rechte mittelbar aus der Hand geschlagen werden, denn die notwendige Fristsetzung ist nicht mehr zulässig, wenn beschlossen wurde, dass eine Mängelbeseitigung durch den Bauträger nicht mehr erfolgen soll.²⁴

2. Änderungen durch das WEMoG

Vor Inkrafttreten des WEMoG stützte der BGH seine Rechtsprechung auf § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG a. F. An dessen Stelle ist nun aber § 9a Abs. 2 WEG getreten, der keine Vergemeinschaftung durch Beschluss mehr vorsieht.²⁵

3. „Weiter so“ des BGH

Wenig überraschend hat sich der BGH jedoch für ein „Weiter so“ entschieden.²⁶ Schon die Gesetzesbegründung hatte sich gegen eine Neuausrichtung ausgesprochen und zwar mit dem schlichten Argument, dass die Rechtsprechungslinie des BGH zurückgeht in die 1970er-Jahre²⁷ und sie deshalb nicht vom Bestand des § 10 Abs. 6 Satz 3 Alt. 1 WEG a. F. abhängen kann, der erst durch die WEG-Novelle

2007 ins Gesetz kam. Zumindest für die Praxis ist der Fortbestand der Vergemeinschaftungsbefugnis damit geklärt. Das gilt unabhängig davon, ob im Einzelfall Werk- oder Kaufvertragsrecht anwendbar ist.²⁸

Ungeklärt ist jedoch weiterhin, woraus sich die Vergemeinschaftungsbefugnis ergibt.²⁹ Der BGH verweist auf die Beschlusskompetenz nach § 18 Abs. 1, § 19 Abs. 2 Nr. 2 WEG.³⁰ Sie betrifft jedoch nur die Willensbildung im Innenverhältnis und kann der Gemeinschaft keine Ausübungsbefugnis im Außenverhältnis verschaffen, das könnte nur § 9a Abs. 2 WEG. Zu einer stimmigen Lösung gelangt man wohl nur, wenn man den Blick weg vom WEG und hin zum Bauträgervertragsrecht richtet. So führte der BGH in früheren Entscheidungen vereinzelt aus, dass die „Einschränkung des Erwerbers in der Ausübung seiner aus dem Vertrag mit dem Veräußerer abgeleiteten Rechte dem jeweiligen Vertrag immanent [ist]. Mit dieser inhaltlichen Beschränkung wird das Vertragsverhältnis bereits begründet“.³¹ Die Mängelrechte entstehen demnach bereits bauträgervertragsrechtlich mit der ungeschriebenen Einschränkung, dass ihre Ausübung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer vorbehalten ist bzw. die Ausübung unter der auflösenden Bedingung einer Beschlussfassung steht. Jedenfalls konstruktiv – wenn man das AGB-Recht außen vor lässt – bestünden gegen diesen Ansatz keine Bedenken.

III. Kein Bauen ohne Beschluss

Vor Inkrafttreten des WEMoG war umstritten, ob bauliche Veränderungen des gemeinschaftlichen Eigentums, die keinen Wohnungseigentümer übergebühlich beeinträchtigten, ohne Weiteres vorgenommen werden dürfen oder auch solche Maßnahmen förmlich beschlossen werden müssen. Es war eines der ausgewiesenen Ziele des neuen § 20 WEG, diesen Streit zu entscheiden.³²

1. Beschlusszwang

Seit Inkrafttreten des WEMoG gilt nun ein genereller Beschlusszwang: Jede bauliche Veränderung bedarf eines legitimierenden Beschlusses und zwar auch dann, wenn sie keinen anderen Wohnungseigentümer in rechtlich relevanter Weise beeinträchtigt. Das folgt aus § 20 Abs. 3 WEG, der dem bauwilligen Wohnungseigentümer auch für nicht-beeinträchtigende Maßnahmen kein Baurecht, sondern lediglich einen Anspruch auf einen Gestattungsbeschluss einräumt. Baut er dennoch ohne Beschluss, kann die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer Unterlassung und Rückbau verlangen (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG).

20 BGH, Urteil vom 12.04.2007, VII ZR 50/06, NJW 2007, 1957 Rdnr. 55.

21 BGH, Urteil vom 12.04.2007, VII ZR 50/06, NJW 2007, 1957 Rdnr. 55.

22 BGH, Urteil vom 24.07.2015, V ZR 145/14, ZWE 2015, 405 Rdnr. 10.

23 BGH, Urteil vom 06.03.2014, VII ZR 266/13, NJW 2014, 1377 Rdnr. 32.

24 BGH, Urteil vom 06.03.2014, VII ZR 266/13, NJW 2014, 1377 Rdnr. 38.

25 BT-Drucks. 19/18791, S. 47.

26 BGH, Urteil vom 11.11.2022, V ZR 213/21, NJW 2023, 217 Rdnr. 24 ff.; Beschluss vom 01.02.2023, VII ZR 887/21, ZWE 2023, 136 Rdnr. 1.

27 BT-Drucks. 19/18791, S. 47. Die Rechtsprechungslinie geht soweit ersichtlich zurück auf BGH, Urteil vom 10.05.1979, VII ZR 30/78, NJW 1979, 2207.

28 BGH, Urteil vom 11.11.2022, V ZR 213/21, NJW 2023, 217 Rdnr. 30.

29 Eingehend zu verschiedenen Begründungsansätzen *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 137 ff.

30 BGH, Urteil vom 11.11.2022, V ZR 213/21, NJW 2023, 217 Rdnr. 35.

31 BGH, Urteil vom 12.04.2007, VII ZR 236/05, NJW 2007, 1952 Rdnr. 22; nahezu wortgleich schon BGH, Urteil vom 10.05.1979, VII ZR 30/78, NJW 1979, 2207, 2208 unter I. 4. b) cc).

32 BT-Drucks. 19/18791, S. 62.

2. Keine Einrede der Gestattungsfähigkeit

Der BGH hat nun entschieden, dass ein Bauwilliger den Beschlusszwang auch nicht dadurch unterlaufen kann, dass er dem Unterlassungsanspruch seinen Anspruch auf die Gestattung nach § 242 BGB entgegen hält.³³ Ein Hintertürchen hat sich der BGH jedoch offen gehalten: „[I]n ganz eindeutig gelagerten Fällen, in denen ganz offensichtlich keiner der anderen Wohnungseigentümer auch nur ansatzweise beeinträchtigt“ ist, sei andere Bewertung nicht auszuschließen. Es bleibt abzuwarten, wie weit sich dieses Türchen in Zukunft noch öffnen wird.

3. Folgerungen für die Gestaltung von Gemeinschaftsordnungen

Wenn einzelnen Wohnungseigentümern in der Gemeinschaftsordnung über die gesetzlichen Vorschriften hinaus „Baurechte“ eingeräumt werden sollen, muss nicht nur deren Umfang klar umrissen werden, sondern auch das Verfahren in den Blick genommen werden: Soll der Bauwillige ohne Weiteres bauen dürfen oder soll ihm – dem gesetzlichen System folgend – lediglich ein Anspruch auf einen Gestattungsbeschluss eingeräumt werden? Welche Variante gewählt wird, ist letztlich Geschmackssache und hängt davon ab, ob die Klagelast der Bauwillige oder die Gemeinschaft tragen soll:

Ist *kein Gestattungsbeschluss notwendig*, kann der Bauwillige mit dem Bau sofort beginnen; stellt sich jedoch im Nachhinein heraus, dass die Maßnahme doch nicht zulässig ist, besteht ein Anspruch der Gemeinschaft auf Rückbau (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG), der notfalls gerichtlich durchgesetzt werden muss.

Ist dagegen im Vorfeld ein *Gestattungsbeschluss notwendig*, muss der bauwillige Wohnungseigentümer seine Pläne zunächst in der Eigentümerversammlung präsentieren, hat aber einen Anspruch darauf, dass ein Gestattungsbeschluss gefasst wird, wenn die Baumaßnahme in den Kreis der zulässigen Maßnahmen fällt. Für den Bauwilligen hat das den Nachteil, dass er mit dem Baubeginn jedenfalls bis zur nächsten Eigentümerversammlung warten muss und seinen Anspruch im Streitfall erst im Wege der Beschlussersetzungsklage (§ 44 Abs. 1 Satz 2 WEG) durchsetzen muss. Ein bestandskräftiger Beschluss hat für ihn aber auch den Vorteil, dass die Zulässigkeit der Maßnahme im Nachhinein nicht mehr angezweifelt werden kann. Jedenfalls wenn der Kreis der zulässigen Bauten auslegungsbedürftig und damit potenziell streitanfällig ist, sollte ein Gestattungsbeschluss vorgesehen werden, der Rechtssicherheit schafft.

Eine Bestimmung, die zum Beispiel die typische Bebauung eines Gartens regelt, könnte dementsprechend lauten:

Auf der Sondereigentumsfläche Nr. (...) laut Aufteilungsplan (oder: Sondernutzungsfläche Nr. (...) laut Sondernutzungsrechteplan) sind solche Baumaßnahmen über die gesetzlichen Vorschriften hinaus zulässig, für die nach den jeweils geltenden bauordnungsrechtlichen Vorschriften

kein Antrag und keine Anzeige notwendig ist und die mit diesen bauordnungsrechtlichen Vorschriften im Einklang stehen. Der Sondereigentümer (oder: Sondernutzungsberechtigte) hat in entsprechender Anwendung des § 20 Abs. 3 WEG einen Anspruch darauf, dass ihm solche Baumaßnahmen durch Beschluss gestattet werden. (oder: Solche Baumaßnahmen bedürfen keiner Gestattung durch Beschluss.)

IV. Verwalterlose Gemeinschaft

Das letztjährige Praxisupdate hat sich mit den Problemen verwalterloser Gemeinschaften beschäftigt – und mit den begrenzten Möglichkeiten, sie zu lösen.³⁴ Inzwischen hat der BGH die kontrovers diskutierte Frage entschieden, wie eine verwalterlose Wohnungseigentümergeinschaft bei Binnenstreitigkeiten vertreten wird. Das Problem: Die gesetzlich vorgesehene Gesamtvertretung durch alle Wohnungseigentümer (§ 9b Abs. 1 Satz 2 WEG) funktioniert nicht, wenn ein Wohnungseigentümer wegen § 181 BGB³⁵ von der Vertretung ausgeschlossen ist. Dazu kommt es insbesondere immer dann, wenn ein Wohnungseigentümer gegen die verwalterlose Gemeinschaft klagt (zum Beispiel im Rahmen einer Beschlussanfechtungsklage, § 44 Abs. 2 Satz 1 WEG) oder von ihr verklagt wird (zum Beispiel auf Zahlung des Hausgelds). Der BGH hat sich für eine sog. kupierte Gesamtvertretung³⁶ ausgesprochen: Die verwalterlose Gemeinschaft wird durch die übrigen Wohnungseigentümer vertreten.³⁷ In einer Zweier-Gemeinschaft führt das folgerichtig dazu, dass der andere Wohnungseigentümer alleine vertritt.³⁸

Diese nur auf den ersten Blick praktikable Lösung wirft Folgefragen auf: Was gilt etwa in dem wohl nicht allzu seltenen Fall, dass ein Wohnungseigentümer selbst zwar nicht klagt, den angefochtenen Beschluss aber insgeheim ablehnt und deshalb die Mitwirkung an seiner Verteidigung verweigert? Ein Versäumnisurteil ließe sich nur verhindern, wenn ein Wohnungseigentümer – auf eigenes Kostenrisiko! – als Streitgenosse beitrifft.³⁹ Man darf gespannt sein, ob sich der BGH demnächst genötigt fühlt, seine vermeintlich klare Lösung durch Billigkeitserwägungen aufzuweichen.

Aus notarieller Sicht kann der weiteren Entwicklung mit Gelassenheit entgegengeblickt werden: Eine vom Gesetz abweichende Vertretungsregelung in der Gemeinschaftsordnung ist ohnehin nicht zulässig.⁴⁰

³⁴ Wobst, MittBayNot 2022, 322, 324 f.

³⁵ Zur entsprechenden Anwendung des § 181 BGB im Prozessrecht statt aller MünchKomm-BGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 181 Rdnr. 21.

³⁶ Der Begriff geht zurück auf Hügell/Elzer, WEG, 3. Aufl. 2021, § 9b Rdnr. 39.

³⁷ BGH, Urteil vom 08.07.2022, V ZR 202/21, NJW 2022, 3003 Rdnr. 36 ff. (rechtsfähige Gemeinschaft auf Beklagtenseite); Urteil vom 16.09.2022, V ZR 180/21, NJW 2022, 3577 Rdnr. 8 (rechtsfähige Gemeinschaft auf Klägerseite).

³⁸ Vgl. BGH, Urteil vom 08.07.2022, V ZR 202/21, NJW 2022, 3003.

³⁹ Zscheschack, NJW 2022, 3003, 3009.

⁴⁰ Dazu schon Wobst, MittBayNot 2022, 322, 324.

³³ BGH, Urteil vom 17.03.2023, V ZR 140/22 (Pressemitteilung).

V. Abgeschlossenheitsbescheinigung auch ohne Mindestausstattung

Im letzten Praxisupdate wurde die neue Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz (AVA) beleuchtet.⁴¹ Anders als ihre Vorgängerin enthält sie keine Definition der Wohnung mehr, sondern stellt ausdrücklich klar, dass die Abgeschlossenheitsbescheinigung ungeachtet bauordnungsrechtlicher Vorschriften zu erteilen ist (§ 4 Abs. 2 AVA). Der Aufteilungsplan muss deshalb keine Raumbezeichnungen mehr enthalten; ob etwa eine „Küche“ oder ein „WC“ vorhanden ist, darf die Baubehörde nicht prüfen. Zur „Wohnung“ im wohnungseigentumsrechtlichen Sinn werden Räume nicht durch ihre Ausstattung, sondern allein dadurch, dass in ihnen nach den Bestimmungen der Gemeinschaftsordnung gewohnt werden darf.⁴² Dem ist das Kammergericht nun mit erfreulicher Klarheit gefolgt.⁴³

VI. Umwandlungsverbot in Bayern

Seit Juni 2021 erlaubt § 250 BauGB den Landesregierungen durch Rechtsverordnung ein sog. Umwandlungsverbot für Bestandsimmobilien einzuführen.⁴⁴ Von dieser Möglichkeit hatten zunächst nur die Länder Berlin, Hamburg, Hessen und Niedersachsen Gebrauch gemacht.⁴⁵ Seit 01.06.2023 gilt das Umwandlungsverbot nun auch in Bayern.⁴⁶ Das Bayerische Staatsministerium für Wohnen, Bau und Verkehr hat Vollzugshinweise hierzu veröffentlicht,⁴⁷ die zwar keine rechtliche Wirkung haben, aber die Verwaltungspraxis wohl zumindest solange prägen werden, bis entgegenstehende Rechtsprechung vorliegt.

1. Betroffene Städte und Gemeinden

Das Umwandlungsverbot gilt in insgesamt 50 Städten und Gemeinden, die in einer Anlage zur Gebietsbestimmungsverordnung Bau (GBestV-Bau) aufgelistet sind. Das Umwandlungsverbot betrifft jeweils das gesamte Gebiet der politischen Gemeinde. Der Schwerpunkt liegt wenig überraschend in Oberbayern:

41 Wobst, MittBayNot 2022, 322, 322 ff.

42 So auch BeckOK-WEG/Leidner, Stand: 03.04.2023, § 3 Rdnr. 64.1; Jennißen/Zimmer, WEG, 7. Aufl. 2022, § 1 Rdnr. 25; Zimmer, ZWE 2021, 436, 439; a. A. Hügel/Elzer, NZM 2023, 57.

43 KG, Beschluss vom 14.06.2022 – 1 W 122/22, BeckRS 2022, 43677, Beschluss vom 13.10.2022, 1 W 396/21, MittBayNot 2023, 138 Rdnr. 4.

44 Vertiefend Drexler, notar 2021, 252, Johannsen, DNotZ 2023, 325; Meier/Leidner, MittBayNot 2022, 114, 121 ff.; DNotI-Report 2021, 113.

45 Auf der Website des DNotI findet sich eine laufend aktualisierte Übersicht über die Landesverordnungen: www.dnoti.de – Arbeitshilfen – Immobilienrecht – Übersicht zu Umwandlungsverordnungen i. S. v. § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB.

46 Verordnung zur Änderung der Gebietsbestimmungsverordnung Bau vom 25.04.2023, GVBl. S. 206.

47 Die Vollzugshinweise sind im Intranet der bayerischen und pfälzischen Notare unter <https://kiss.bayern/inhalte/gebietskulissee> abrufbar.

Regierungsbezirk	Gemeinden
Oberbayern	Bad Aibling, Bad Reichenhall, Bad Wiessee, Bernau a. Chiemsee, Bichl, Brannenburg, Dachau, Eching, Fürstenfeldbruck, Germering, Gmund a. Tegernsee, Grafing b. München, Haar, Höhenkirchen-Siegertsbrunn, Ingolstadt, Kirchseeon, Landsberg am Lech, Markt Schwaben, Moosburg a. d. Isar, München, Münsing, Neuburg a. d. Donau, Oberaudorf, Poing, Puchheim, Riedering, Rosenheim, Rottach-Egern, Schliersee, Stephanskirchen, Tegernsee, Tutzing, Traunstein, Unterföhring, Unterhaching, Wasserburg a. Inn
Niederbayern	Landshut, Passau
Oberpfalz	Regensburg
Oberfranken	Bamberg, Bayreuth
Mittelfranken	Erlangen, Fürth, Nürnberg, Röthenbach a. d. Pegnitz
Unterfranken	Aschaffenburg, Würzburg
Schwaben	Augsburg, Lindau (Bodensee), Sonthofen

Ausweislich der Begründung⁴⁸ waren für die Einordnung vor allem zwei Indikatoren maßgeblich: Der Anteil der Wohnungen in Mehrfamilienhäusern am Gesamtwohnungsbestand („Umwandlungspotenzial“) und die Zahl der in den letzten Jahren erteilten Abgeschlossenheitsbescheinigungen („Umwandlungsgeschehen“).

Soweit in den Städten und Gemeinden zugleich eine Erhaltungssatzung besteht, verdrängt eine Genehmigungspflicht nach § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB diejenige nach § 172 Abs. 1 Satz 4 BauGB (§ 250 Abs. 7 BauGB).

2. Genehmigungsbedürftigkeit

a) WEG-Aufteilung und vergleichbare Vorgänge

In den betroffenen Gebieten ist die Begründung von Wohnungs- oder Teileigentum seit dem 01.06.2023 genehmigungsbedürftig (vgl. § 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB); dasselbe gilt für die Begründung von Dauerwohn- und -nutzungsrechten sowie für Miteigentümergeinschaften nach § 1010 BGB, mit denen unter Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft die ausschließliche Benutzung einzelner Räume zugewiesen wird (vgl. § 250 Abs. 6 BauGB). Nicht genehmigungsbedürftig ist die Umwandlung von Woh-

48 BayMBl. 2023 Nr. 231 vom 25.02.2023.

nungs- in Teileigentum und andersherum.⁴⁹ Die Unterteilung einer Sondereigentumseinheit soll nur ausnahmsweise genehmigungsbedürftig sein, nämlich wenn die zu unterteilende Einheit ein gesamtes Gebäude einer Mehrhausanlage umfasst⁵⁰ (näher unter d)).

b) Bestandsgebäude

Die Genehmigungspflicht gilt nur für Bestandsgebäude, nicht für Neubauten. Für die Abgrenzung wird mit Blick auf den Zweck der Regelung, Mieter vor Verdrängung zu schützen, überwiegend auf die Bezugsfertigkeit des Gebäudes abgestellt.⁵¹ Die Vollzugshinweise knüpfen formal an die bauordnungsrechtliche Anzeige der Aufnahme der Nutzung nach Art. 78 Abs. 2 BayBO an.⁵² Maßgeblich ist der Zustand am Tag des Inkrafttretens der Verordnung (§ 250 Abs. 1 Satz 1 BauGB), also am 01.06.2023.

c) Mehr als zehn Wohnungen

Bundesrechtlich gilt die Genehmigungspflicht grundsätzlich bereits für Gebäude mit mehr als fünf Wohnungen. Bayern hat jedoch von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, diese Grenze anzuheben (vgl. § 250 Abs. 1 Satz 6 BauGB): Hierzulande muss das Gebäude mehr als zehn Wohnungen haben (§ 2 Abs. 1 Satz 2 GBestV-Bau E).⁵³ Stets unbeachtlich ist die Zahl etwaiger Nicht-Wohneinheiten (z. B. Läden oder Praxen).⁵⁴ Entscheidend ist nicht die Zahl der Wohnungen, die durch die Aufteilung entstehen soll, sondern die bauordnungsrechtliche Einordnung als Wohnung, die sich in der Regel aus der Baugenehmigung ergibt.⁵⁵ Wird ein Be-

standsgebäude nach dem Stichtag aufgestockt oder an dieses angebaut, sind die neu geschaffenen Wohnungen nicht zu den schon vorhandenen Wohnungen im Bestandsgebäude hinzuzuzählen.⁵⁶

d) Besonderheiten bei Mehrhausanlagen

Bezugspunkt der Genehmigungspflicht ist stets das Gebäude, nicht das Grundstück; bei Mehrhausanlagen kommt es also auf das einzelne Gebäude an.⁵⁷ Umfasst eine Mehrhausanlage Gebäude unter- und oberhalb der Genehmigungsgrenze von zehn Wohnungen, ist die Aufteilung der kleineren Gebäude genehmigungsfrei möglich; umfasst die Mehrhausanlage Bestands- und Neubauten, können die Neubauten genehmigungsfrei aufgeteilt werden. Sachrechtlich ist freilich stets das Grundstück und nicht etwa das Gebäude Gegenstand der Aufteilung. Für die größeren bzw. Bestandsgebäude muss deshalb eine gesonderte Sondereigentumseinheit gebildet werden, deren spätere Unterteilung wiederum genehmigungspflichtig ist.⁵⁸

3. Genehmigungsanspruch

Ein gebundener Anspruch auf Genehmigung besteht nur in engen Grenzen, insbesondere wenn die Aufteilung der Auseinandersetzung eines Nachlasses oder der Erfüllung eines Vermächtnisses dient, die Wohnungen von Familienangehörigen eigengenutzt werden sollen oder zu mindestens zwei Dritteln an Mieter veräußert werden sollen (§ 250 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1-3 BauGB). Um sicherzustellen, dass später auch tatsächlich nur Miterben, Vermächtnisnehmer, Familienangehörige oder Mieter das Eigentum erwerben, kann die Genehmigungsbehörde bestimmen, dass auch die der Aufteilung nachfolgende Veräußerung genehmigungsbedürftig ist (§ 250 Abs. 3 Satz 2 BauGB). Vor diesem Hintergrund sollten an den Nachweis etwa der Kaufabsicht der Mieter keine überzogenen Anforderungen gestellt werden.⁵⁹ Die Vollzugshinweise verlangen eine substantiierte Darlegung des Genehmigungsanspruchs,⁶⁰ beim geplanten Verkauf an Mieter etwa eine Unterschriftenliste der Interessenten.⁶¹

Für die Praxis interessant werden könnte die Veräußerung an Familienangehörige. Denn die Anforderungen, die die Vollzugshinweise stellen, sind nicht allzu streng: Der Begriff des „Familienangehörigen“ soll in Übereinstimmung mit den mietrechtlichen Bestimmungen für eine Eigenbedarfskündigung (vgl. § 573 Abs. 2 Nr. 2 BGB) weit zu verstehen sein und neben Ehegatten, Abkömmlingen und Geschwistern auch Tanten, Onkel, Nichten, Neffen, Cousins und Cousins umfassen.⁶² Zudem soll zur „eigenen Nutzung“

49 Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 7 f.; *Drexler*, notar 2021, 252, 256; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz*, § 250 Rdnr. 46; a. A. für die Umwandlung von Wohnungs- in Teileigentum KG, Beschluss vom 28.02.2023, 1 W 509/22, FGPrax 2023, 49, 51 unter II. 1. c) bb) (2).

50 Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 4 f.; a. A. *Johannsen*, DNotZ 2023, 325, 328; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz*, § 250 Rdnr. 20, wonach jede Unterteilung genehmigungsbedürftig sein soll.

51 DNotI-Report 2021, 113, 115 f.; *BeckOK-BauGB/Couzinet*, § 250 Rdnr. 15.2; vgl. auch *Meier/Leidner*, MittBayNot 2022, 114, 123, die auf den Abschluss eines Mietvertrags abstellen; wieder anders *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz*, § 250 Rdnr. 44, der darauf abstellt, ob die Wohnungen dem Mietmarkt zur Verfügung standen.

52 Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 6.

53 Kritikern zufolge soll diese Einschränkung dazu führen, dass schätzungsweise nur rund 30 % der Mietwohnungen in den betroffenen Gebieten erfasst sind; vgl. den Antrag der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Bayerischer Landtag Drucks. 18/28111, sowie die Antwort des Staatsministeriums für Wohnen, Bau und Verkehr auf die Anfrage des Abgeordneten *von Brunn*, abrufbar unter <https://bayernspd-landtag.de/workspace/media/static/azp-von-brunn-640af5617c92b.pdf>.

54 *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz*, § 250 Rdnr. 49.

55 *Meier/Leidner*, MittBayNot 2022, 114, 122; *BeckOK-BauGB/Couzinet*, § 250 Rdnr. 16.1; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz*, § 250 Rdnr. 48; *Johannsen*, DNotZ 2023, 325, 331.

56 Vgl. *Johannsen*, DNotZ 2023, 325, 332 f.

57 *Drexler*, notar 2021, 252, 255; *Meier/Leidner*, MittBayNot 2022, 114, 122; Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 4.

58 Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 4 f.

59 So auch *Johannsen*, DNotZ 2023, 325, 335 f.

60 Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 9.

61 Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 14.

62 Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 12.

auch die Vermietung gehören.⁶³ Das entspricht zwar § 99 Abs. 3 BGB, dürfte aber der Intention des Gesetzgebers widersprechen. Nimmt man die Vollzugshinweise gleichwohl ernst, könnten einem Angehörigen beliebig viele Wohnungen zur „eigenen Nutzung“ zu Vermietungszwecken übertragen werden. Eine Weiterveräußerung durch den Familienangehörigen wäre anschließend nicht mehr genehmigungspflichtig, denn § 250 Abs. 3 Satz 2 BauGB gilt nur für die erstmalige Veräußerung,⁶⁴ also diejenige an den Familienangehörigen.

Außerhalb der Tatbestände des § 250 Abs. 3 Satz 1 BGB dürfte es in der Praxis schwierig werden, eine Genehmigung zu erlangen. Nach dem Wortlaut des § 250 Abs. 4 BauGB darf die Genehmigung zwar nur versagt werden, wenn dies für die ausreichende Versorgung der Bevölkerung mit Mietwohnraum erforderlich ist. Doch vom Wortlaut darf man sich nicht täuschen lassen: Nach der Gesetzesbegründung zielt diese Vorschrift nur auf „atypische Fallgestaltungen“, etwa wenn „wegen der Größe des aufzuteilenden Objekts oder Leerstands wegen Unvermietbarkeit keine nachteiligen Auswirkungen auf das Mietwohnungsangebot insgesamt zu befürchten sind“.⁶⁵ Dem folgen die Vollzugshinweise.⁶⁶

4. Genehmigungsverfahren

Über die Genehmigung entscheidet die untere Bauaufsichtsbehörde (§ 2 Abs. 2 GBestV-Bau). Vor der Entscheidung hat sie insbesondere die Mieter anzuhören (§ 250 Abs. 2 Satz 2, § 173 Abs. 3 Satz 1 BauGB).

5. Grundbuchverfahren

Ob ein aufzuteilendes Grundstück in einer Gebietskörperschaft liegt, für die das Umwandlungsverbot gilt, kann und hat das Grundbuchamt selbstständig zu prüfen; ein „Negativattest“ ist insoweit nicht vorzulegen.⁶⁷ Liegt das Grundstück in einem solchen Gebiet, darf das Grundbuchamt jedoch nicht mehr eigenständig prüfen, ob die Aufteilung ausnahmsweise genehmigungsfrei ist. Ob das Gebäude höchstens zehn Wohnungen umfasst oder am 01.06.2023 schon bestanden hat, ist vielmehr durch ein „Negativattest“ der Baubehörde nachzuweisen (§ 250 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 BauGB),⁶⁸ dies kann bereits in die Abgeschlossenheitsbescheinigung aufgenommen werden.⁶⁹ Selbstredend ist

auch eine etwaige Genehmigung dem Grundbuchamt nachzuweisen (§ 250 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 BauGB).

Ist die Aufteilung im Grundbuch vollzogen, gilt eine etwaige fehlende Genehmigung als erteilt (§ 250 Abs. 5 Satz 2 BauGB). Das schafft Rechtssicherheit etwa für spätere Erwerber.

6. Übergangsrecht

Unter bestimmten Voraussetzungen können geplante Aufteilungen noch vollzogen werden, auch wenn sie durch das Umwandlungsverbot überholt wurden:

a) Antrag beim Grundbuchamt

Nach ganz h. M. ist eine Aufteilung auch ohne Genehmigung zu vollziehen, wenn sie vor Inkrafttreten des Umwandlungsverbots beim Grundbuchamt beantragt wurde; § 878 BGB soll in diesem Fall analog gelten und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Aufteilung nach § 8 oder nach § 3 WEG handelt.⁷⁰ Probleme entstehen jedoch, wenn der Antrag am Stichtag nicht vollzugsfähig war, insbesondere wenn die Abgeschlossenheitsbescheinigung fehlte.⁷¹ Die wohl überwiegende Ansicht lehnt die Anwendung des § 878 BGB in diesem Fall generell ab, weil diese Vorschrift allein Verzögerungen unmittelbar im Grundbuchverfahren betrefte.⁷² Andere lassen es ausreichen, dass die Abgeschlossenheitsbescheinigung schon beantragt ist, weil § 878 BGB auch vor Nachteilen durch die notwendige Mitwirkung anderer Behörden schützen wolle.⁷³

b) Antrag auf Erteilung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung

Die bayerische Regelung entschärft das Problem der fehlenden Abgeschlossenheitsbescheinigung: Es genügt, dass bis zum Tag vor dem Inkrafttreten der Verordnung ein vollständiger Antrag auf Erteilung einer Abgeschlossenheitsbescheinigung gestellt wurde (§ 2 Abs. 3 Satz 1 GBestV-Bau). Das Antragsdatum hat die Baubehörde zur Vorlage beim Grundbuchamt zu bescheinigen.⁷⁴ Auf die Antragstellung beim Grundbuchamt kommt es nicht an; noch nicht einmal muss die Teilungserklärung beurkundet oder beglaubigt worden sein. Ein Ablaufdatum für solche Abgeschlossenheitsbescheinigungen ist nicht vorgesehen.⁷⁵

63 Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 12 mit Hinweis auf Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz, § 250 Rdnr. 70.

64 Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Grziwotz, § 250 Rdnr. 85 f.; Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 16.

65 BT-Drs. 19/24838, S. 33.

66 Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 17.

67 DNotI-Report 2021, 113, 116 f.; Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 19.

68 BeckOK-BauGB/Couzinnet, § 250 Rdnr. 11.2; wohl auch Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 19; großzügiger DNotI-Report 2021, 113, 117, wonach sich die Zahl der Wohnungen aus dem Aufteilungsplan ergeben könne; ähnlich *Johannsen*, DNotZ 2023, 325, 331.

69 Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 19.

70 KG, Beschluss vom 02.12.2021, 1 W 384/21, NJW-RR 2022, 164 Rdnr. 14 ff.; Beschluss vom 16.11.2021, 1 W 347/21, ZWE 2022, 37 Rdnr. 6; DNotI-Report 2021, 113, 114 f.; *Drexler*, notar 2021, 252, 257; BeckOK-BauGB/Couzinnet, § 250 Rdnr. 11.3; *Johannsen*, DNotZ 2023, 325; *Meier/Leidner*, MittBayNot 2022, 114, 123; vgl. auch BGH, Beschluss vom 19.12.2019, V ZB 145/18, MittBayNot 2020, 385 Rdnr. 11 zu § 172 BauGB.

71 Näher zum Stand der Diskussion *Häublein*, ZWE 2022, 39, 40 f.

72 Etwa *Staudinger/C. Heinze*, Neub. 2022, § 878 Rdnr. 39 m. w. N.

73 Etwa *MünchKomm-BGB/Kohler*, 8. Aufl. 2020, § 878 Rdnr. 20 m. w. N.

74 Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 19.

75 So ausdrücklich Vollzugshinweise [Fn. 47], S. 7.

Nach dem Wortlaut wäre es also möglich, mit einer bis zum 31.05.2023 beantragten Abgeschlossenheitsbescheinigung auch noch Jahre später eine genehmigungsfreie Aufteilung zu beantragen. Zu befürchten ist allerdings, dass die Praxis den Wortlaut teleologisch auf Übergangsfälle reduzieren wird und verlangen wird, dass die Abgeschlossenheitsbescheinigung zumindest demnächst für eine Teilung herangezogen wird. Dass der Ordnungsgeber seine Übergangsregelung nicht bis zum Schluss durchdacht hat, ergibt sich im Übrigen schon aus § 2 Abs. 3 Satz 2 GBestV-Bau, wonach § 878 BGB auch in Bayern unberührt bleiben soll, obwohl für diesen gar kein Anwendungsbereich mehr verbleibt.

c) Vormerkungsgesicherter Übereignungsanspruch

Zum Übergangsrecht gehört schließlich auch § 250 Abs. 3 Satz 1 Nr. 5 BauGB. Hiernach ist eine Aufteilung zu genehmigen, wenn bei Inkrafttreten des Umwandlungsverbots ein vormerkungsgesicherter Anspruch auf Übereignung von Wohnungs- oder Teileigentum bestand. Weitere Voraussetzungen bestehen nicht; insbesondere muss die Abgeschlossenheitsbescheinigung noch nicht beantragt oder erteilt worden sein.

7. Geltungsdauer

Die Verordnung tritt nach derzeitigem Stand mit Ablauf des 31.12.2025 außer Kraft (§ 3 Satz 3 GBestV-Bau). Dieses Datum hat der Bundesgesetzgeber als Höchstfrist gewählt (§ 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB), weil das Umwandlungsverbot aus seiner Sicht nur „solange erforderlich [sei], bis die ergriffenen Maßnahmen zur Belegung des Neubaus dazu geführt haben, dass die Nachfrageüberhänge auf dem Wohnungsmarkt in den betreffenden Gebieten abgebaut sind und die Mietentwicklung nicht mehr zu Verdrängungsprozessen führt“⁷⁶. Angesichts dieses hehren Ziels bleibt abzuwarten, wann die erste Verlängerung ins Haus steht.

VII. Auswirkungen der Reform des Betreuungsrechts

Durch die Reform des Betreuungsrechts unterliegt der unentgeltliche Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum durch Betreute oder Minderjährige nun generell der betreuungs- oder familiengerichtlichen Genehmigung (§ 1850 Nr. 4 und 5 BGB, ggf. i. V. m. § 1643 Abs. 1 BGB). Damit reagiert der Gesetzgeber auf die Haftungsrisiken, die mit jedem Eintritt in eine Wohnungseigentümergeinschaft einhergehen. Mit Verweis auf diese Risiken hatte der BGH bereits im Jahr 2010 entschieden, dass der unentgeltliche Erwerb von Wohnungs- oder Teileigentum generell nicht

⁷⁶ BT-Drs. 19/24838, S. 32.

rechtlich lediglich vorteilhaft im Sinne des § 107 BGB ist.⁷⁷ Möchten Eltern ihrem Kind eine Eigentumswohnung schenken, muss das Kind künftig also nicht nur durch einen Ergänzungspfleger vertreten werden (§ 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1824 Abs. 2, § 181 BGB), sondern der Vertrag auch familiengerichtlich genehmigt werden.

Die Reform steigert zwar die Zahl der Genehmigungsfälle, schafft dafür aber Rechtssicherheit. Denn auch nach altem Recht war der unentgeltliche Erwerb nur im Grundsatz genehmigungsfrei.⁷⁸ Sobald der Erwerber nach der Gemeinschaftsordnung für Verbindlichkeiten des Veräußerers haftete (vgl. jetzt § 7 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 WEG), wurde eine Genehmigungsbedürftigkeit wegen der Übernahme fremder Verbindlichkeiten angenommen (§ 1822 Nr. 10 BGB a. F.);⁷⁹ dasselbe wurde auch für den Erwerb eines bloßen Bruchteils an Wohnungseigentum vertreten, weil damit eine Gesamtschuld der Bruchteilseigentümer einhergeht.⁸⁰ Auf diese Differenzierungen kommt es künftig nicht mehr an. Für die Praxis gilt die einfache Leitlinie: Eigentumswohnungen an Betreute oder Minderjährige nur noch mit gerichtlicher Genehmigung.

Die Genehmigungspflicht betrifft übrigens sowohl das schuldrechtliche Rechtsgeschäft (§ 1850 Nr. 5 BGB) als auch die Auflassung (§ 1850 Nr. 4 BGB). Folglich ist etwa auch die Erfüllung eines Vermächtnisses genehmigungspflichtig.

VIII. Verwalter-Zertifizierung verlängert

Wie schon im Vorjahr berichtet⁸¹ müssen sich Verwalter zukünftig einer Prüfung vor IHK unterziehen. Die Übergangsfrist für diese sog. Zertifizierung wurde zwischenzeitlich um ein Jahr verlängert.⁸² Sie gilt nun für Verwalterbestellungen ab dem 01.12.2023.

⁷⁷ BGH, Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, NJW 2010, 3643, 3644 Rdnr. 11 ff.

⁷⁸ BGH, Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, NJW 2010, 3643, 3644 Rdnr. 17.

⁷⁹ OLG Nürnberg, Beschluss vom 30.05.2022, 15 W 1386/22, ZWE 2023, 27 Rdnr. 9.

⁸⁰ OLG München, Beschluss vom 22.08.2012, 34 Wx 200/12, MittBayNot 2013, 247, 248 unter 2.; KG, Beschluss vom 15.07.2010, 1 W 312/10, ZWE 2011, 41.

⁸¹ Wobst, MittBayNot 2022, 322, 328.

⁸² Durch Art. 7 des Gesetzes zur Durchführung des Haager Übereinkommens vom 02.07.2019 über die Anerkennung und Vollstreckung ausländischer Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen sowie zur Änderung der Zivilprozessordnung, des Bürgerlichen Gesetzbuchs, des Wohnungseigentumsgesetzes und des Gesetzes zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 07.11.2022, BGBl., S. 1982.

Die Rechtswahl des Namens nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) bei Adoptionen mit Auslandsbezug – Teil 1: Dogmatische Grundlagen und Textbausteine

Von Notar Dr. **Fabian Wall**, Pirmasens

Notare sind mit namensrechtlichen Fragen nur selten befasst; das Namensrecht fällt vielmehr hauptsächlich in den Aufgabenbereich der Standesbeamten.¹ Im Bereich des Adoptionsrechts werden allerdings bei Beurkundung des Adoptionsantrags für den Notar diese Fragen relevant, weil im Adoptionsbeschluss ein neuer Familienname bestimmt werden kann und unter Umständen sogar muss. Besondere Schwierigkeiten können dabei in Fällen mit Auslandsbezug auftreten, in denen der Annehmende oder der Anzunehmende eine ausländische Staatsangehörigkeit besitzt und damit ein ausländisches Namenssachrecht zur Anwendung gelangen kann.

Durch das „Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des BVerfG vom 26.03.2019 zum Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien“ vom 19.03.2020² hat der Gesetzgeber die das Abstammungskollisionsrecht betreffende Vorschrift des Art. 22 EGBGB reformiert und damit die Rechtsanwendung in Adoptionsfällen mit Auslandsbezug erheblich vereinfacht: Gemäß Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB n. F. unterliegt die Annahme als Kind im Inland seit dem 31.03.2020³ stets dem deutschen Recht. Damit ist die Notwendigkeit entfallen, bei Inlandsadoptionen ein ausländisches Adoptionssachrecht ermitteln und anwenden zu müssen. Die Namensführung des Angenommenen nach der Adoption unterliegt jedoch weiterhin dem allgemeinen Namensstatut des Art. 10 EGBGB.⁴

Dieser Beitrag gibt einen Überblick über die dogmatischen Grundlagen des internationalen Namensrechts anlässlich einer Inlandsadoption. Nach Erörterung der Grundanknüpfung des Art. 10 Abs. 1 EGBGB⁵ sollen dabei die Möglichkeiten einer Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) unter die Lupe genommen werden, und zwar sowohl hinsichtlich der Minderjährigenadoption⁶ als auch hinsichtlich der Volljährigenadoption.⁷ Die Veranschaulichung der Rechtswahlmöglichkeiten anhand praktischer Anwendungsfälle erfolgt in Teil 2 des Beitrags im kommenden Heft.

on.⁷Die Veranschaulichung der Rechtswahlmöglichkeiten anhand praktischer Anwendungsfälle erfolgt in Teil 2 des Beitrags im kommenden Heft.

I. Namensstatut nach Art. 10 Abs. 1 EGBGB

1. Historische Entwicklung bis zur IPR-Reform

Vor der IPR-Reform im Jahr 1986 war das Namensstatut nicht kodifiziert.⁸ Die Rechtsprechung folgte zunächst der familienrechtlichen Qualifikation und knüpfte das Namensstatut an das dem Namenserwerb zugrundeliegende Statusereignis an:⁹ So unterlag der Name der Ehefrau nach Eheschließung dem Ehwirkungsstatut (Art. 14 EGBGB a. F.),¹⁰ der Name des ehelichen Kindes dem Statut des ehelichen Eltern-Kind-Verhältnisses (Art. 19 Satz 1 EGBGB a. F.),¹¹ der Name des legitimierten Kindes dem Legitimationsstatut (Art. 22 Abs. 1 Alt. 1 EGBGB a. F.)¹² und der Name des adoptierten Kindes dem Adoptionsstatut (Art. 22 Abs. 1 Alt. 2 EGBGB a. F.).¹³

Beginnend mit der Entscheidung vom 12.05.1971¹⁴ knüpfte der BGH das Namensstatut hingegen an die Staatsangehörigkeit des Namensträgers an:¹⁵ So unterwarf der BGH seit

7 Siehe unten III.

8 BGH, Beschluss vom 28.09.1972, IV ZB 78/71, NJW 1972, 2177, 2178; Beschluss vom 02.03.1979, IV ZB 41/78, NJW 1979, 1775, 1775.

9 Staudinger/*Hausmann*, Neub. 2019, Art. 10 EGBGB Rdnr. 93, 189, 442; *Wall*, StAZ 2021, 202, 203.

10 BGH, Beschluss vom 12.07.1965, IV ZB 497/64, NJW 1965, 2052, 2053 f.; BayObLG, Beschluss vom 12.10.1956, BReg. 2 Z 181/54, BayObLGZ 1956, 345, 351; KG, Beschluss vom 15.10.1962, 1 W 1945/62, NJW 1963, 51, 52 f.; BayObLG, Beschluss vom 08.06.1965, BReg. 2 Z 330/64, BayObLGZ 1965, 221, 223 f.

11 BGH, Beschluss vom 26.05.1971, IV ZB 22/70, NJW 1971, 1521, 1521; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 04.02.1976, 20 W 881/75, OLGZ 1976, 286, 287.

12 BGH, Beschluss vom 07.12.1977, IV ZB 30/77, NJW 1978, 1107, 1107.

13 BGH, Beschluss vom 04.03.1960, IV ZB 180/59, BeckRS 1960, 31393928.

14 BGH, Beschluss vom 12.05.1971, IV ZB 72/70, NJW 1971, 1516, 1517 f.

15 Staudinger/*Hausmann*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 95, 190, 314; *Wall*, StAZ 2021, 202, 204.

1 NK-BGB/*Mankowski*, 4. Aufl. 2021, Art. 10 EGBGB, Rdnr. 4; siehe hierzu auch die Zitate aus der Zeitschrift „Das Standesamt“ (StAZ) in den folgenden Fußnoten.

2 BGBl. I 2020, S. 541.

3 Art. 229 § 52 EGBGB.

4 Siehe unten I. 3. und Fn. 33.

5 Siehe unten I.

6 Siehe unten II.

1971 den Ehenamen der Ehefrau dem Recht ihrer Staatsangehörigkeit,¹⁶ seit 1972 den Namen des nichtehelichen Kindes dem Recht seiner Staatsangehörigkeit,¹⁷ seit 1979 den Namen des ehelichen Kindes.¹⁸

2. Namensstatut nach der IPR-Reform von 1986

Der Gesetzgeber der IPR-Reform griff diese „geläuterte Rechtsansicht“ des BGH auf und schuf mit Wirkung zum 01.09.1986 mit Art. 10 EGBGB eine eigene Kollisionsnorm für den Namen.¹⁹ Der nach der Adoption zu führende Name des Anzunehmenden unterliegt daher nicht dem Adoptionsstatut des Art. 22 EGBGB,²⁰ sondern dem von Art. 10 Abs. 1 EGBGB berufenen Heimatrecht des Anzunehmenden.²¹ Sofern der Anzunehmende deutsch-ausländischer Doppelstaater ist, geht die deutsche Staatsangehörigkeit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB der ausländischen Staatsangehörigkeit vor.

a) Maßgeblicher Zeitpunkt der Staatsangehörigkeit(en)

Für die Bestimmung des Namensstatuts des Art. 10 Abs. 1 EGBGB ist (bzw. sind) die Staatsangehörigkeit(en) relevant,

16 BGH, Beschluss vom 12.05.1971, IV ZB 72/70, NJW 1971, 1516, 1517 f.; Beschluss vom 16.10.1974, IV ZB 12/1974, NJW 1975, 112, 113; Beschluss vom 25.09.1978, IV ZB 10/78, NJW 1979, 489, 489.

17 BGH, Beschluss vom 28.09.1972, IV ZB 78/71, NJW 1972, 2177, 2178; Beschluss vom 08.06.1983, IVb ZB 637/80, NJW 1984, 562, 563; Beschluss vom 15.02.1984, IVb ZB 701/81, NJW 1984, 1299, 1301; Beschluss vom 09.07.1986, IVb ZB 82/84, NJW 1986, 3022, 3023.

18 BGH, Beschluss vom 02.03.1979, IV ZB 41/78, NJW 1979, 1775, 1775 f.

19 NK-BGB/*Mankowski*, Art. 10 EGBGB, Rdnr. 5; Staudinger/*Hausmann*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 96, 196, 316.

20 A. A. nur AG Detmold, Beschluss vom 06.03.1990, 23 XVI 20/88, IPRax 1990, 254.

21 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 30.01.1997, 11 Wx 42/96, FamRZ 1999, 252, 253; OLG Köln, Beschluss vom 30.12.2002, 16 Wx 240/02, FamRZ 2003, 1773, 1774; AG Bonn, Beschluss vom 23.08.1991, 36 III 88/91, StAZ 1992, 41, 41; AG Rottweil, Beschluss vom 26.10.2005, 4 XVI 14/03, StAZ 2006, 144, 145; AG Tostedt, Beschluss vom 03.07.2019, 14 F 264/18 AD, FamRZ 2019, 1550, 1550; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, 4. Aufl. 2022, Rdnr. V-473; jurisPK-BGB/*Janal*, 9. Aufl. 2020, Art. 10 EGBGB Rdnr. 5; jurisPK-BGB/*Behrentin*, 9. Aufl. 2020, Art. 22 EGBGB Rdnr. 54; MünchKommBGB/*Lipp*, 8. Aufl. 2020, Art. 10 EGBGB Rdnr. 168; Staudinger/*Hausmann*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 442; *Kropholler*, IPR, 6. Aufl. 2006, § 49 III 2 S. 420; *Emmerling de Oliveira*, MittBayNot 2010, 429, 431; *Frank*, StAZ 2018, 202, 202; *Henrich*, IPRax 1998, 96, 96; *Hochwald*, StAZ 2008, 115, 115; *Hölzel*, StAZ 2003, 289, 295; *Kraus*, StAZ 2011, 346, 347; *Krömer*, StAZ 1997, 18; *Krömer*, StAZ 2003, 307, 308; *Krömer*, StAZ 2007, 50, 50; *Krömer*, StAZ 2021, 284, 284; *Mansell Thorn/Wagner*, IPRax 2010, 1, 5; *Wall*, StAZ 2011, 203, 207; *Wall*, StAZ 2012, 301, 310; *Wall*, StAZ 2016, 217, 221; *Wall*, StAZ 2020, 2, 8; *Wedemann*, FamRZ 2015, 2106, 2106.

die der Anzunehmende nach der Adoption besitzt.²² Praktisch relevant wird diese Frage dann, wenn der Anzunehmende infolge der Adoption eine weitere Staatsangehörigkeit hinzugewirbt:

Ein minderjähriger Anzunehmender erwirbt bei Adoption durch einen Deutschen nach § 6 Satz 1 StAG die deutsche Staatsangehörigkeit, sodass sich der nach der Adoption zu führende Name des Anzunehmenden gemäß Art. 10 Abs. 1 EGBGB (ggf. i. V. m. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB) nach deutschem Namenssachrecht, d. h. nach § 1757 BGB richtet.²³

Die Adoption eines volljährigen Ausländers durch einen Deutschen führt hingegen nicht zum Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit²⁴ – und zwar selbst dann nicht, wenn die Volljährigenadoption nach Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 1772 Abs. 1 BGB mit den „starken“ Wirkungen einer Minderjährigenadoption ausgesprochen wird.²⁵ Für den anzunehmenden Ausländer verweist Art. 10 Abs. 1 EGBGB in diesem Fall hinsichtlich seines nach der Adoption zu führenden Namens somit weiterhin auf sein Heimatrecht.²⁶

b) Gesamtverweisung auf das Heimatrecht

Bei der Verweisung des Art. 10 Abs. 1 EGBGB handelt es sich gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 1 1. Hs. EGBGB um eine Ge-

22 AG Bonn, Beschluss vom 23.08.1991, 36 III 88/91, StAZ 1992, 41, 41; BeckOGK-BGB/*Markwardt*, Stand: 01.06.2022, Art. 22 EGBGB Rdnr. 89; BeckOK-BGB/*Mäsch*, Stand: 01.05.2022, Art. 10 EGBGB Rdnr. 40; BeckOK-BGB/*Heiderhoff*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 30; Gaaz/Bornhofen/Lammers/Lammers, PStG, 5. Aufl. 2020, § 27 Rdnr. 73; Hausmann/Odersky/*Hausmann*, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2021, § 14 Rdnr. 47; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-474; jurisPK-BGB/*Behrentin*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 54; Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira/*Müller-Engels*, Adoptionsrecht in der Praxis, 4. Aufl. 2020, Rdnr. 380; MünchKomm-BGB/*Helms*, 8. Aufl. 2021, Art. 22 EGBGB Rdnr. 39; NK-BGB/*Magnus*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 27; Staudinger/*Hausmann*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 443; Staudinger/*Henrich*, Neub. 2022, Art. 22 EGBGB Rdnr. 47; *Emmerling de Oliveira*, MittBayNot 2010, 429, 431; *Frank*, StAZ 2018, 202, 202; *Krömer*, StAZ 2003, 307, 308; *Krömer*, StAZ 2007, 50, 50; *Krömer*, StAZ 2021, 284, 284; *Wall*, StAZ 2020, 2, 8.

23 jurisPK-BGB/*Behrentin*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 54; *Emmerling de Oliveira*, MittBayNot 2010, 429, 431; *Hölzel*, StAZ 2003, 289, 295; *Krömer*, StAZ 1998, 21, 22; *Krömer*, StAZ 2003, 307, 308; *Krömer*, StAZ 2007, 50, 50; *Wall*, StAZ 2020, 2, 8.

24 OLG Köln, Beschluss vom 30.12.2002, 16 Wx 240/02, FamRZ 2003, 1773, 1774; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-451, V-474; *Braun*, StAZ 2020, 297, 300; *Frank*, StAZ 2008, 65, 68; *Henrich*, IPRax 1998, 96, 96; *Hochwald*, StAZ 2008, 115, 115; *Krömer*, StAZ 2021, 284, 284; *Wall*, StAZ 2011, 203, 207; *Wall*, StAZ 2016, 217, 221.

25 BGH, Beschluss vom 25.08.2021, XII ZB 442/18, FamRZ 2021, 1897 Rdnr. 43; *Kraus*, StAZ 2011, 346, 347.

26 OLG Köln, Beschluss vom 30.12.2002, 16 Wx 240/02, FamRZ 2003, 1773, 1774; AG Tostedt, Beschluss vom 03.07.2019, 14 F 264/18 AD, FamRZ 2019, 1550, 1550; *Braun*, StAZ 2020, 297, 300; *Hochwald*, StAZ 2008, 115, 115; *Kraus*, StAZ 2011, 346, 347; *Wall*, StAZ 2011, 203, 207; *Wall*, StAZ 2016, 217, 221.

samtverweisung,²⁷ sodass zu prüfen ist, wie das von Art. 10 Abs. 1 EGBGB zunächst berufene ausländische Kollisionsrecht das Namensstatut anknüpft.²⁸

Sofern der Heimatstaat des Anzunehmenden in seinem nationalen Kollisionsrecht das Namensstatut an den gewöhnlichen Aufenthalt anknüpft, kommt es kraft abweichender Qualifikation zu einer Rückverweisung („Renvoi“) auf deutsches Recht, wenn der Anzunehmende seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hat.²⁹ Dieser Renvoi führt gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 2 EGBGB dazu, dass der Name nach der Adoption deutschem Namenssachrecht, d. h. § 1757 BGB (ggf. i. V. m. § 1767 Abs. 2 Satz 1, 3 BGB) unterliegt. Das Gleiche gilt, sofern der Heimatstaat des Anzunehmenden in seinem nationalen Kollisionsrecht (wie vor der IPR-Reform im deutschen Recht zunächst der BGH³⁰) der familienrechtlichen Qualifikation folgt, somit für die Namensführung nach der Adoption seine eigene, für die Adoption geltende Kollisionsnorm heranzieht und diese aufgrund des in ihr enthaltenen Anknüpfungsmoments (zum Beispiel Staatsangehörigkeit des Annehmenden) kraft abweichender Qualifikation auf das deutsche Recht zurückverweist.³¹

3. Namensstatut nach Änderung des Art. 22 EGBGB im Jahr 2020

Trotz Änderung des Art. 22 EGBGB durch das „Gesetz zur Umsetzung der Entscheidung des BVerfG vom 26.03.2019 zum Ausschluss der Stiefkindadoption in nichtehelichen Familien“ vom 19.03.2020³² unterliegt der Name des Anzunehmenden nach der Adoption auch weiterhin seinem von Art. 10 Abs. 1 EGBGB berufenen Heimatrecht.³³

27 jurisPK-BGB/*Janal*, Art. 10 EGBGB, Rdnr. 36; Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira/*Müller-Engels*, Adoptionsrecht in der Praxis, Rdnr. 380; MünchKomm-BGB/*Lipp*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 31; NK-BGB/*Mankowski*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 8; Staudinger/*Henrich*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 50; *Henrich*, IPRax 1998, 96, 96; *Wall*, StAZ 2011, 203, 207.

28 OLG Köln, Beschluss vom 30.12.2002, 16 Wx 240/02, FamRZ 2003, 1773, 1774; AG Tostedt, Beschluss vom 03.07.2019, 14 F 264/18 AD, FamRZ 2019, 1550, 1550 f.; *Emmerling de Oliveira*, MittBayNot 2010, 429, 431; *Wall*, StAZ 2016, 217, 221.

29 Vgl. OLG Köln, Beschluss vom 30.12.2002, 16 Wx 240/02, FamRZ 2003, 1773, 1774 (zum damaligen IPR der VR China).

30 Siehe oben I. 1. und Fn. 10 ff.

31 BeckOK-BGB/*Mäsch*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 10; NK-BGB/*Mankowski*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 9; Staudinger/*Henrich*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 50; *Wall*, StAZ 2016, 217, 221.

32 BGBl. 2020, S. 541.

33 BeckOGK-BGB/*Markwardt*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 89; BeckOK-BGB/*Mäsch*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 2, 31; BeckOK-BGB/*Heiderhoff*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 30; Erman/*Stürner*, BGB, 16. Aufl. 2022, Art. 22 EGBGB Rdnr. 18; Grüneberg/*Thorn*, 81. Aufl. 2022, Art. 22 EGBGB Rdnr. 6-8; Hausmann/*Odersky/Hausmann*, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 14 Rdnr. 47; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-473; Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira/*Müller-Engels*, Adoptionsrecht in der Praxis, Rdnr. 380; MünchKomm-BGB/*Helms*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 39; NK-BGB/*Magnus*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 27; Staudinger/*Henrich*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 47; *Braun*, StAZ 2020, 297, 300.

Der Gesetzgeber des Jahres 2020 hat die Namenskollisionsnorm des Art. 10 EGBGB unverändert gelassen. Auch den Gesetzesmaterialien lässt sich kein gesetzgeberischer Wille des Reformgesetzgebers entnehmen, den Namen des Anzunehmenden nach der Adoption künftig dem Adoptionsstatut des Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB n. F. zu unterwerfen und damit partiell zu einer familienrechtlichen Qualifikation zurückzukehren.

Die in Art. 10 Abs. 1 EGBGB enthaltene Anknüpfung des Namensstatuts an die Staatsangehörigkeit des Namensträgers ist zudem auch weiterhin rechtspolitisch sinnvoll, da hierdurch ein Gleichlauf des nach bürgerlichem Recht zu führenden Namens mit dem in den Ausweisdokumenten des Heimatstaats (Reisepass und Personalausweis) enthaltenen („öffentlichrechtlichen“) Namen erreicht wird.³⁴

4. Textbaustein „Angaben und Hinweise zum Namensstatut“

Um dem Familiengericht die Prüfung des Art. 10 Abs. 1 EGBGB und eines danach eventuell berufenen ausländischen Namenskollisionsrechts zu ermöglichen, sollten in der Urkunde des Adoptionsantrags für alle Urkundsbeteiligten (Annehmender, Anzunehmender, Ehegatte des Annehmenden) Angaben zu deren Staatsangehörigkeit(en) und zum gewöhnlichen Aufenthalt mit aufgenommen werden. Der Textbaustein sollte zudem die bei Auslandsbezug gemäß § 17 Abs. 3 BeurkG stets erforderlichen Hinweise enthalten.

Da Adoptionen mit Auslandsbezug nicht gerade zu den „Standardfällen“ notarieller Beurkundungstätigkeit zählen dürften, bietet es sich zudem an, die vorstehend dargelegten IPR-Grundsätze zum Namensrecht als Belehrung „getarnt“ in den Textbaustein mit aufzunehmen. Dies hat nicht nur den Zweck, dem beurkundenden Notar diese IPR-Grundsätze bei der Beurkundung noch einmal in Erinnerung zu rufen, sondern dient zugleich als Hinweis für das mit dem Ausspruch der Adoption befasste Familiengericht, um auf diese Weise Rechtsanwendungsfehler beim Ausspruch zur Namensführung zu vermeiden.

Der Textbaustein könnte für die Stiefkindadoption wie folgt lauten:

Staatsangehörigkeiten und Aufenthalt der Beteiligten, Hinweise zum Auslandsbezug

1. Der Annehmende besitzt ausschließlich die (...) Staatsangehörigkeit. Der Anzunehmende besitzt ausschließlich die (...) Staatsangehörigkeit. Die Mutter des Anzunehmenden und Ehefrau des Annehmenden besitzt ausschließlich die (...) Staatsangehörigkeit.
2. Der Annehmende, der Anzunehmende und die Mutter des Anzunehmenden haben alle ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland.

34 BeckOK-BGB/*Mäsch* Art. 10 EGBGB Rdnr. 1; jurisPK-BGB/*Janal*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 2; NK-BGB/*Mankowski*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 48.



3. Der Notar hat die Beteiligten in Grundzügen über Funktion und Wirkungsweise des Internationalen Privatrechts (IPR) belehrt und dabei insbesondere auf Folgen des hingewiesen:

a) Die Annahme als Kind durch ein deutsches Familiengericht unterliegt gemäß Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB dem deutschen Adoptionsrecht.

b) Der infolge der Adoption zu führende Name des Anzunehmenden unterliegt gemäß Art. 10 Abs. 1 EGBGB hingegen dem Recht des Staates, dem der Anzunehmende angehört, wobei es auf dessen Staatsangehörigkeit(en) nach erfolgter Adoption ankommt. Gemäß § 6 Satz 1 StAG erwirbt ein Kind, das im Zeitpunkt des Annahmeantrags das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, mit der Annahme als Kind durch einen Deutschen die deutsche Staatsangehörigkeit.

c) In Bezug auf den Namen des Anzunehmenden kann (auch) ausländisches Recht zur Anwendung kommen, es besteht jedoch auch die Möglichkeit der Rückverweisung auf deutsches Recht.

d) Für den Familiennamen des Anzunehmenden besteht unter den Voraussetzungen des Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) die Möglichkeit einer namensrechtlichen Rechtswahl.

e) In Deutschland und im Ausland kann es zur Anwendung unterschiedlichen Rechts für ein und denselben Gegenstand kommen; Gerichte in verschiedenen Staaten können zu unterschiedlichen Entscheidungen gelangen. Der Notar kann nicht beurteilen, ob der beantragte Beschluss des deutschen AG – Familiengerichts – (...) – sei es hinsichtlich des Ausspruchs der Annahme als Kind, sei es hinsichtlich der Namensführung des Anzunehmenden – im Ausland, insbesondere in (...), anerkannt wird.

f) Es gehört nicht zu den Amtspflichten eines deutschen Notars, ausländisches Recht einschließlich der ausländischen Verweisungsnormen zu kennen oder darüber zu belehren und zu beraten. Der amtierende Notar kennt den Inhalt des ausländischen Kollisions- und Sachrechts, insbesondere des (...) Rechts, nicht. Etwaige Hinweise zum ausländischen Recht hat der Notar ausschließlich dem deutschsprachigen Schrifttum entnommen; er kann nicht sagen, ob sie die aktuelle Rechtslage im Ausland korrekt wiedergeben.

g) Der Notar hat auf die Möglichkeit hingewiesen, vor der Beurkundung ein Gutachten zu diesen Fragen bei einer Universität, einem Max-Planck-Institut oder einem (...) Rechtsanwalt zum Inhalt des (...) Rechts einzuholen. Davon soll jedoch kein Gebrauch gemacht werden, die Beteiligten bestanden auf sofortiger Beurkundung des Adoptionsantrags in dieser Form und mit diesem Inhalt.

II. Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) bei Minderjährigenadoption

Im Schrifttum besteht Einigkeit darüber, dass für den nach der Adoption zu führenden Familiennamen des minder-

jährigen Anzunehmenden das Namensstatut durch eine Rechtswahl gemäß Art. 10 Abs. 3 EGBGB gewählt werden kann. Teilweise bezieht man die Möglichkeit einer solchen Rechtswahl ausdrücklich auf die Minderjährigenadoption,³⁵ teilweise bejaht man diese Möglichkeit generell, ohne zwischen der Minderjährigenadoption und der Volljährigenadoption zu differenzieren.³⁶

1. Voraussetzungen der Rechtswahl

a) Familiengericht als Erklärungsempfänger

Art. 10 Abs. 3 Satz 1 EGBGB verlangt seinem Wortlaut nach, dass die Rechtswahlerklärung „gegenüber dem Standesamt“ als Erklärungsempfänger erfolgen muss. Die Vorschrift ist dabei als Parallelvorschrift zu sachrechtlichen namensbestimmenden Erklärungen zum Kindesnamen konzipiert, die alle ebenfalls „gegenüber dem Standesamt“ als Erklärungsempfänger abzugeben sind, etwa § 1617 Abs. 1 Satz 1, § 1617a Abs. 2 Satz 1, § 1617b Abs. 1 Satz 4, § 1617b Abs. 2 Satz 2, § 1617c Abs. 1 Satz 3, § 1618 Satz 1 BGB.

Für sachrechtliche Namensklärungen anlässlich einer Adoption macht § 1757 Abs. 2 Satz 1 BGB hiervon jedoch eine Ausnahme, indem (in Abweichung von der Regel des § 1617 Abs. 1 Satz 1 BGB) nicht das Standesamt empfangszuständig ist, sondern das für den Ausspruch der Adoption zuständige Familiengericht.³⁷ Lässt man eine Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) anlässlich einer Adoption zu, so sollte man diese sachrechtliche Wertung des § 1757 Abs. 2 Satz 1 BGB in das Kollisionsrecht spiegeln und diese bei analoger Anwendung des Art. 10 Abs. 3 EGBGB in der Weise berücksichtigen, dass die Rechtswahl des Namensstatuts des Anzunehmenden anlässlich einer Adoption gegenüber dem Familiengericht als Erklärungsempfänger erfolgen kann und muss.³⁸

Für die exklusive Empfangszuständigkeit des Familiengerichts für die anlässlich der Adoption getroffene Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) spricht dabei der Zweck des § 1757 Abs. 2 Satz 1 BGB, demzufolge alle namensrechtlichen Fragen infolge der Adoption bei Erlass des Adoptionsbeschlusses geklärt sein sollen: Sofern sich die künftigen Eltern über den neuen Geburtsnamen des Anzunehmenden nicht einigen wollen, darf die Adoption nach

35 *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-475; *Braun*, StAZ 2020, 297, 300 Fn. 23; *Wall*, StAZ 2020, 2, 8.

36 *BeckOGK-BGB/Markwardt*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 91; *jurisPK-BGB/Behrentin*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 54; *MünchKomm-BGB/Helms*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 39; *NK-BGB/Magnus*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 33; *Staudinger/Hausmann*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 448; *Staudinger/Henrich*, Art. 22 EGBGB Rdnr. 49, 54; *Emmerling de Oliveira*, MittBayNot 2010, 429, 431.

37 *Staudinger/Helms*, Neub. 2019, § 1757 Rdnr. 21.

38 So auch *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-476; *Wall*, StAZ 2011, 203, 208; *Wall*, StAZ 2020, 2, 8, Fn. 107; a. A. (= Standesamt empfangszuständig) *Emmerling de Oliveira*, MittBayNot 2010, 429, 431.

dem Willen des Gesetzgebers des FamNamRG 1993³⁹ vom Familiengericht nicht ausgesprochen werden.⁴⁰ Gleiches gilt, wenn sich der über vierzehn Jahre alte Anzunehmende der elterlichen Namensbestimmung nicht nach § 1757 Abs. 2 Satz 2, § 1617c Abs. 1 Satz 2 BGB anschließen will.⁴¹ In der mangelnden Konsensfähigkeit in der Namensfrage sieht der Gesetzgeber das Ziel der Adoption, dass ein echtes Eltern-Kind-Verhältnis entsteht, von vornherein in Frage gestellt.⁴²

Der Zweck der Konzentration aller namensrechtlichen Fragen auf das Adoptionsverfahren gebietet es, bereits die Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) sowie alle ggf. hierauf aufbauenden sachrechtlichen Erklärungen nach dem gewählten Namensrecht in das Adoptionsverfahren einzubetten – und diese nicht einer erst dem Adoptionsbeschluss nachfolgenden Erklärung gegenüber dem Standesamt zu überlassen.

b) Form der Rechtswahlerklärung

Für die nach der Beurkundung der Geburt abgegebene Rechtswahl verlangt Art. 10 Abs. 3 Satz 2 EGBGB die Form der öffentlichen Beglaubigung, mithin die Form des § 129 Abs. 1 BGB.⁴³ Diese Form wird gemäß § 129 Abs. 3 BGB durch die Form der notariellen Beurkundung ersetzt. Da der Antrag der Annehmenden auf Annahme als Kind gemäß Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 1752 Abs. 2 Satz 2 BGB sowie die gemäß §§ 1746, 1747 BGB erforderlichen Einwilligungserklärungen gemäß § 1750 Abs. 1 Satz 2 BGB ohnehin der Form der notariellen Beurkundung bedürfen, lässt sich die Form des Art. 10 Abs. 3 Satz 2 EGBGB ohne Weiteres erfüllen, wenn die Rechtswahl gemäß Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) mit dem Adoptionsantrag und den Einwilligungserklärungen mitbeurkundet wird.⁴⁴

c) Kreis der wählbaren Rechte

Die Rechtswahl eines ausländischen Namenssachrechts nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) führt gemäß Art. 4 Abs. 2 Satz 2 EGBGB direkt zur Anwendung des ausländischen Namenssachrechts. Sofern der Annehmende oder dessen Ehegatte Doppelstaater ist, kann – wie sich aus der Formulierung „ungeachtet des Artikels 5 Abs. 1“ in Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB ergibt – auch das Recht der nicht-deutschen oder einer nichteffektiven Staatsangehörigkeit gewählt werden.⁴⁵

39 RegE 24.4.1992, BR-Drucks. 262/92, S. 48 = RegE 14.8.1992, BT-Drucks. 12/3163, S. 19.

40 *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-440 f.; *Staudinger/Helms*, § 1757 Rdnr. 20; *Diederichsen*, NJW 1994, 1089, 1095; *Frank*, StAZ 2008, 1, 2; *Keuter*, FamRZ 2021, 165, 166; *Zschiebsch*, notar 2017, 195, 203.

41 OLG Hamm, Beschluss vom 14.09.2000, 15 W 270/00, StAZ 2001, 328, 329; *Hepting/Dutta*, Familie und Personenstand, Rdnr. V-440; *Staudinger/Helms*, § 1757 Rdnr. 24; *Bornhofen*, StAZ 2019, 120, 120; *Keuter*, FamRZ 2021, 165, 166 f.

42 *Diederichsen*, NJW 1994, 1089, 1095.

43 *Wall*, StAZ 2018, 169, 171.

44 *Wall*, StAZ 2020, 2, 8.

45 NK-BGB/*Mankowski*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 13, 143.

2. Analogiethese zu Art. 10 Abs. 3 EGBGB

Eine Analogie verlangt stets einen abstrakt formulierten Rechtssatz (sog. „Analogiethese“). Diese Analogiethese lässt sich für die analoge Anwendung des Art. 10 Abs. 3 EGBGB auf die Minderjährigenadoption wie folgt formulieren:

„Nimmt eine Einzelperson ein minderjähriges Kind an, kann der Annehmende vor dem Ausspruch der Annahme gegenüber dem Familiengericht bestimmen, dass das Kind den Familiennamen erhalten soll,

1. nach dem Recht eines Staates, dem der Annehmende angehört, ungeachtet des Art. 5 Abs. 1, oder
2. nach deutschem Recht, wenn der Annehmende seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.

Die Erklärung des Annehmenden muss öffentlich beglaubigt werden.“

„Nimmt ein Ehepaar ein minderjähriges Kind an oder nimmt ein Ehegatte ein minderjähriges Kind des anderen Ehegatten an, können die Ehegatten vor dem Ausspruch der Annahme gegenüber dem Familiengericht bestimmen, dass das Kind den Familiennamen erhalten soll,

1. nach dem Recht eines Staates, dem ein Ehegatte angehört, ungeachtet des Art. 5 Abs. 1 oder
2. nach deutschem Recht, wenn ein Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.

Die Erklärungen der Ehegatten müssen öffentlich beglaubigt werden.“

3. Zustimmung des Kindes nach Art. 23 Satz 1 EGBGB

Gemäß Art. 23 Satz 1 EGBGB unterliegen die Erforderlichkeit und die Erteilung der Zustimmung des Kindes zu einer Namenserteilung zusätzlich dem Recht des Staates, dem das Kind angehört. Besitzt der minderjährige Anzunehmende vor Ausspruch der Annahme als Kind (zumindest auch) die deutsche Staatsangehörigkeit, richtet sich die Frage, ob er selbst der namensrechtlichen Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) zustimmen muss, gemäß Art. 23 Satz 1 EGBGB nach deutschem Namenssachrecht.⁴⁶

Im deutschen Recht bedürfen namensbestimmende Erklärungen der Eltern zum Kindesnamen gemäß § 1617a Abs. 2 Satz 2, § 1617b Abs. 1 Satz 3, § 1617b Abs. 2 Satz 1, § 1617c Abs. 1 Satz 1, § 1618 Satz 3 BGB zu ihrer Wirksamkeit ab Vollendung des fünften Lebensjahrs des Kindes zusätzlich der Zustimmung des Kindes. Gemäß § 1617c Abs. 1 Satz 2 BGB (der über die Verweisungen in § 1617a Abs. 2 Satz 4, § 1617b

46 OLG Köln, Beschluss vom 07.06.2013, 25 UF 40/13, StAZ 2013, 319, 320; *Gaaz/Bornhofen/Lammers/Lammers*, PStG, § 45 Rdnr. 26; *MünchKomm-BGB/Lipp*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 137; a. A. NK-BGB/*Mankowski*, Art. 10 EGBGB Rdnr. 136a, der das Zustimmungserfordernis nach Art. 23 Satz 1 EGBGB nur auf die Namenserteilung auf sachrechtlicher Ebene anwenden will.

Abs. 1 Satz 4, § 1617b Abs. 2 Satz 3, § 1618 Satz 6 BGB allgemein für Namensänderungen des Kindes gilt) muss das Kind hierbei der Namensänderung ab Vollendung des 14. Lebensjahrs selbst zustimmen; es wird mit vierzehn Jahren also „namensmündig“.⁴⁷ In einem Alter von fünf bis dreizehn Jahren wird das Kind hingegen durch seinen gesetzlichen Vertreter bei Abgabe der Zustimmung vertreten.⁴⁸ Diese Grundsätze zur Mitbestimmung des Kindes gelten gemäß § 1757 Abs. 2 Satz 2 BGB ausdrücklich auch für namensbestimmende Erklärungen anlässlich der Adoption.⁴⁹

Für die Beurkundung der namensrechtlichen Rechtswahl im Rahmen des Adoptionsantrags bereitet das Zustimmungserfordernis des Kindes aus Art. 23 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 1757 Abs. 2 Satz 2 BGB indes keine praktischen Probleme: Das Kind muss gemäß Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 1746 Abs. 1 Satz 1 BGB seine Einwilligung zur Adoption erklären, wobei es hierbei gemäß § 1746 Abs. 1 Satz 2 BGB im Alter von null bis dreizehn Jahren durch den gesetzlichen Vertreter vertreten wird und gemäß § 1746 Abs. 1 Satz 3 BGB ab Vollendung des 14. Lebensjahrs persönlich seine Einwilligung zur Adoption erklären muss. Da das Kind insoweit ohnehin an der Beurkundung des Adoptionsantrags beteiligt ist, kann und sollte die Zustimmung des Kindes zur namensrechtlichen Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) immer ausdrücklich in der Urkunde miterklärt werden.

4. Textbaustein „Rechtswahl bei der Minderjährigenadoption“

Der Textbaustein für die namensrechtliche Rechtswahl bei der Adoption eines minderjährigen Kindes durch den ausländischen Stiefvater könnte daher wie folgt lauten:

Name des Anzunehmenden

1. Der Annehmende und die Mutter des Anzunehmenden wählen gemäß Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (analog) gegenüber dem Familiengericht für die Namensführung des Anzunehmenden das (...) Recht als das Recht der Staatsangehörigkeit des Annehmenden.
2. Der Annehmende und die Mutter des Anzunehmenden erteilen dem Anzunehmenden nach dem gewählten ausländischen Namenssachrecht den Familiennamen „(...)“.
3. Der Anzunehmende stimmt der vorstehend erklärten Rechtswahl und sachrechtlichen Namenserteilung zu und schließt sich diesen Erklärungen vollinhaltlich an.
4. Der Annehmende und die Mutter des Anzunehmenden beantragen beim Familiengericht bei der Annahme auszusprechen, dass der Anzunehmende den Namen „(...)“ als Familiennamen erhält.

47 Hepting, StAZ 1991, 104, 106; Löhnig, FamRZ 2012, 679, 681; Wall, StAZ 2023, 49, 50.

48 BGH, Beschluss vom 21.09.2022, XII ZB 504/21, NJW 2022, 3579 Rdnr. 18.

49 Bornhofen, StAZ 2019, 120, 120.

5. Kostenrechtliche Behandlung der Rechtswahl

Der Geschäftswert der Minderjährigenadoption beträgt gemäß § 101 GNotKG 5.000 €; hierfür fällt eine 1,0-Gebühr nach KV-Nr. 21200 an.⁵⁰ Sachrechtliche namensbestimmende Erklärungen anlässlich der Adoption (zum Beispiel nach § 1757 Abs. 2 BGB oder nach einem ausländischen Namenssachrecht) dienen der Durchführung der Adoption und sind daher gemäß § 109 Abs. 1 GNotKG nicht gesondert zu bewerten.⁵¹

Eine Rechtswahl nach dem internationalen Privatrecht gilt hingegen gemäß § 111 Nr. 4 GNotKG stets als besonderer Beurkundungsgegenstand. Gemäß § 104 Abs. 3 GNotKG beträgt der Geschäftswert 30 % des Geschäftswerts für die Beurkundung des Rechtsgeschäfts, für das die Rechtswahl bestimmt ist, sodass sich bei der Minderjährigenadoption für die namensrechtliche Rechtswahl ein Geschäftswert von 1.500 € ergibt. Da die Rechtswahl als amtsempfangsbedürftige Erklärung gegenüber dem (nicht an der Urkunde beteiligten) Familiengericht abgegeben wird,⁵² fällt hierfür eine 1,0-Gebühr nach KV-Nr. 21200 an. Für die Minderjährigenadoption eines Kindes mit namensrechtlicher Rechtswahl gemäß Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) ist daher gemäß § 35 Abs. 1 GNotKG insgesamt ein Geschäftswert von 6.500 € zugrunde zu legen, für den eine 1,0-Gebühr nach KV-Nr. 21200 anfällt.

III. Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) bei Volljährigenadoption

Die h. L. geht ohne besonderes Problembewusstsein davon aus, dass eine namensrechtliche Rechtswahl gemäß Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) auch im Falle einer Volljährigenadoption möglich ist.⁵³ Dies erstaunt insoweit, als Art. 10 Abs. 3 EGBGB seinem Wortlaut nach einen „Inhaber der Sorge“ voraussetzt, woraus Rechtsprechung⁵⁴ und h. L.⁵⁵ folgern, dass in Fällen jenseits der Adoption das volljährig gewordene Kind eine Rechtswahl gemäß Art. 10 Abs. 3 EGBGB für sich selbst nicht mehr treffen kann.

50 Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 13. Aufl. 2021, Rdnr. 109; Zschiebsch, notar 2017, 195, 204 f.

51 Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 105.

52 Siehe oben II. 1. a).

53 Siehe oben II. und Fn. 36.

54 AG Schöneberg, Beschluss vom 27.09.2013, 71 III 210/13, StAZ 2014, 304, 305.

55 BeckOK-BGB/Mäsch, Art. 10 EGBGB Rdnr. 71; Gaaz/Bornhofen/Lammers/Lammers, PStG, § 45 Rdnr. 24; Hepting/Dutta, Familie und Personenstand, Rdnr. V-874; jurisPK-BGB/Janal, Art. 10 EGBGB Rdnr. 28; MünchKomm-BGB/Lipp, Art. 10 EGBGB Rdnr. 156; NK-BGB/Mankowski, Art. 10 EGBGB Rdnr. 152; Staudinger/Hausmann, Art. 10 EGBGB Rdnr. 376, 401; Hepting, StAZ 1998, 133, 137; Rauhmeier, StAZ 2012, 281, 282; Wall, StAZ 2014, 294, 296; Wall, StAZ 2018, 25, 26; Wall, StAZ 2020, 385, 388.

1. Dogmatische Begründung der Analogie

Gleichwohl ist der Ansicht der h. L., eine Rechtswahl gemäß Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) auch im Falle einer Volljährigenadoption zuzulassen,⁵⁶ zuzustimmen.⁵⁷

a) Verfassungsrechtliche Zulässigkeit der Analogie

Die Analogie ist nach Art. 20 Abs. 3, 97 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich zulässig, da der Gesetzgeber eine namensrechtliche Rechtswahl in den Fällen der Volljährigenadoption weder bei Schaffung der Vorläufervorschrift Art. 10 Abs. 5, 6 EGBGB a. F. durch die IPR-Reform 1986⁵⁸ noch bei Schaffung des Art. 10 Abs. 3 EGBGB durch das KindRG 1997⁵⁹ bedacht hat, es mithin an einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers fehlt, die eine Analogie kompetenzrechtlich ausschließen würde.⁶⁰ Auch im aktuell laufenden Gesetzgebungsverfahren des „Gesetzes zur Änderung des Ehenamens- und Geburtsnamensrechts“ wird diese Frage – zumindest bisher – nicht erörtert.⁶¹

b) Rechtfertigung über den positiven Gleichheitssatz

Die Analogie ist auch über den positiven Gleichheitssatz wertungsmäßig gerechtfertigt. Zwischen der in Art. 10 Abs. 3 EGBGB direkt geregelten Rechtswahl des Kindesnamens und der nicht geregelten Rechtswahl des Familiennamens anlässlich einer Volljährigenadoption besteht eine vergleichbare Interessenlage.⁶²

Der Zweck des Art. 10 Abs. 3 EGBGB besteht darin, die Namensführung des Kindes an ein neues rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis anzupassen und dabei den Familiennamen auch nach dem Recht der Staatsangehörigkeit des neuen Elternteils bestimmen zu können. Dieses Interesse besteht auch bei der Volljährigenadoption.⁶³ Der Gesetzgeber hat zudem durch den generellen Verweis des § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB auf § 1757 BGB zu erkennen gegeben, dass er Volljährigenadoption und Minderjährigenadoption

namensrechtlich gleichbehandeln will⁶⁴ – und zwar unabhängig davon, ob es sich bei der Volljährigenadoption um eine „starke“ Adoption mit den Wirkungen einer Minderjährigenadoption gemäß Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB i. V. m. § 1772 Abs. 1 BGB handelt oder lediglich um eine „schwache“ Adoption mit den Wirkungen des § 1770 BGB. Diese sachrechtlichen Wertungen lassen sich auf die Ebene des Kollisionsrechts spiegeln: Wenn bei der Minderjährigenadoption die Möglichkeit der Rechtswahl gemäß Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) besteht,⁶⁵ dann sollte die Volljährigenadoption auch insoweit namensrechtlich gleichbehandelt werden und den Beteiligten eine Rechtswahl gemäß Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) für einen namensrechtlichen „Neustart“ ermöglicht werden.

2. Analoge Anwendung des § 1757 Abs. 2 BGB

Da es bei der Volljährigenadoption keinen „Inhaber der Sorge“ gibt, der die Rechtswahlerklärung gemäß Art. 10 Abs. 3 Satz 1 EGBGB (analog) abgeben kann, besteht eine Lücke hinsichtlich der Frage, welche Person die Rechtswahlerklärung stattdessen abgeben kann. Diese Lücke lässt sich füllen, indem man die Vorschriften des deutschen Namenssachrechts in das Kollisionsrecht spiegelt und diese insoweit analog anwendet.

Vorschriften für namensrechtliche Erklärungen anlässlich einer Volljährigenadoption hinsichtlich des Familiennamens des Anzunehmenden finden sich in § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB i. V. m. § 1757 Abs. 2 BGB. Überträgt man diese auf die Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog), so ist die Rechtswahlerklärung gemäß § 1757 Abs. 2 Satz 1 BGB (analog) bei der Stiefkindadoption vom Annehmenden und dessen Ehegatten und bei der Adoption durch ein Ehepaar von den Annehmenden abzugeben. Bei der Adoption durch eine Einzelperson ist die Rechtswahlerklärung durch den Annehmenden abzugeben. In allen Fällen muss sich der volljährige Anzunehmende gemäß § 1757 Abs. 2 Satz 2 BGB (analog) der Rechtswahl vor dem Ausspruch der Annahme durch Erklärung gegenüber dem Familiengericht anschließen.⁶⁶

56 Hierfür ausdrücklich Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira/Müller-Engels, Adoptionsrecht in der Praxis, Rdnr. 387; NK-BGB/Magnus, Art. 22 EGBGB Rdnr. 33; Emmerling de Oliveira, MittBayNot 2010, 429, 431; Wall, StAZ 2011, 203, 207 f. und Fn. 77; inzident ebenso die in Fn. 36 zitierte Literatur.

57 A. A. AG Tostedt, Beschluss vom 03.07.2019, 14 F 264/18 AD, FamRZ 2019, 1550, 1550; Hepting/Dutta, Familie und Personenstand, Rdnr. V-475.

58 Vgl. RegE 20.10.1983, BT-Drucks. 10/504, S. 46–48; RechtsA 09.06.1986, BT-Drucks. 10/5632, S. 40.

59 Vgl. RegE 13.06.1996, BT-Drucks. 13/4899, S. 137; RechtsA 12.09.1997, BT-Drucks. 13/8511, S. 46 f.

60 Wall, StAZ 2011, 203, 207.

61 Vgl. RefE des BMJ 11.04.2023, S. 10 und S. 15, 20 [zu § 1767 Abs. 3 bis 5 BGB-RefE], S. 20 [zu Art. 10 Abs. 3 EGBGB-RefE].

62 Wall, StAZ 2011, 203, 207 f. und Fn. 77.

63 Wall, StAZ 2011, 203, 207.

64 § 1767 Abs. 2 Satz 3 BGB steht dem nicht entgegen: Diese früher in § 1757 Abs. 3 BGB a. F. enthaltene Regelung hat der Gesetzgeber mit dem „Gesetz zur Bekämpfung von Kinderehen“ vom 17.07.2017 (BGBl. I 2017, S. 2429) nur deshalb inhaltlich unverändert in das Recht der Volljährigenadoption verschoben, da er davon ausging, dass es nach Abschaffung der Dispensmöglichkeit des § 1303 Abs. 2 BGB a. F. einen wirksam verheirateten Minderjährigen nicht mehr geben könne, siehe Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU und SPD 25.04.2017, BT-Drucks. 18/12086, S. 23. Zur zutreffenden Kritik an diesem „Schnellschuss“ siehe Staudinger/Helms, § 1757, Rdnr. 7; Schwab, FamRZ 2017, 1369, 1371 ff., insbesondere 1373.

65 Siehe oben II.

66 Für gemeinsame Rechtswahl des Annehmenden und des Anzunehmenden im Ergebnis auch Müller/Sieghörtner/Emmerling de Oliveira/Müller-Engels, Adoptionsrecht in der Praxis, Rdnr. 387; NK-BGB/Magnus, Art. 22 EGBGB Rdnr. 33; Emmerling de Oliveira, MittBayNot 2010, 429, 431.

3. Analogie these zu Art. 10 Abs. 3 EGBGB

Als abstrakter Rechtssatz lässt sich die „Analogie these“ für die analoge Anwendung des Art. 10 Abs. 3 EGBGB auf die Volljährigenadoption wie folgt formulieren:

„Nimmt eine Einzelperson ein volljähriges Kind an, kann der Annehmende vor dem Ausspruch der Annahme gegenüber dem Familiengericht bestimmen, dass das Kind den Familiennamen erhalten soll,

1. nach dem Recht eines Staates, dem der Annehmende angehört, ungeachtet des Artikels 5 Abs. 1, oder
2. nach deutschem Recht, wenn der Annehmende seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.

Die Rechtswahl ist nur wirksam, wenn sich das Kind der Rechtswahl vor dem Ausspruch der Annahme durch Erklärung gegenüber dem Familiengericht anschließt.

Die Erklärungen des Annehmenden und des Kindes müssen öffentlich beglaubigt werden.“

„Nimmt ein Ehepaar ein volljähriges Kind an oder nimmt ein Ehegatte ein volljähriges Kind des anderen Ehegatten an, können die Ehegatten vor dem Ausspruch der Annahme gegenüber dem Familiengericht bestimmen, dass das Kind den Familiennamen erhalten soll,

1. nach dem Recht eines Staates, dem ein Ehegatte angehört, ungeachtet des Artikels 5 Abs. 1, oder
2. nach deutschem Recht, wenn ein Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland hat.

Die Rechtswahl ist nur wirksam, wenn sich das Kind der Rechtswahl vor dem Ausspruch der Annahme durch Erklärung gegenüber dem Familiengericht anschließt.

Die Erklärungen der Ehegatten und des Kindes müssen öffentlich beglaubigt werden.“

4. Textbaustein „Rechtswahl bei der Volljährigenadoption“

Der Textbaustein für die namensrechtliche Rechtswahl bei der Adoption eines Volljährigen durch eine Einzelperson könnte daher wie folgt lauten:

Name des Anzunehmenden

1. Der Annehmende wählt gemäß Art. 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 EGBGB (analog) gegenüber dem Familiengericht für die Namensführung des Anzunehmenden das (...) Recht als das Recht der Staatsangehörigkeit des Annehmenden.
2. Der Annehmende erteilt dem Anzunehmenden nach dem gewählten Namenssachrecht den Familiennamen „(...)“.

3. Der Anzunehmende stimmt der vorstehend erklärten Rechtswahl und sachrechtlichen Namenserteilung zu und schließt sich diesen Erklärungen vollinhaltlich an.

4. Der Annehmende und der Anzunehmende beantragen beim Familiengericht bei der Annahme auszusprechen, dass der Anzunehmende den Namen „(...)“ als Familiennamen erhält.

5. Kostenrechtliche Behandlung der Rechtswahl

Für die Volljährigenadoption gilt § 101 GNotKG nicht.⁶⁷ Mangels eigener Wertvorschrift ist bei der Volljährigenadoption gemäß § 36 Abs. 2 GNotKG ein Geschäftswert in Höhe von 30-50 % des Reinvermögens des Annehmenden anzusetzen.⁶⁸ Eine Rechtswahl nach dem internationalen Privatrecht gilt gemäß § 111 Nr. 4 GNotKG stets als besonderer Beurkundungsgegenstand. Gemäß § 104 Abs. 3 GNotKG beträgt der Geschäftswert 30 % des Geschäftswerts für die Beurkundung des Rechtsgeschäfts, für das die Rechtswahl bestimmt ist. Auch wenn die Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) sich als Rechtsgeschäft nicht auf das Adoptionsstatut des Art. 22 EGBGB, sondern auf das hierauf aufbauende Namensstatut des Art. 10 EGBGB bezieht, erscheint es sachgerecht, für die Wertberechnung den gemäß § 36 Abs. 2 GNotKG für die Adoption gebildeten Teilwert heranzuziehen. Hierfür spricht, dass die auf der Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) aufbauende sachrechtliche Namensbestimmung kostenrechtlich gemäß § 109 Abs. 1 GNotKG nicht gesondert bewertet wird, sondern als gegenstandsgleich zum Adoptionsantrag anzusehen ist.⁶⁹

Hat beispielsweise bei der Einzeladoption eines Volljährigen der Annehmende ein Vermögen von 1.000.000 €, so kann für den Adoptionsantrag und alle Erklärungen zur Adoption gemäß § 36 Abs. 2 GNotKG ein Wert von 40 % hieraus als Geschäftswert angesetzt werden, mithin ein Betrag von 400.000 €, und für die namensrechtliche Rechtswahl nach Art. 10 Abs. 3 EGBGB (analog) gemäß § 104 Abs. 3 GNotKG ein Wert von 30 % aus 400.000 €, mithin ein Betrag von 120.000 €, sodass sich gemäß § 35 Abs. 1 GNotKG insgesamt ein Geschäftswert von 520.000 € ergibt, für den eine 1,0-Gebühr nach KV-Nr. 21200 anfällt.

⁶⁷ Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 22. Aufl. 2022, § 101 Rdnr. 4.

⁶⁸ OLG Hamm, Beschluss vom 25.06.2018, II-4 WF 117/18, FamRZ 2019, 304; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 101 Rdnr. 4; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 107.

⁶⁹ Siehe oben II. 5. und Fn. 51.





BUCHBESPRECHUNGEN

Christian Armbrüster/Nicola Preuß (Hrsg.):

BeurkG mit NotAktVV und DONot

9. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 1229 S., 184 €

Von Notarassessor **Konstantin Sauer**, Lauf an der Pegnitz

Die kurz vor Jahresende 2022 erschienene Neuauflage des von *Christian Armbrüster* und *Nicola Preuß* herausgegebenen Kommentars zum BeurkG und weiteren berufsrechtlichen Vorschriften weist gegenüber der Voraufgabe umfassende Veränderungen auf, sowohl in personeller als auch in inhaltlicher Hinsicht.

Die augenfälligste personelle Neuerung ergibt sich bereits aus dem Titel des Werks. Der bisherige Mitherausgeber, Dr. *Thomas Renner*, der auch als Autor zu einzelnen Paragraphen tätig gewesen war, schied nach langjähriger Mitarbeit aus dem Herausgebertrio aus. Auch auf der Bearbeiterebene gab es personelle Wechsel. So traten dem Kolleg der Kommentatoren insgesamt elf neue Mitglieder bei. Überschattet wurde die Fertigstellung des Werkes durch den unerwarteten und tragischen Tod des Kollegen Prof. Dr. *Jan Eickelberg*, der große Abschnitte der Bearbeitung übernommen hatte.

Auch inhaltlich ist der Kommentar neu aufgestellt. Erstmals werden neben dem BeurkG auch die neue DONot sowie die NotAktVV behandelt; darüber hinaus finden sich in dem Werk auch Anmerkungen zu den von der BNotK nach Maßgabe von § 10 Abs. 2 und 3 DONot beschlossenen Bedingungen für Anderkonten und Anderdepots von Notaren sowie zu den einschlägigen Rechtsvorschriften rund um das Zentrale Testamentsregister. Damit deckt das Werk mit Ausnahme der BNotO nahezu alle relevanten berufsrechtlichen Vorschriften ab. Insgesamt befinden sich die kommentierten Rechtsvorschriften auf dem Stand vom 01.08.2022, sodass auch die im Zuge der DiRUG-Umsetzung neueingefügten §§ 16a ff. BeurkG sowie die Folgeanpassungen in DONot und NotAktVV berücksichtigt und umfassend erläutert werden konnten. Das vorliegende Werk ist damit eine der ersten Kommentierungen, deren Erläuterungen sich auf alle einschlägigen berufsrechtlichen Normen in aktueller Form beziehen.

Hervorzuheben sind dabei insbesondere die Kommentierungen zu DONot und NotAktVV. Diese beiden Rechtsvorschriften treten in ihrem Zusammenspiel an die Stelle der bisherigen Fassung der DONot, die bis zum 31.12.2021 galt, und regeln vor allem die notarielle Akten- und Verzeichnisführung neu. Kernelement ist dabei das Elektronische Urkundenarchiv, welches die Digitalisierung auch im Bereich der Amtstätigkeit der Notare vorantreibt. Wünschenswert

wäre es gewesen, auch die Kommentierung zur Vorgängerausfassung der DONot oder zumindest deren Normtext mit abzudrucken, um den Vergleich zwischen den Rechtsvorschriften zu erleichtern. Überdies gelten gerade im Bereich der Verwahrungsgeschäfte die alten DONot-Vorschriften aufgrund von Übergangsregelungen noch fort.

Innerhalb der einzelnen kommentierten Rechtsvorschriften folgt das Werk dem bewährten Schema, zunächst unter dem Abschnitt „Allgemeines“ die Systematik und Zielsetzung der jeweiligen Norm herauszuarbeiten, bevor deren einzelne Tatbestandsmerkmale erläutert werden. Besonders positiv ist dabei hervorzuheben, dass an geeigneten Stellen auch umfangreiche Vorbemerkungen, etwa zu Verwahrungsgeschäften im Allgemeinen, enthalten sind. Darüber hinaus fällt auf, dass die einschlägige Literatur und Rechtsprechung überaus ausführlich ausgewertet wurde, sodass die zu Beginn eines jeden Paragraphen aufgeführte Literatur sowie die umfangreichen Fußnoten zur Vertiefung von Einzelfragen bestens geeignet sind. Überhaupt spiegelt sich die Auseinandersetzung auch mit abweichenden Ansichten im Text wider, was zum besseren Verständnis der Materie beiträgt. Beispielhaft erwähnt sei die Diskussion zum Anlaufen der 14-Tage-Frist bei § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG. Sehr willkommen ist, dass sich die Bearbeiter dabei nicht nur darauf beschränken, vorhandene Ansichten wiederzugeben, sondern auch eigene Standpunkte deutlich zum Ausdruck bringen.

Trotz der zum Teil sehr detaillierten Schilderungen liest sich das Werk sehr flüssig und ist dank seiner intuitiven Gliederung insbesondere auch für den schnellen Überblick geeignet. Die wohl größte Stärke des Buchs liegt darin, dass BeurkG, DONot und NotAktVV nicht als separate Rechtsgebiete bearbeitet werden, sondern durch zahlreiche Bezugnahmen und Querverweise beim Leser ein Verständnis für das Zusammenspiel der einzelnen Normen geschaffen wird.

Es lässt sich deshalb festhalten, dass auch die Neuauflage in das Buchregal bzw. auf den Schreibtisch eines jeden Berufsträgers gehört. Gerade für Notarassessoren ist es eine wertvolle Hilfe und kann als Nachschlagewerk für akute berufsrechtliche Fragestellungen herangezogen werden. Eine Anschaffung der Neuauflage ist vor allem wegen der zahlreichen inhaltlichen Aktualisierungen sehr zu empfehlen.

Grüneberg (vormals Palandt):**Bürgerliches Gesetzbuch: BGB**

82. Aufl., C. H. Beck, 2023. 3270 S., 125 €

Von Notarassessorin Dr. **Tanja Feichtlbauer**, Ingolstadt

Wie schon viele Vorredner zutreffend festgestellt haben, ist es ein Ding der Unmöglichkeit,¹ den nunmehr Grüneberg mit seinen über 3000 Seiten vollumfänglich zu rezensieren. Dass der Grüneberg für jeden Zivilrechtler und damit auch für den Notar von größter Relevanz ist, braucht im Hinblick auf den Stellenwert dieses Werks nicht weiter ausgeführt werden. Die pointierte Aussage „Wer den Palandt nicht kennt, der kennt nicht das BGB“² gilt auch nach der Umbenennung des wohl populärsten Zivilrechtskommentars unverändert fort. Deswegen beschränkt sich die vorliegende Rezension insbesondere auf die Neuerungen in der aktuellen Auflage und deren Relevanz für die notarielle Praxis.

Die wohl größte Änderung, die bereits im Rahmen der 81. Auflage 2022 umgesetzt wurde und jedem sofort ins Auge springt, ist der neue Name des Kommentars. War der Grüneberg als Palandt in aller Munde (und wird wohl von vielen bis heute so bezeichnet), wurde er wegen Palandts aktiver Rolle während der nationalsozialistischen Diktatur in Grüneberg (Dr. Christian Grüneberg, Richter am BGH, Mitautor und Koordinator der Autoren) umbenannt.³

Inhaltlich dürfte für die notarielle Praxis die umfassende Neukommentierung des zum 01.01.2023 in Kraft getretenen neuen Betreuungsrechts von größter Relevanz sein. Durch das Änderungsgesetz vom 04.05.2021, das durch ein „Reparaturgesetz“ vom 24.06.2022 bereits vor Inkrafttreten in zahlreichen Punkten angepasst werden musste, wurde eine grundlegende Neubearbeitung des Vormundschafts-, Pflege- und Betreuungsrechts aufgrund der Neufassung der §§ 1773 bis 1888 BGB erforderlich.⁴ Die Kommentierung beschäftigt sich dabei ausnahmslos mit dem neuen Recht. Zum besseren Verständnis für den Leser wird in den jeweiligen Normen in einem vorangestellten Teil „Allgemeines“ Bezug auf die alten Vorschriften genommen. Dabei arbeitet *Götz* kurz und prägnant die Änderungen in der jeweiligen Neufassung heraus und stellt die Intentionen des Gesetzgebers dar.

Darüber hinaus stellt *Götz* in ihrer Vorbemerkung Einf. v. § 1773 BGB die neue Struktur und die Verweisungstechnik des Gesetzes dar. Die Gliederung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts ist mit der Neufassung nunmehr einheitlich: Bestellung, Führung, Beratung, Aufsicht, Beendigung, Vergütung und Aufwendungsersatz. Die Vermögensangelegenheiten sind aufgrund der geringeren Relevanz im Vormundschaftsrecht nunmehr einheitlich im Betreuungs-

recht, §§ 1835 ff. BGB, geregelt.⁵ Die zur alten Rechtslage ergangene Rechtsprechung enthält viele Grundsatzentscheidungen, die aufgrund deren Relevanz auch für das neue Recht weiterhin enthalten ist.

Allein aufgrund dieser umfassenden Neuregelung und der gelungenen Kommentierung hierzu ist die Anschaffung der Neuauflage des Grünebergs in diesem Jahr auch für diejenigen sinnvoll, die eine jährliche Anschaffung des unumstrittenen Standardwerks für entbehrlich erachten.

Darüber hinaus wurde mit § 1358 BGB ein Ehegattennotvertretungsrecht für Angelegenheiten der Gesundheitspflege normiert. Auch diese Kommentierung hat für die notarielle Beratungspraxis größte Relevanz, weil sie Anwendungsbeispiel und Grenzen dieses nur rudimentären Vertretungsrechts aufzeigt⁶ und das Notvertretungsrecht in Verhältnis zur Vorsorgevollmacht setzt.⁷ Trotz der Neuregelung im § 1358 BGB bleibt die Vorsorgevollmacht, die dem Notvertretungsrecht vorgeht und weder in ihrem zeitlichen noch sachlichen Anwendungsbereich begrenzt ist, das Mittel der Wahl.

Nicht zuletzt überzeugt die Neuauflage des Grünebergs, wie bereits in der Vergangenheit, durch ihre Aktualität. Redaktionsschluss war wie schon in den Vorjahren der 15.10.2022, sodass sämtliche Rechtsprechung bis zu diesem Zeitpunkt berücksichtigt wurde. Um nur wenige Beispiele zu nennen, beschäftigt sich *Herrler* unter Auswertung aktueller Rechtsprechung mit der Grundbuchberichtigung im Fall des Todes eines GbR-Gesellschafters (§ 899a Rdnr. 3). Zudem wurde die Kommentierung im Hinblick auf den Rangvorbehalt bei entgeltlichen dinglichen Nutzungsrechten in § 881 BGB überarbeitet. *Wicke* stellt die materiellrechtlichen Fragen des WEG dar, das im Jahr 2020 zahlreiche Reformen erfahren hat. Dabei wird die neue Rechtslage unter Auswertung jüngster Rechtsprechung und Literatur auf inzwischen beinahe 90 Seiten umfassend dargestellt, wobei viele wesentliche Fragen für die künftige Gestaltungspraxis unter Berücksichtigung der WEG-Reform geklärt werden.⁸ Auch die Neukommentierung des § 650u BGB durch *Retzlaff* und die Frage, welche Vereinbarungen des Bauträgervertrags konkret der notariellen Beurkundung bedürfen,⁹ ist eine wesentliche Stellschraube im Rahmen der notariellen Tätigkeit. In der aktuellen Auflage enthalten ist zudem auch eine Kommentierung des neuen Vormünder- und Betreuungsvergütungsgesetzes.

⁵ Grüneberg/*Götz*, § 1773 Rdnr. 5.

⁶ Vgl. Grüneberg/*Siede*, § 1358 Rdnr. 2.

⁷ Vgl. Grüneberg/*Siede*, § 1358 Rdnr. 3.

⁸ Beispielhaft genannt seien die Kommentierungen zu § 9a und § 9b WEG, wobei aufgrund der Pandemie erst nach und nach eine Klärung der rechtlichen Fragen erfolgt.

⁹ Vgl. Grüneberg/*Retzlaff*, § 650u Rdnr. 9.

¹ So für ältere Aufl. des Palandt: *Greger*, MittBayNot 2021, 228, 228; *Lorenz*, NJW 2004, 996, 996.

² Zitiert nach *Slapnicar*, NJW 2000, 1692, 1692.

³ Grüneberg 81. Aufl. 2022, S. V.

⁴ Grüneberg 81. Aufl. 2022, S. V. f.

Zusammenfassend handelt es sich bei der Neuauflage des Grünebergs weiterhin um *das* Nachschlagewerk im gesamten Zivilrecht. Für das Notariat ist die Neuauflage insbesondere aufgrund der umfassenden Neuregelungen im Betreuungsrecht und der Kommentierung zum neu eingeführten Ehegattennotvertretungsrecht von größter Relevanz und sollte daher in keinem Amt fehlen. Nicht zu vernachlässigen ist zudem auch die Einarbeitung der aktuellen Rechtspre-

chung und Literatur und die Neukommentierung im Bereich des Bauträgerrechts. Im Hinblick auf eine vorausschauende Vertragsgestaltung sind die neusten Entwicklungen stets im Blick zu behalten, sodass die regelmäßige Anschaffung der Neuauflage des Grünebergs in jedem Notariat Pflicht ist. Die vorliegende Auflage bietet sich dafür aufgrund der umfassenden inhaltlichen Neuerungen besonders an.

Holger Krätzschel/Melanie Falkner/Christoph Döbereiner:

Nachlassrecht

12. Aufl., C. H. Beck, 2022. 951 S., 129 €

Von Notarassessor Dr. **Roman Kaiser**, Zusmarshausen

Der Firsching/Graf kommt in seiner 12. Auflage in neuem Gewand daher: Das Werk ist nun Teil der gelb-blauen Erbrechts-Reihe des Beck-Verlags und firmiert vor allem unter neuem Titel, denn die Autoren *Holger Krätzschel*, *Dr. Melanie Falkner* und *Dr. Christoph Döbereiner*, die das „Nachlassrecht“ schon für die 2019 erschienene Voraufgabe übernommen hatten, dürfen dem Werk nunmehr auch den Namen geben.

Inhaltlich hatte bereits die 11. Auflage eine umfassende Neugliederung mit sich gebracht, die auch in der 12. Auflage im Grundsatz aufrechterhalten bleibt. Durch sie wird die zu früheren Auflagen kritisierte Handhabbarkeit (*Mayer*, *MittBayNot* 2001, 186) nicht unerheblich erleichtert. Unverändert geblieben ist indes das grundsätzliche Nebeneinander von materiellem Recht und Verfahrensrecht. Dabei wird Ersteres auf ca. 500 Seiten – etwa der Hälfte des Buches – nicht zu knapp dargestellt. Dieser Teil 1 geht sowohl auf die gesetzliche Erbfolge als auch auf die Möglichkeiten letztwilliger Verfügungen, daneben aber auch auf Folgefragen ein, wie etwa die Haftung der Erben für Nachlassverbindlichkeiten, das Nachlassinsolvenzverfahren oder die Nachlassauseinandersetzung.

Geboten wird damit ein nützlicher Gesamtüberblick über das materielle Erbrecht. Wenngleich vertiefte Hinweise für Gestaltungsfragen eher andernorts zu suchen sind, findet auch der Gestalter letztwilliger Verfügungen hier Hilfreiches für seine Arbeit. Dies gilt etwa für den Abschnitt zur Auslegung der Verfügung von Todes wegen (§ 9), der nicht nur die Auslegungsgrundsätze und gesetzlichen Auslegungsregeln erläutert, sondern mit einem „Auslegungslexikon“ auch eine Hilfestellung für einzelne Formulierungsfragen bietet. Lehrreich sind auch die Ausführungen zu beeinträchtigenden Schenkungen bei Erbvertrag oder gemeinschaftlichem Testament (§ 13). Für die Neuauflage vollständig überarbeitet wurde insbesondere das Pflichtteilsrecht, wobei dem Pflichtteilergänzungsanspruch (§ 17a) und der prozessualen Durchsetzung des Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsanspruchs (§ 17b) jeweils ein eigener Abschnitt gewährt wurde. Im Hinblick auf die notarielle Praxis stellt insbesondere erste-

rer eine gewinnbringende Vereinfachung des Zugriffs dar.

Der eigentliche Kern des Werks und zugleich seine große Stärke liegt in der Darstellung des Nachlassverfahrens. Dabei ist die Perspektive, zumal in Teil 2 („Das Verfahren in Nachlasssachen im Allgemeinen“), primär diejenige des Nachlassgerichts. Profitieren kann daneben aber auch, wer von notarieller Seite aus mit einem Nachlassverfahren zu tun hat. Insbesondere die Darstellung einzelner Nachlassverfahren in Teil 3, etwa der Verwahrung und Eröffnung von letztwilligen Verfügungen (§§ 36, 37) sowie des Erbscheinsverfahrens (§§ 38, 39), birgt nützliche Informationen, die der Notar selbst zu beachten hat oder in unterstützender Beratung seinen Mandanten auf den Weg mitgeben kann. Auch für den Notar ist das Werk deshalb ein hilfreiches Nachschlagewerk für alle Fragen, die sich im Zusammenhang mit Nachlassverfahren stellen.

Für das schnelle Nachschlagen nützlich ist nicht zuletzt Teil 4, der den treffenden Titel „Auf einen Blick“ führt. Die wichtigsten Auslegungsfragen (§ 43) werden hier ebenso übersichtlich und knapp zusammengefasst wie Formerfordernisse in Nachlasssachen (§ 44) und die wichtigsten Fristen im Erbrecht (§ 45). Teil 5 widmet sich dem Internationalen Privatrecht, insbesondere natürlich der *EuErbVO* (§ 47), die auf gut 50 Seiten eingehend, inklusive Europäischem Nachlasszeugnis, dargestellt wird. Das Werk schließt mit Teil 6 zum Erbschaftsteuerrecht, das in seinen auch für den Notar relevanten Grundzügen vorgestellt wird.

Das „Nachlassrecht“ ist auch im neuen Gewand zentral geprägt von seiner „nachlassgerichtlichen Ausrichtung“ (*Leiß*, *MittBayNot* 2009, 289, 290). An mancher Stelle mag man deshalb die notarielle Perspektive vermissen. Dies ist allerdings nur bei oberflächlicher Betrachtung ein Manko. Das Werk bietet nämlich gerade wegen seiner besonderen Ausrichtung auf das Nachlassverfahren eine lückenfüllende und für den Notar gewinnbringende Darstellung des materiellen und formellen Erbrechts. Seine Anschaffung und Lektüre sei hiermit empfohlen.



RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Ausschluss eines Gesellschafters von Beschlussfassung; kein Richter in eigener Sache

BGH, Urteil vom 17.01.2023, II ZR 76/21 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 12.04.2021, 2 U 56/17)

BGB § 709

LEITSÄTZE:

1. Ein Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist wegen des Grundsatzes, dass niemand Richter in eigener Sache sein darf, von der Abstimmung über die Kündigung eines Vertrags ausgeschlossen, wenn der Beschluss darauf abzielt, das Verhalten des Gesellschafters zu missbilligen.
2. Auch bei der konkludenten Beschlussfassung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist der einem Stimmverbot unterliegende Gesellschafter an der Willensbildung der Gesellschaft zu beteiligen.

2. Auslegung eines Gewinnabführungsvertrags – Frage der steuerlichen Rückwirkung eines notariellen Nachtragsvermerks

BFH, Urteil vom 13.07.2022, I R 42/18 (Vorinstanz: FG Niedersachsen, Urteil vom 15.06.2017, 10 K 115/15, 10 K 116/15)

AktG §§ 298, 303

AO § 38

BGB § 133

BeurkG § 44a Abs. 2 Satz 1

GAV § 4

KStG § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, § 17 Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. Gewinnabführungsverträge sind nach objektiven Gesichtspunkten einheitlich aus sich heraus auszulegen. Umstände, für die sich keine ausreichenden Anhaltspunkte im Vertrag finden, können zur Auslegung grundsätzlich nicht herangezogen werden (Bestätigung der Rechtsprechung).
2. Die Korrektur einer Unstimmigkeit in einem Gewinnabführungsvertrag durch einen notariellen Nachtragsvermerk nach § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG entfaltet jedenfalls dann keine steuerliche Rückwirkung, wenn sich der tatsächlich gewollte Vertragsinhalt nicht objektiv aus den Vertragsregelungen heraus ergibt und unklar ist, wie eine mögliche Lücke in der Vertragsurkunde zu füllen ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), eine GmbH, wurde im Juni 1991 von der V-GmbH als alleiniger Gesellschafterin gegründet. Am (...)12.1991 schlossen die Klägerin und die V-GmbH einen notariellen Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag (GAV).

2 In der Vertragsurkunde des mit der Klägerin abgeschlossenen Vertrags lautet § 4 GAV („Dauer des Vertrages“) wie folgt:

„1. Dieser Vertrag wird bis zum 31.12.1996 abgeschlossen. Seine Wirksamkeit beginnt mit Errichtung der Organgesellschaft.“

- Seitenumbruch -

„3. Das Organ ist zu einer ordentlichen Kündigung so lange nicht berechtigt, als der Organträger am Organ mit mehr als 50 % des Stammkapitals beteiligt ist.

4. Eine vorzeitige Kündigung ist nur aus wichtigem Grund zulässig.“

3 Der GAV wurde am (...)06.1992 in das Handelsregister eingetragen. Im Zuge der Digitalisierung des Registerblatts im Jahre 2006 ist das Bestehen des GAV nicht übernommen worden.

4 Unter dem (...)09.2012 fertigte der Amtsnachfolger des den GAV beurkundenden Notars einen Nachtragsvermerk gemäß § 44a Abs. 2 Satz 1 und 2 BeurkG und stellte darin

„im Hinblick auf die in § 4 (...) (GAV) – Dauer des Vertrages – enthaltene offensichtliche Unrichtigkeit des Fehlens des Absatzes 2 dieses Paragraphen richtig, dass § 4 (...) (GAV) einen Abs. 2 enthält, der lautet:

2. Wird der Vertrag nicht 1 Jahr vor seinem Ablauf schriftlich gekündigt, verlängert er sich um jeweils 1 weiteres Jahr.“

5 Nachdem der Nachtragsvermerk vorgelegt und mit dem GAV beim Registergericht hinterlegt worden war, hat dieses das Bestehen des GAV am (...)09.2012 von Amts wegen in das Handelsregister nachgetragen.

6 Die Klägerin führte in den Jahren 2006 und 2009 (Streitjahre) auf der Grundlage des GAV ihren Gewinn an die V-GmbH ab. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) veranlagte sie zunächst unter dem Vorbehalt der Nachprüfung erklärungsgemäß in der Weise, dass er ihr Einkommen von (...) € (2006) bzw. (...) € (2009) der V-GmbH als Organträgerin zurechnete und die Körperschaftsteuer auf 0 € festsetzte. Nach einer Außenprüfung erließ das FA Änderungsbescheide, in denen es u. a. dem GAV die steuerrechtliche Anerkennung versagte und den Gewinn in Höhe der Gewinnabführungen (2006: [...] €; 2009: [...] €) außerbilanziell als verdeckte Gewinnausschüttungen nach § 8 Abs. 3 Satz 2 KStG in der in den Streitjahren geltenden Fassung hinzurechnete.

7 Im Klageverfahren erließ das FA, nachdem über die weiteren streitigen Feststellungen Einvernehmen erzielt werden konnte, Änderungsbescheide vom 23.03.2017. Das Niedersächsische FG hat die Klage mit Urteil vom 15.06.2017, 10 K 115/15 und 10 K 116/15 als unbegründet abgewiesen.

8 Gegen das FG-Urteil richtet sich die auf die Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision der Klägerin.

9 Die Klägerin beantragt, das FG-Urteil aufzuheben und die Körperschaftsteuerbescheide 2006 und 2009 vom 23.03.2017 dahin gehend abzuändern, dass die Körperschaftsteuer jeweils auf 0 € festgesetzt wird.

10 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

11 II. Die Revision ist unbegründet und daher gemäß § 126 Abs. 2 FGO zurückzuweisen. Das FG ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass in den Streitjahren zwischen der Klägerin und der V-GmbH kein steuerrechtlich wirksamer GAV und damit keine Organschaft gemäß §§ 14, 17 KStG bestanden hat; der notarielle Nachtragsvermerk führt jedenfalls steuerrechtlich nicht zu einer rückwirkenden Heilung dieses Mangels.

12 1. Dem zwischen der Klägerin und der V-GmbH am (...)12.1991 abgeschlossenen GAV ist die steuerrechtliche Anerkennung für die Streitjahre mit der Folge zu versagen, dass der Gewinn der Klägerin nicht der V-GmbH als Organträgerin zuzurechnen ist. Das FG hat den Vertrag zutreffend dahin gehend ausgelegt, dass die Vertragslaufzeit wegen fehlender Verlängerung abgelaufen war.

13 a) Sowohl nach § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG (i. V. m. § 17 Abs. 1 Satz 1 KStG) in seiner aktuellen Fassung als auch in früheren Fassungen bis ins Jahr 1991 (zum Beispiel § 14 Nr. 4 KStG i. d. F. der Neufassung des Körperschaftsteuergesetzes vom 11.03.1991, BGBl. 1991 I, S. 638 = BStBl. I 1991, S. 135) ist Voraussetzung für die Anerkennung einer körperschaftsteuerrechtlichen Organschaft u. a. ein auf mindestens fünf Jahre abgeschlossener GAV, der auch zivilrechtlich wirksam ist (Senatsurteile vom 30.07.1997, I R 7/97, BFHE 184, 88 = BStBl. II 1998, S. 33 zu § 17 Satz 1, § 14 Nr. 4 Satz 1 KStG 1984; vom 23.08.2017, I R 80/15, BFHE 259, 405 = BStBl. II 2018, S. 141 m. w. N. zu § 17 Satz 1, § 14 Abs. 1 Satz 2 KStG 2002). Hieran fehlt es im Streitfall, da das FG rechtsfehlerfrei davon ausgegangen ist, dass der GAV am 31.12.1996 geendet hat und nicht verlängert worden ist.

14 b) Vereinbarungen der Gesellschafter mit korporationsrechtlichem Charakter – zu denen ein GAV als gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag gehört – sind nach objektiven Gesichtspunkten einheitlich aus sich heraus auszulegen (zum Beispiel Urteil des BGH vom 06.03.2018, II ZR 1/17, DB 2018, 1078 m. w. N.). Dem Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Regelung kommen dabei ebenso maßgebende Bedeutung zu wie dem systematischen Bezug einer Klausel zu anderen Vertragsregelungen. Umstände, für die sich keine ausreichenden Anhaltspunkte im Vertrag finden, können zur Auslegung grundsätzlich nicht herangezogen werden (Senatsurteil vom 28.11.2007, I R 94/06, BFHE 220, 51 m. w. N.; BFH, Beschluss vom 27.07.2009, IV B 73/08, BFH/NV 2009, 1840; Senatsbeschluss vom 23.01.2013,

I R 1/12, BFH/NV 2013, 989). So sind zum Beispiel außerhalb des Vertrags liegende Sachzusammenhänge bei einer Kündigungsklausel eines GAV auch dann nicht einzubeziehen, wenn deren Kenntnis bei den Mitgliedern und Organen allgemein vorausgesetzt werden kann (BFH, Urteil vom 03.09.2009, IV R 38/07, BFHE 226, 283 = BStBl. II 2010, S. 60; Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989). Insbesondere gilt dies für nicht allgemein erkennbare Umstände außerhalb der zum Handelsregister eingereichten Unterlagen, wie beispielsweise der Entstehungsgeschichte sowie Vorstellungen und Äußerungen der am Vertragsschluss beteiligten Personen (Senatsurteil in BFHE 220, 51; Senatsbeschlüsse vom 02.11.2010, I B 71/10, BFH/NV 2011, 849 und in BFH/NV 2013, 989).

15 Der aus § 133 BGB abzuleitende und grundsätzlich auch auf formbedürftige Verträge anzuwendende Grundsatz „falsa demonstratio non nocet“, nach dem ohne Rücksicht auf einen abweichenden Wortlaut das von den Vertragsschließenden tatsächlich Gemeinte als Inhalt des Vertrags gilt, kann im Bereich der objektiven Auslegung korporationsrechtlicher Vereinbarungen nicht uneingeschränkt angewendet werden. Findet sich nämlich im Vertrag und in den allgemein zugänglichen Unterlagen kein eindeutiger Beleg für den dem Wortlaut entgegenstehenden subjektiven Willen der Vertragsparteien, ist kein Raum für dessen Berücksichtigung (Senatsurteil in BFHE 220, 51; Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989).

16 c) An diesen strengen Auslegungskriterien ist ungeachtet der in der Literatur geäußerten Kritik (*Nodoushani*, DStR 2009, 620, 622; *Puls*, DK 2008, 555, 558 f.; siehe aus zivilrechtlicher Sicht *Grunewald*, ZGR 2009, 647, 650 ff.) weiterhin festzuhalten (siehe bereits Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989; dem zustimmend zum Beispiel *Krüger*, DStZ 2013, 491; *Bott/Walter/Walter*, KStG, § 14 Rdnr. 636; *Herrmann/Heuer/Raupach/Kolbe*, EStG, KStG, § 14 KStG Rdnr. 66; *Frotscher/Drüen/Frotscher*, KStG/GewStG/UmwStG, § 14 KStG Rdnr. 328; *Schnitger/Fehrenbacher/Brink*, KStG, 2. Aufl., § 14 Rdnr. 257; *Gosch/Neumann*, KStG, 4. Aufl., § 14 Rdnr. 231; *Brandis/Heuermann/Krumm*, Ertragsteuerrecht, § 14 KStG Rdnr. 103). Denn sie begründen sich mit der Notwendigkeit, den Finanzbehörden eine sichere Prüfungs- und Beurteilungsgrundlage zu geben, ob – durch die Organschaft – ausnahmsweise ein Steuersubjekt an die Stelle eines anderen Subjekts tritt (Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989 unter Verweis auf *Gosch*, BFH/PR 2008, 350, 351). Es muss ausgeschlossen sein, dass den Vertragsparteien – je nach wirtschaftlicher und steuerlicher Situation – ein „faktisches Wahlrecht“ eingeräumt wird, sich auf den konkreten Vertragstext oder auf ein Redaktionsversehen zu berufen (Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989 unter Verweis auf *Köster*, DStZ 2012, 177).

17 Soweit die Klägerin demgegenüber auf den durch §§ 298, 303 AktG i. V. m. § 15 HGB gewährleisteten Schutz der Gläubiger der Organgesellschaft verweist, die sich bei unterbliebener Eintragung der Beendigung eines Unternehmensvertrags weiterhin auf diesen berufen könnten, wird dies den steuerrechtlichen Wirkungen der Organschaft nicht gerecht. Die Gläubigerschutzvorschriften vermögen

nicht die Unsicherheit zu beseitigen, ob und in welchem Umfang sich eine Körperschaftsteuerforderung gegen den Organträger oder gegen die Organgesellschaft richtet. Würde die Körperschaftsteuer zunächst gegen das falsche Steuersubjekt festgesetzt und dies erst nachträglich erkannt und dort geändert (zum Beispiel Absehen von der Zurechnung des Einkommens beim Organträger wegen tatsächlich nicht bestehender Organschaft), könnte dies wegen der Grundsätze der Bestandskraft nicht mehr ohne Weiteres bei dem anderen Steuersubjekt durch geänderte Bescheide berücksichtigt werden (zum Beispiel Senatsurteil vom 28.01.2004, I R 84/03, BFHE 205, 1 = BStBl. II 2004, S. 539; BFH, Urteil vom 06.03.2008, IV R 74/05, BFHE 220, 304 = BStBl. II 2008, S. 663). In diesen Fällen würde eine mögliche Haftung nach § 303 AktG ins Leere gehen, wenn wegen verfahrensrechtlicher Vorschriften eine Körperschaftsteuer nicht mehr festgesetzt werden kann.

18 d) Nach den vorstehenden Maßgaben hat das FG rechtsfehlerfrei festgestellt, dass in den Streitjahren 2006 und 2009 kein wirksamer GAV mehr bestanden hat; dabei unterliegen nach der ständigen Rechtsprechung des Senats Vereinbarungen der Gesellschafter mit korporationsrechtlichem Charakter wegen des zuvor beschriebenen Gebots der objektivierten Auslegung der freien Nachprüfung durch das Revisionsgericht (zum Beispiel Senatsurteile in BFHE 220, 51 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 11.10.1993, II ZR 155/92, BGHZ 123, 347 und vom 21.01.2016, I R 22/14, BFHE 253, 82 = BStBl. II 2017, S. 336).

19 aa) Nach § 4 Abs. 1 GAV wurde der Vertrag bis zum 31.12.1996 abgeschlossen. Damit endete der Vertrag mit Ablauf dieses Datums. Es bedarf daher keiner Entscheidung, welche Folgen es gehabt hat, dass der GAV im Jahr 2006 nicht in das elektronische Handelsregister übernommen worden ist.

20 bb) Entgegen der Ansicht der Klägerin lässt sich der GAV nicht in der Weise auslegen, dass er über den 31.12.1996 hinaus wirksam sein sollte.

21 aaa) Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass der Vertrag insofern unstimmtig ist, als § 4 GAV die Absätze 1, 3 und 4 enthält, jedoch keinen Abs. 2. Zwar mag der Schluss in Betracht kommen, dass eine weitere Regelung in § 4 GAV und womöglich eine Verlängerungsmöglichkeit für den Vertrag gewollt war. Ebenso ist aber nicht ausgeschlossen, dass eine Verlängerung des Vertrags nicht beabsichtigt war und die Absätze 3 und 4 versehentlich in den Vertrag aufgenommen worden sind. Insofern kann die Frage, ob § 4 GAV einen Abs. 2 enthalten sollte und welchen Inhalt dieser hätte haben sollen, aus dem GAV heraus nicht durch Auslegung ermittelt werden.

22 Selbst wenn man mit der Klägerin ungeachtet des Fehlens eines Absatzes 2 auf den Willen der Vertragsparteien zur Vereinbarung einer Vertragsverlängerung schließen wollte, ist anhand der Vertragsurkunde nicht zu ermitteln, für welchen Zeitraum und unter welchen Voraussetzungen die Verlängerung nach dem Willen der Vertragsparteien hat eintreten sollen. So enthält der beurkundete Vertragstext keinen Anhalt dafür, dass sich der Vertrag jeweils um ein

weiteres Jahr verlängern sollte, wenn er nicht ein Jahr vor dessen Ablauf schriftlich gekündigt würde. Ebenso könnte der Wille der Vertragsparteien zum Beispiel dahin gegangen sein, dass zur Vertragsverlängerung eine ausdrückliche Erklärung erforderlich sein oder dass sich der Vertrag nach Ablauf der fünfjährigen Mindestvertragslaufzeit auf unbestimmte Zeit fortsetzen sollte, mit der Möglichkeit der ordentlichen Kündigung durch eine der Vertragsparteien.

23 bbb) Der Klägerin ist auch nicht dahin zu folgen, dass für die Auslegung des GAV Umstände herangezogen werden können, die außerhalb des beurkundeten Vertrags liegen, insbesondere auch nicht die Regelungen der von den Schwestergesellschaften der Klägerin am selben Tag abgeschlossenen Gewinnabführungsverträge.

24 (1) Zwar hat der Senat in der Vergangenheit auf die Rechtsprechung des BGH verwiesen, wonach außerhalb der Satzung liegende Sachzusammenhänge dann ausnahmsweise einzubeziehen seien, wenn deren Kenntnis bei den Mitgliedern und Organen allgemein vorausgesetzt werden könne (Senatsurteil in BFHE 220, 51 unter Verweis auf BGH-Urteile vom 02.12.1974, II ZR 78/72, BGHZ 63, 282 und in BGHZ 123, 347). Das gilt aber nur für Fälle, in denen keine Interessen Dritter beeinträchtigt werden (Senatsurteil in BFHE 220, 51; siehe auch *Röhrich* in Aktiengesetz, 4. Aufl., § 23 Rdnr. 1); dies wäre aber bei der Kündigungsklausel eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags der Fall (Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989; BFH-Urteil in BFHE 226, 283 = BStBl. II 2010, S. 60). Und dies gilt insbesondere für nicht allgemein erkennbare Umstände außerhalb der zum Handelsregister eingereichten Unterlagen, wie beispielsweise der Entstehungsgeschichte sowie Vorstellungen und Äußerungen der am Vertragsschluss beteiligten Personen (Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989 m. w. N.).

25 (2) Hiervon ausgehend können die hinsichtlich der Schwestergesellschaften existierenden Unterlagen, insbesondere die am gleichen Tag abgeschlossenen Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge, nicht herangezogen werden. Diese mögen zwar für Dritte einsehbar sein. Jedoch handelt es sich dabei nicht um Unterlagen, die die Klägerin selbst betreffen. Insofern drängt sich auch nicht auf, ob und wie Dritte ohne Weiteres davon Kenntnis hätten erlangen können, dass die Klägerin Schwestergesellschaften gehabt hat, die tagesidentisch und ebenfalls bei diesem Notar GAV abgeschlossen haben, mit deren Hilfe ggf. eine eventuelle Lücke im Vertrag der Klägerin geschlossen werden könnte.

26 (3) Aber selbst wenn man die Verträge der Schwestergesellschaften bei einer objektivierten Auslegung heranziehen wollte, ergäbe sich kein anderes Auslegungsergebnis. Denn es liegen keine hinreichend sicheren (objektiven) Anhaltspunkte dafür vor, dass der dort jeweils vereinbarte § 4 Abs. 2 der Verträge wortgleich auch in den Vertrag der Klägerin habe übernommen werden sollen.

27 ccc) Aus dem Umstand, dass der GAV von den Vertragsparteien tatsächlich über den 31.12.1996 hinaus durchgeführt worden ist und sich dies zum Beispiel aus den testier-

ten und im Bundesanzeiger bzw. im Unternehmensregister veröffentlichten Jahresabschlüssen ergibt, folgt ebenfalls nichts anderes. Dabei handelt es sich um Vorgänge, die sich allesamt erst erhebliche Zeit nach dem Vertragsschluss am (...)12.1991 zugetragen haben und die schon deshalb bei der Auslegung der Vertragserklärungen keine Berücksichtigung finden können.

28 2. Der am (...)09.2012 – d. h. mehr als 20 Jahre nach Vertragsschluss – vom Amtsnachfolger des beurkundenden Notars gefertigte Nachtragsvermerk (§ 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG) kann für die Streitjahre nicht zur steuerrechtlichen Anerkennung eines GAV führen.

29 a) Nach § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG kann der Notar auch nach Abschluss der Niederschrift durch einen von ihm zu unterschreibenden Nachtragsvermerk offensichtliche Unrichtigkeiten richtigstellen. Von einer „offensichtlichen Unrichtigkeit“ werden über Schreibversehen hinaus auch Auslassungen und Unvollständigkeiten erfasst, wenn sie versehentlich erfolgt sind und sich dies aus dem Gesamtzusammenhang der Beurkundung ergibt, wobei die Umstände auch außerhalb der Urkunde liegen können (BGH, Urteil vom 10.10.2017, II ZR 375/15, BGHZ 216, 110; *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl., § 44a Rdnr. 18; siehe auch Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989).

30 b) Ob im vorliegenden Fall eine nach § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG berichtigungsfähige offensichtliche Unrichtigkeit vorliegt, ist indes zu bezweifeln. Denn „offensichtlich“ ist hier allenfalls die beschriebene Unstimmigkeit des § 4 GAV in der beurkundeten Fassung durch das Fehlen eines Absatzes 2, nicht aber auch der von den Vertragsparteien stattdessen tatsächlich gewollte Vertragsinhalt. Der an der Vertragsbeurkundung selbst nicht beteiligte Amtsnachfolger des beurkundenden Notars hat mit dem Nachtragsvermerk versucht, eine aus seiner Sicht bestehende Vertragslücke zu füllen, ohne dass die Vertragsurkunde dahin gehend zumindest andeutungsweise einen bestimmten Erklärungsinhalt hat erkennen lassen (vgl. zu diesem Erfordernis *Lerch/Lerch*, Beurkundungsgesetz, Dienstordnung und Richtlinienempfehlung der BNotK, 5. Aufl., § 44a BeurkG Rdnr. 9; *Reithmann*, DNotZ 1999, 27, 33). Selbst wenn für einen Nachtragsvermerk nach § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG ggf. auch auf die Erinnerung des beurkundenden Notars abgestellt werden könnte (vgl. *Heckschen/Kreußlein*, NZG 2018, 401, 408), wäre hierfür in der vorliegenden Konstellation eines durch einen Amtsnachfolger gefertigten Nachtragsvermerks kein Raum.

31 c) Im Übrigen würde der im September 2012 gefertigte Nachtragsvermerk jedenfalls steuerlich nicht in die Streitjahre zurückwirken können. Bereits in zivilrechtlicher Hinsicht wird unter Verweis auf Vertrauensschutzgesichtspunkte die Rückwirkung eines Nachtragsvermerks nach § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG bezweifelt (vgl. *Winkler*, BeurkG, § 44a Rdnr. 44; *Heckschen/Kreußlein*, NZG 2018, 401, 414; offengelassen durch BGH-Urteil in BGHZ 216, 110, hinsichtlich eines berichtigten Hauptversammlungsprotokolls). Jedenfalls aber in steuerrechtlicher Hinsicht kann ein Jahre später gefertigter Nachtragsvermerk nicht dazu führen, dass ein zuvor nach den Kriterien der objektivierten Ausle-

gung als nach dem Willen der Vertragsparteien als beendet anzusehender GAV rückwirkend wieder „auflebt“ und zur Grundlage für eine organschaftliche Einkommenszurechnung wird. Denn andernfalls wäre es in den Fällen, in denen sich der gewollte Inhalt nicht objektiv aus der ursprünglichen Vertragsurkunde ergibt, in das Belieben der Vertragsparteien gestellt, mit welchem Inhalt sie den GAV in den jeweiligen Veranlagungszeiträumen steuerrechtlich behandeln wissen möchten. Die steuerliche Rückwirkung eines derartigen Nachtragsvermerks würde dem Rechtsgedanken des § 38 AO widersprechen, dem zufolge die Ansprüche aus dem Steuerverhältnis entstehen, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft (vgl. zu dem auf § 38 AO gestützten Rückwirkungsverbot für ergänzende Vereinbarungen zu Unternehmensverträgen zum Beispiel Senatsurteil in BFHE 220, 51).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Jörn Heinemann**, Neumarkt i. d. OPf.

Der Entscheidung des BFH kann weder in der Begründung noch im Ergebnis zugestimmt werden. Im Rahmen der Urteilsbegründung ist insbesondere zu bemängeln, dass das Gericht einerseits das Schrifttum zum Beurkundungsverfahren nur unzureichend auswertet, andererseits aber Gerichtsentscheidungen heranzieht, die auf den vorliegenden Sachverhalt nicht unbesehen übertragen werden dürfen. Daraus resultiert eine Entscheidung, die auf einer eklatanten Verkennung des Unterschieds zwischen dem tatsächlich beurkundeten Vorgang (dem Vertrag) und der hierüber errichteten Urkunde (dem Vertragstext) beruht.

Der BFH spricht dem Nachtragsvermerk des Amtsnachfolgers des beurkundenden Notars zum Gewinnabführungsvertrag mit drei Argumenten eine steuerliche Relevanz ab: Wenn überhaupt, könne nur der beurkundende Notar, nicht aber sein Amtsnachfolger den Fehler berichtigen (hierzu 1.). Bei der vorliegenden Berichtigung der Auslassung eines Absatzes im Vertragstext handele es sich gar nicht um die zulässige Berichtigung einer „offensichtlichen Unrichtigkeit“, sondern eigentlich um die unzulässige Füllung einer Vertragslücke (hierzu 2.). Einem Berichtigungsvermerk werde schließlich aus Vertrauensgesichtspunkten zivilrechtlich keine Rückwirkung beigemessen, das müsse erst recht in steuerlicher Hinsicht gelten (hierzu 3.).

1. Berichtigungsbefugnis

Es entspricht der ganz herrschenden Meinung im Schrifttum zum BeurkG, dass nicht nur der beurkundende Notar, sondern auch dessen Vertreter, ein Notariatsverwalter oder der Amtsnachfolger die Berichtigung einer offensichtlichen Unrichtigkeit nach § 44a Abs. 2 BeurkG vor-

nehmen kann.¹ Erforderlich ist freilich, dass die Unrichtigkeit auch für diese Personen „offensichtlich“ ist.² Anders als der BFH meint, setzt dies nicht eine „Erinnerung“ an die Beurkundungsverhandlung voraus; ansonsten wäre ja ausschließlich dem beurkundenden Notar eine Berichtigung möglich. Insofern stellt der BFH auf einen Aufsatz ab, der die Berichtigung der Niederschrift von Hauptversammlungsbeschlüssen einer Aktiengesellschaft, nicht aber die Berichtigung eines beurkundeten Vertrags zum Gegenstand hat.³ Auch wenn § 44a BeurkG grundsätzlich auf beide Beurkundungsformen anwendbar ist,⁴ besteht doch ein fundamentaler Unterschied: Bei der Beurkundung von Hauptversammlungsbeschlüssen errichtet der Notar ein nur von ihm zu unterschreibendes Protokoll über die von ihm wahrgenommenen Tatsachen (insbesondere über das Verfahren und das Ergebnis der Abstimmung), § 130 Abs. 1a, Abs. 4 Satz 1 AktG, § 37 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 i. V. m. § 13 Abs. 3 Satz 1 BeurkG. Die Beurkundung eines Gewinnabführungsvertrags erfolgt hingegen durch die Errichtung einer von den Beteiligten und dem Notar zu unterzeichnenden Niederschrift über die von den Beteiligten abgegebenen Willenserklärungen, § 9 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 13 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 BeurkG. Dass für die Berichtigung einer unrichtig protokollierten Tatsache andere Voraussetzungen erforderlich sein können als für die Berichtigung einer unrichtig beurkundeten Willenserklärung, hätte der BFH in diesem Zusammenhang zumindest in Erwägung ziehen müssen.

Bei der Beurkundung von Willenserklärungen ist für einen Berichtigungsvermerk nach herrschender Meinung jedenfalls dann Raum, wenn sich für den beurkundenden Notar, seinen Vertreter, den Notariatsverwalter oder den Amtsnachfolger die Unrichtigkeit aus der Urkunde oder aus den sie begleitenden Umständen ergibt, wobei auch außerhalb der Urkunde vorliegende Erkenntnisse genutzt werden können.⁵ Folgt die Unrichtigkeit zum Beispiel aus der Nebenakte zu dem beurkundeten Vorgang, so ist diese offensichtlich.⁶ Leider ergibt sich aus dem mitgeteilten Sachverhalt nicht, worauf der Amtsnachfolger des beur-

kundenden Notars die Offensichtlichkeit des in der Urkunde ausgelassenen Absatzes gestützt hat. Insofern empfiehlt es sich, in den Vermerk zusätzlich entsprechende Darlegungen aufzunehmen.

Formulierungsbeispiel:

Zur Urkunde des Notars (Name) mit Amtssitz in (Ort) vom (Datum), URNr./UVZ-Nr. (Urkunden[verzeichnis-]nummer) wird richtiggestellt, dass § 4 einen weiteren Abs. 2 enthält, der folgendermaßen lautet:

„2. Wird der Vertrag nicht ein Jahr vor seinem Ablauf schriftlich gekündigt, verlängert er sich jeweils um ein weiteres Jahr“.

Es handelt sich um eine offensichtliche Unrichtigkeit. Aus den diesem Vermerk beigefügten auszugsweise beglaubigten Abschriften der Nebenakte ergibt sich, dass in allen Entwürfen des Vertrags, insbesondere in den während der Beurkundung ausgetauschten Seiten, stets ein Abs. 2 mit dem oben genannten Inhalt enthalten war. Den Beteiligten wurde vor Errichtung dieses Nachtragsvermerk rechtliches Gehör gewährt. Sie haben gegen die Berichtigung keine Einwendungen erhoben.

2. Berichtigungsinhalt

Dass mit einem Berichtigungsvermerk nur negative, nicht aber positive Feststellungen zum Urkundeninhalt getroffen werden können, ist eine von *Reithmann* aufgestellte Behauptung,⁷ die der BFH ohne Auseinandersetzung mit der anderslautenden herrschenden Meinung des Schrifttums⁸ und seiner eigenen Entscheidung aus dem Jahr 2007⁹ übernommen hat. Eine Berichtigung setzt sich immer aus zwei Komponenten zusammen, der „unrichtigen“ Wiedergabe des tatsächlich beurkundeten Inhalts in der Urkunde einerseits und der Feststellung des „richtigen“ Inhalts andererseits. Davon zu trennen ist die weitere Frage, inwieweit beide Komponenten „offensichtlich“ sind. *Reithmann* vermengt aber die Bedingungen der „Unrichtigkeit“ mit den Voraussetzungen der „Offensichtlichkeit“, wenn er behauptet, nur die „nicht richtige“ oder „fehlende“ Angabe in der Urkunde könne offensichtlich sein, nicht aber der „richtige“ Inhalt des Vertrags.¹⁰ Im vorliegenden Fall wäre aber nicht einmal dies offensichtlich, denn aus dem Fehlen eines Absatzes 2 in § 4 des Gewinnabführungsvertrags kann sich zweierlei ergeben: dass die Unrichtigkeit entweder in einer fehlerhaften Nummerierung der Absätze oder in einem versehentli-

1 LG Gera, Beschluss vom 27.10.2003, 5 T 338/03, NotBZ 2004, 112; BeckOGK-BeurkG/Regler, Stand: 01.12.2022, § 44a Rdnr. 12; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, § 44a BeurkG Rdnr. 15; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 44a Rdnr. 34; Heinemann/Trautrim/Doetsch, Notarrecht, 2022, § 44a BeurkG Rdnr. 12; Winkler, BeurkG, 20. Aufl. 2022, § 44a Rdnr. 42.

2 Winkler, BeurkG, § 44a Rdnr. 42.

3 Heckschen/Kreublein, NZG 2018, 401, 408.

4 Armbrüster/Preuß/Eickelberg, BeurkG, 9. Aufl. 2023, § 44a Rdnr. 24; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO/BeurkG, § 44a BeurkG Rdnr. 17.

5 Armbrüster/Preuß/Eickelberg, BeurkG, § 44a Rdnr. 15; BeckOGK-BeurkG/Regler, § 44a Rdnr. 12; BeckOK-BeurkG/Winnen, Stand: 15.09.2022, § 44a Rdnr. 30; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO/BeurkG, § 44a Rdnr. 14; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 44a Rdnr. 21; Heinemann/Trautrim/Doetsch, Notarrecht, § 44a BeurkG Rdnr. 11; Winkler, BeurkG, § 44a Rdnr. 17, 19.

6 Vgl. nur BeckOK-BeurkG/Winnen, § 44a Rdnr. 30.

7 *Reithmann*, DNotZ 1999, 27, 33 f.

8 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 44a Rdnr. 31; BeckOK-BeurkG/Winnen, § 44a Rdnr. 31, 32; Frenz/Miermeister/Limmer, BNotO/BeurkG, § 44a BeurkG Rdnr. 14a; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 44a Rdnr. 23; Heinemann/Trautrim/Doetsch, Notarrecht, § 44a BeurkG Rdnr. 11; Winkler, BeurkG, § 44a Rdnr. 19, 23; anders insoweit nur Armbrüster/Preuß/Eickelberg, BeurkG, § 44a Rdnr. 16.

9 BFH, Beschluss vom 23.01.2013, I R 1/12, ZIP 2013, 1910, 1912 f.

10 *Reithmann*, DNotZ 1999, 27, 34.

chen Nichtausdruck des beurkundeten Abs. 2 besteht. Insofern hätte *Reithmann* nicht nur die Offensichtlichkeit, sondern a fortiori auch noch die Eindeutigkeit der Unrichtigkeit fordern müssen. Würde man einer solch engen Interpretation des § 44a Abs. 2 BeurkG folgen, so wäre das Berichtigungsverfahren weitgehend bedeutungslos. Es könnten dann allenfalls wie im Rahmen des § 319 Abs. 1 ZPO „Schreibfehler, Rechnungsfehler und ähnliche offensichtliche Unrichtigkeiten“ behoben werden. Einen derart eingeschränkten Anwendungsbereich wollte der Gesetzgeber § 44a Abs. 2 BeurkG aber gerade nicht beilegen.¹¹ Vielmehr sollen – ähnlich wie im Rahmen der Protokollberichtigung nach § 164 ZPO¹² – alle Unrichtigkeiten, auch Unvollständigkeits, in Form und Inhalt der Niederschrift korrigiert werden können.¹³

Dies erfordert freilich eine wertende Betrachtung der Urkundsperson in drei Schritten:

- (1) Liegt eine Unrichtigkeit vor?
- (2) Lässt sich diese richtigstellen?
- (3) Sind (1) und (2) offensichtlich?

Dann und nur dann, wenn alle drei Voraussetzungen vorliegen, darf ein entsprechender Berichtigungsvermerk erstellt werden.

Angewandt auf den vorliegenden Fall lässt sich eine Unrichtigkeit der Urkunde (1) nicht bestreiten, denn dem Abs. 1 des § 4 des Gewinnabführungsvertrags hätte nach den Gesetzen der Logik unmittelbar ein Abs. 2 folgen müssen. Schwieriger zu beantworten ist die Frage, ob vorliegend eine eindeutige Richtigstellung möglich ist. Aufgrund des mitgeteilten Sachverhalts lässt sich hier keine abschließende Beurteilung treffen, da die Richtigstellung entweder in einer korrigierenden Nummerierung der Absätze (was die Behebung einer rein formalen Unrichtigkeit wäre) oder aber in einer Ergänzung des Vertrags um den fehlenden Abs. 2 (was die Behebung einer inhaltlichen Unrichtigkeit wäre) bestehen könnte. Ergibt sich zum Beispiel aus der bisherigen Korrespondenz, den angefertigten Entwürfen, den während der Beurkundung ausgetauschten Seiten oder Ähnlichem, dass es ursprünglich einen weiteren Absatz gab, der infolge eines Büroversehens während der Beurkundungsverhandlung nicht mehr ausgedruckt wurde, so handelt es sich um eine inhaltliche Unrichtigkeit der Urkunde. Das, was die Beteiligten wirksam erklärt haben, wurde dann nicht richtig (unvollständig) in der Urkunde wiedergegeben. Mit dem BFH zu behaupten, es läge insoweit eine Vertragslücke vor, verkennt den Unterschied zwischen dem, was im

Rahmen der Beurkundungsverhandlung erklärt wurde und dem, was in die Urkunde als förmlichem Beweismittel über diese Verhandlung aufgenommen worden ist. Die Beteiligten haben ja den fehlenden Absatz zum Gegenstand ihres Rechtsgeschäfts gemacht, nicht der Vertrag, sondern der Vertragstext (die Urkunde) ist lückenhaft. Soweit sich hier eine Diskrepanz ergibt, die Urkunde den erklärten Willen der Beteiligten also nicht richtig wiedergibt, ist der genuine Anwendungsbereich von § 44a Abs. 2 BeurkG eröffnet.

Dass der BFH hingegen der ablehnenden Auffassung von *Reithmann* zuneigt, scheint weniger auf dessen Sorge zu beruhen, der Notar könne ohne Anhörung der Beteiligten den ggf. fragwürdigen Vertragsinhalt eigenmächtig abändern¹⁴ als auf dem fiskalischen Misstrauen, die Beteiligten könnten mit Hilfe des Notars der Finanzverwaltung ein für die Erreichung ihrer steuerlicher Zwecke nachträglich abgeändertes Dokument unterschieben. Dabei verkennt der BFH, dass sich der Notar, sein Vertreter, sein Amtsnachfolger oder ein Notariatsverwalter nicht leichtfertig für ein solches, möglicherweise sogar nach § 348 StGB strafbares Unterfangen zur Verfügung stellen werden. Einer solchen Willfährigkeit stehen nämlich die vorgeannten drei Kriterien, insbesondere das Erfordernis der „Offensichtlichkeit“, entgegen. Dann, aber auch nur dann, wenn sowohl die Unrichtigkeit als auch der richtige Urkundeninhalt für die berichtigende Urkundsperson offensichtlich sind, darf ein entsprechender Berichtigungsvermerk erstellt werden. Ob dies im vorliegenden Fall zutrifft, lässt sich erneut nicht anhand des geschilderten Sachverhalts entscheiden. Zu beachten ist jedenfalls, dass ein entsprechender Vermerk nicht einfach als irrelevant abgetan werden darf, denn er wurde im Rahmen eines förmlichen Verfahrens von einer Urkundsperson aufgrund pflichtgemäßer Ermessensausübung ausgestellt und genießt als öffentliche Urkunde grundsätzlich die Beweiskraft des § 418 ZPO.¹⁵

3. Rückwirkung

Schließlich spricht der BFH dem notariellen Berichtigungsvermerk eine rückwirkende Kraft ab. Dies stützt er zum einen darauf, dass das beurkundungsrechtliche Schrifttum bereits eine zivilrechtliche Rückwirkung des Nachtragsvermerks aus Vertrauensgesichtspunkten ablehnen würde. Auch in diesem Zusammenhang unterscheidet der BFH nicht sorgfältig. Sowohl der bereits erwähnte Aufsatz von *Heckschen/Kreußlein* als auch die diese Problematik offen lassende Entscheidung des BGH behandeln ausschließlich Beschlussniederschriften nach dem AktG, nicht aber die Beurkundung von Willenserklärungen nach dem BeurkG. Auch die aus dem Kommentar von *Winkler* übernommene Auffassung relativiert sich, wenn man die zitierte Randnummer bis zum Ende

11 Die Vorschrift wurde unverändert aus § 30 Abs. 4 DOnot a. F. übernommen, um das Rechtsinstitut auf eine rechtlich zweifelsfreie Grundlage zu stellen, BT-Drucks. 13/4184, S. 37; vgl. zur bereits weiten Auslegung der Vorschrift, *Huhn/von Schuckmann*, BeurkG, 3. Aufl. 1995, § 30 DOnot Rdnr. 10.

12 OLG Köln, FGPrax 2010, 172, 174; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 44a Rdnr. 21 m. w. N.; vgl. auch Zöllner/Schultzky, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 164 Rdnr. 2.

13 MünchKomm-ZPO/Fritsche, 6. Aufl. 2020, § 164 Rdnr. 1.

14 *Reithmann*, DNotZ 1999, 27, 34.

15 Armbrüster/Preuß/Eickelberg, BeurkG, § 44a Rdnr. 24; BeckOGK-BeurkG/Regler, § 44a Rdnr. 41; BeckOK-BeurkG/Winnen, § 44a Rdnr. 48; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 44a Rdnr. 37.

liest: „Im Übrigen ist die berichtigte Urkunde im Rechtsverkehr auch gegenüber Dritten uneingeschränkt wirksam und von diesen zu beachten“,¹⁶ nämlich dann, wenn keine Gründe des Verkehrsschutzes entgegenstehen. Im Ergebnis steht das beurkundungsverfahrensrechtliche Schrifttum mehrheitlich auf dem Standpunkt, dass der Nachtragsvermerk grundsätzlich retroaktiv wirkt.¹⁷ Dabei werden aber Dritte in ihrem Vertrauen auf den unberichtigten Urkundentext im Rahmen der allgemeinen Vorschriften geschützt.¹⁸

Weshalb „jedenfalls aber in steuerrechtlicher Hinsicht“ der Nachtragsvermerk keine rückwirkende Kraft haben könne, erschließt sich aus dem vorgenannten Argument nicht. Die Steuerrechtsverwaltung kann sich meines Erachtens nicht auf den Vertrauensschutzgedanken berufen; sie muss nicht – wie im Zivilrecht – als Teilnehmer des Rechtsverkehrs geschützt werden. Sie wird hoheitlich tätig und kann mit Mitteln der Eingriffsverwaltung den Steuerrechtsanspruch feststellen und durchsetzen. Die Gestaltungsmöglichkeiten des Steuerschuldners sind weitgehend durch die gesetzlichen Vorgaben determiniert und unterliegen in ihrer Geltendmachung oder Abänderbarkeit strengen Begrenzungen, vgl. § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO. Eine besondere Schutzwürdigkeit der Steuerrechtsverwaltung besteht vorliegend schon deshalb nicht, weil auch der Finanzverwaltung der „lückenhafte“ Vertragstext vorlag und bereits damals hätte beanstandet und die Vorlage einer die offensichtliche Unrichtigkeit klarstellenden Urkunde nach § 97 Abs. 1 AO hätte verlangt werden können.

Der Rückgriff des BFH auf den Rechtsgedanken des § 38 AO schließlich, wonach der einmal verwirklichte Steuertatbestand nicht rückwirkend wieder entfallen könne, kann in mehrfacher Hinsicht nicht überzeugen. Zum einen kennt auch das Steuerrecht Gestaltungs- und Wahlrechte, die den entstandenen Steueranspruch rückwirkend abändern können.¹⁹ Zum anderen offenbart der BFH, dass seine Hauptbedenken darin bestehen, der Steuerschuldner können aufgrund der Berichtigung nach „Belieben“ festlegen, welchen „Inhalt“ er dem Unternehmensvertrag im jeweiligen Veranlagungszeitraum steuerrechtlich beilegen wolle. Damit verkennt der BFH erneut, dass die Berichtigung nicht in das Belieben der Beteilig-

ten, sondern in das pflichtgemäße Ermessen des Notars gelegt ist. Weiterhin wird mit der Berichtigung nicht der „Inhalt“ beliebig geändert, sondern der Urkundstext an den „richtigen Vertragsinhalt“ angepasst. Ein Wahlrecht der Beteiligten nach Art der „Rosinenpickerei“ besteht insoweit gerade nicht, etwa bereits ergangene Steuerbescheide müssten – sofern zeitlich noch möglich – an diese Berichtigung angepasst werden, vgl. § 173 Abs. 1 Nr. 1, § 175 AO.

4. Fazit

Im Ergebnis wird man – trotz der dürftigen Begründung des BFH – aus notarieller Sicht die Entscheidung in Zukunft beachten und die Beteiligten auf die (in steuerlicher Hinsicht) Vergeblichkeit der Berichtigung hinweisen müssen. Aber auch wenn das Berichtigungsverfahren keine steuerlich rückwirkende Anerkennung finden sollte, muss aufgrund der Urkundengewährungspflicht, zu der meines Erachtens auch die Pflicht zur Berichtigung eines unrichtigen Urkundentextes gehört, trotzdem eine Berichtigung vorgenommen werden, soweit die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. In diesem Zusammenhang sollte der Notar sehr sorgfältig prüfen, ob die vorgenannten drei Voraussetzungen zu seiner Überzeugung gegeben sind. Außerdem sollte dargelegt werden, aus welchen Umständen sich diese Voraussetzungen für den Notar ergeben.

Als Konsequenz der steuerlichen Nichtanerkennung ist zu befürchten, dass die Beteiligten die Problematik der „unrichtigen“ Urkunde dem beurkundenden Notar als Amtspflichtverletzung des § 17 Abs. 1 Satz 1 und 2 BeurkG anlasten werden und den steuerlichen Schaden, den sie erlitten haben, im Wege der Amtshaftung liquidieren wollen. Insoweit bleiben nur, auch wenn es sich um Platituden handelt, folgende Ratschläge:

- (1) Äußerste Sorgfalt walten zu lassen bei der Erstellung der Urkundstexte und beim Ausdruck während der Verhandlung geänderter Urkundstexte.
- (2) Sorgfältige Dokumentation der einzelnen Vertragsversionen in der Nebenakte.
- (3) Unverzögliche Übersendung von Abschriften an die Beteiligten, denn diese trifft ebenfalls eine Obliegenheit, die Richtigkeit des Urkundentextes nochmals nachzuprüfen und ggf. alle denkbaren Rechtsbehelfe zu ergreifen, um eine Behebung der Unrichtigkeit durch den Notar zu erreichen, zum Beispiel durch Berichtigungsvermerk oder durch Nachtragsbeurkundung.
- (4) Soweit die Unrichtigkeit nachträglich entdeckt wird, unverzügliches Tätigwerden, insbesondere durch Hinweis an die Beteiligten, dass die Urkunde ggf. durch Berichtigungsvermerk oder durch Nachtragbeurkundung richtiggestellt werden kann.

16 Winkler, BeurkG, § 44a Rdnr. 44.

17 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 44a Rdnr. 41; BeckOK-BeurkG/Winnen, § 44a Rdnr. 49; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 44a Rdnr. 38.

18 BeckOGK-BeurkG/Regler, § 44a Rdnr. 41; BeckOK-BeurkG/Winnen, § 44a Rdnr. 49; Grziwotz/Heinemann/Heinemann, BeurkG, § 44a Rdnr. 38.

19 Vgl. Klein/Ratschow, AO, 16. Aufl. 2022, § 38 Rdnr. 12.

Bürgerliches Recht

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

3. Beschlussumsetzung durch den Verwalter

BGH, Urteil vom 16.12.2022, V ZR 263/21 (Vorinstanz: LG Berlin, Urteil vom 26.11.2021, 85 S 81/21)

WEG § 18 Abs. 1

LEITSATZ:

Nach dem seit dem 01.12.2020 geltenden Wohnungseigentumsrecht trifft die Pflicht zur Durchführung von Beschlüssen der Wohnungseigentümer nicht mehr den Verwalter, sondern die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (Abgrenzung zu Senat, Urteil vom 08.06.2018, V ZR 125/17, BGHZ 219, 60 Rdnr. 15).

4. Gutgläubiger Zweiterwerb einer Vormerkung

BGH, Urteil vom 09.12.2022, V ZR 91/21 (Vorinstanz: OLG Brandenburg, Urteil vom 08.04.2021, 5 U 39/20)

BGB § 185 Abs. 1, § 362 Abs. 2, §§ 883, 892 Abs. 1 Satz 1, § 894

GBO § 53 Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. Bei der Abtretung einer durch Vormerkung gesicherten Forderung gilt der Inhalt des Grundbuchs analog § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB zugunsten des Zessionars im Hinblick auf den Grundbuchstand unter Einschluss des Rangs der Vormerkung sowie das Vorliegen ihrer sachenrechtlichen Entstehungsvoraussetzungen unter Einschluss der wirksamen Bewilligung als richtig; der Schutz des öffentlichen Glaubens erstreckt sich hingegen nicht auf den Bestand der gesicherten Forderung (Fortführung von Senat, Beschluss vom 21.6.1957 – V ZB 6/57, BGHZ 25, 16, 23 f.).
2. Bei einem abgeleiteten Erwerb der Vormerkung ist der Zeitpunkt der Abtretung der gesicherten Forderung entscheidend für die Gutgläubigkeit des Zessionars.
3. Tritt der Zedent seinen durch Vormerkung gesicherten, gegen den Erstverkäufer gerichteten Auflassungsanspruch an einen in Ansehung eines nicht eingetragenen vorrangigen Rechts gutgläubigen Zessionar ab und übereignet der Erstverkäufer das Grundstück sodann mit Zustimmung des Zessionars an den Zedenten als Zwischenerwerber, so kommen die Wirkungen der Vormerkung dem Zedenten zugute; dies gilt auch dann, wenn der Zedent seinerseits bei Erwerb der Vormerkung nicht gutgläubig im Sinne von § 892 BGB war (Fortführung von Senat, Urteil vom 17.06.1994, V ZR 204/92, NJW 1994, 2947 f.).

4. Ziel des Anspruchs auf Grundbuchberichtigung kann auch ein Amtswiderspruch sein.

SACHVERHALT:

1 Der Beklagte kaufte im Jahr 1991 von der vormaligen Eigentümerin (im Folgenden: Erstverkäuferin) mehrere Grundstücke. Zu seinen Gunsten wurde eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Im Jahr 2014 verkaufte die Erstverkäuferin die Grundstücke nochmals, und zwar – unter der aufschiebenden Bedingung der Schaffung eines Bebauungsplans – an die Streithelferin. Der Anspruch auf Eigentumsübertragung wurde durch eine weitere Vormerkung gesichert. Die zugunsten des Beklagten eingetragene vorrangige Vormerkung wurde am 02.05.2017 im Grundbuch gelöscht. Mit Vertrag vom 15.05.2017 verkaufte die Streithelferin die Grundstücke an die Klägerin und trat dieser die durch die Vormerkung gesicherte Forderung aus dem Kaufvertrag mit der Erstverkäuferin ab. Gegen die Löschung der zugunsten des Beklagten eingetragenen Vormerkung wurden im Juni 2017 ein Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO sowie ein Widerspruch nach § 899 BGB in das Grundbuch eingetragen. Die Streithelferin wurde als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen. Am 12.03.2018 erfolgte die Auflassung zwischen der Streithelferin und der Klägerin. Die Klägerin wurde anschließend als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen.

2 Das LG hat die auf Bewilligung der Löschung der Widersprüche gerichtete Klage abgewiesen. Das OLG hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

3 A. Das Berufungsgericht meint, der Klägerin stehe ein Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der zugunsten des Beklagten eingetragenen Widersprüche aus § 894 BGB nicht zu. Zwar könne sich ein derartiger Anspruch grundsätzlich aus ihrer Stellung als eingetragene Eigentümerin ergeben. Er scheide hier aber aus, da die Klägerin das Eigentum nicht gutgläubig „lastenfrei“ erworben habe. Ihre Eintragung sei nicht auf Grundlage des ihr abgetretenen vormerkungsgesicherten Auflassungsanspruchs gegen die Erstverkäuferin, sondern aufgrund des mit der Streithelferin abgeschlossenen Kaufvertrags erfolgt. Wegen der zwischenzeitlich eingetragenen Widersprüche sei sie in dem nach § 892 Abs. 2 BGB maßgeblichen Zeitpunkt im Hinblick auf die Löschung der Auflassungsvormerkung des Beklagten nicht mehr gutgläubig gewesen.

4 B. Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin auf Bewilligung der Löschung der zugunsten des Beklagten eingetragenen Widersprüche nicht verneint werden.

5 I. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass sich der geltend gemachte Anspruch aus der Stellung der Klägerin als eingetragene Eigentümerin ergeben kann.

6 1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die zugunsten des Beklagten eingetragene vorrangige Vormerkung am 02.05.2017 zu Unrecht gelöscht worden mit der Folge, dass sie materiellrechtlich zunächst fortbestand und das Grundbuch deshalb unrichtig wurde (vgl. Senat, Urteil

vom 15.12.1972, V ZR 76/71, BGHZ 60, 46, 51). Davon geht auch die Klägerin aus. Sie verfolgt in der Sache nicht die Beseitigung einer vormerkungswidrig vorgenommenen, nach § 883 Abs. 2 BGB nur relativ unwirksamen Belastung oder sonstigen Eintragung unter Berufung auf ihre Vormerkungsberechtigung nach § 888 Abs. 1 BGB (vgl. dazu Senat, Urteil vom 04.12.2015, V ZR 202/14, BGHZ 208, 133 Rdnr. 12 f.; Urteil vom 14.01.2022, V ZR 245/20, ZfIR 2022, 179 Rdnr. 3, 5 ff. m. w. N.). Sie erstrebt vielmehr als Eigentümerin die Löschung der Widersprüche mit der Begründung, sie habe ihr Eigentum hinsichtlich der Vormerkung des Beklagten „lastenfrei“ erworben.

7 2. Dieses Rechtsschutzziel kann über einen Grundbuchberichtigungsanspruch gemäß § 894 BGB erreicht werden. Gläubiger des Berichtigungsanspruchs ist zwar gewöhnlich der nicht eingetragene wahre Berechtigte, Schuldner der zu Unrecht eingetragene Buchberechtigte. Die Vorschrift gilt aber entsprechend für den eingetragenen wahren Berechtigten, der – wie hier – die Löschung eines Widerspruchs erreichen möchte, dessen Eintragung der vermeintliche Berechtigte zu Unrecht erwirkt hat (vgl. Senat, Urteil vom 05.05.2006, V ZR 236/05, NJW-RR 2006, 1242 Rdnr. 5 m. w. N.).

8 3. Ziel des Anspruchs auf Grundbuchberichtigung in entsprechender Anwendung des § 894 BGB kann, wie der Senat bereits in einer älteren Entscheidung vorausgesetzt hat (vgl. Senat, Urteil vom 24.01.1962, V ZR 116/60, NJW 1962, 963), auch ein nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO eingetragener Amtswiderspruch sein. Der Einwand der Revisionserweiterung, dem Widerspruchsberechtigten fehle insoweit die Passivlegitimation, weil er in Bezug auf einen von Amts wegen eingetragenen Widerspruch nicht Störer sei (vgl. auch jurisPK-BGB/Toussaint, 9. Aufl., § 894 Rdnr. 13), greift nicht durch.

9 a) Der Anspruch auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB ist ein gesetzlich besonders behandelter Fall des in § 1004 BGB allgemein geregelten Eigentumsstörungsanspruchs (vgl. Senat, Urteil vom 08.02.1952, V ZR 6/50, BGHZ 5, 76, 82; Urteil vom 09.02.2018, V ZR 299/14, NJW 2019, 71 Rdnr. 23, jew. m. w. N.). Für die Störereigenschaft reicht es dabei aus, dass im Rahmen eines Vorgehens nach § 19 GBO eine Berichtigung der Grundbucheintragung nicht ohne die Mitwirkung des Betroffenen erfolgen kann (vgl. Senat, Urteil vom 22.01.1964, V ZR 25/62, BGHZ 41, 30, 32).

10 aa) Gemäß § 894 BGB kann derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen ist. Die Vorschrift stellt auf die Regelung des § 19 GBO ab, wonach im Grundbuchverfahren eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen ist (vgl. jurisPK-BGB/Toussaint, § 894 Rdnr. 1, 40; vgl. auch MünchKomm-BGB/Kohler, 8. Aufl., § 894 Rdnr. 29). § 894 BGB begründet vor diesem Hintergrund einen Anspruch auf Erteilung dieser im Grundbuchverfahren nach § 19 GBO formellrechtlich

erforderlichen Bewilligung zur Berichtigung des Grundbuchs (vgl. MünchKomm-BGB/Kohler, § 894 Rdnr. 1).

11 bb) Ausgehend von diesem auf eine Bewilligung nach § 19 GBO gerichteten Inhalt des Grundbuchberichtigungsanspruchs ist Störer derjenige, dessen Mitwirkung für eine Berichtigung des Grundbuchs im Rahmen eines Vorgehens nach § 19 GBO erforderlich ist (vgl. Senat, Urteil vom 22.01.1964, V ZR 25/62, BGHZ 41, 30, 32). Es ist dagegen unerheblich, wie die Unrichtigkeit des Grundbuchs entstanden ist (vgl. Erman/Artz, BGB, 16. Aufl., § 894 Rdnr. 23). Dafür spricht auch die Kostenregelung des § 897 BGB, wonach der zur Berichtigung Berechtigte grundsätzlich die hierfür erforderlichen Kosten zu tragen hat. Diese Regelung weicht von dem Grundsatz ab, dass der Schuldner die Aufwendungen zur Erfüllung seiner Pflichten zu tragen hat (vgl. NK-BGB/Krause, 5. Aufl., § 897 Rdnr. 1), und erklärt sich nur dadurch, dass Ansprüche aus § 894 BGB auch dann entstehen, wenn der Anspruchsgegner die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht zu verantworten hat (vgl. jurisPK-BGB/Toussaint, § 897 Rdnr. 1; NK-BGB/Krause, § 897 Rdnr. 1; Erman/Artz, BGB, § 897 Rdnr. 1).

12 cc) Die Möglichkeit, im Grundbuchverfahren nach § 22 GBO bzw. im Beschwerdeverfahren nach § 71 GBO eine Berichtigung ohne Bewilligung des Anspruchsgegners zu erreichen, steht selbstständig neben einem Anspruch aus § 894 BGB (vgl. Senat, Urteil vom 10.02.2006, V ZR 110/05, NJW-RR 2006, 886 Rdnr. 7). Davon zu trennen ist die Frage, inwieweit in Fällen, in denen das kostengünstigere Grundbuchverfahren zweifelsfrei zum Erfolg führen würde, das Rechtsschutzbedürfnis für die Durchsetzung eines Anspruchs aus § 894 BGB im Klagewege entfallen kann (vgl. Senat, Urteil vom 10.02.2006, V ZR 110/05, a. a. O. Rdnr. 7). Eine solche Konstellation liegt hier aber schon deswegen nicht vor, weil eine Klärung der entscheidungserheblichen Fragen im Grundbuchverfahren aufgrund der dort nach § 29 GBO beschränkten Beweismittel (vgl. Bauer/Schaub/Bauer, GBO, 4. Aufl., § 53 Rdnr. 62) nicht erfolgen könnte.

13 b) Entscheidend für die Passivlegitimation ist demgemäß auch bei einem gegen einen Amtswiderspruch gerichteten Grundbuchberichtigungsanspruch, dass eine Berichtigung bei einem Vorgehen nach § 19 GBO von der Bewilligung des Anspruchsgegners abhängig ist. Dies ist bei demjenigen, zu dessen Gunsten der Amtswiderspruch eingetragen ist, der Fall. Denn auch ein Amtswiderspruch ist auf die Bewilligung desjenigen, dessen wahres Recht durch den Widerspruch geschützt werden soll, nach § 19 GBO zu löschen, weil damit etwaigen Amtshaftungsansprüchen die Grundlage entzogen wird (vgl. Senat, Beschluss vom 24.01.1985, V ZB 5/84, NJW 1985, 3070, 3071).

14 II. Rechtsfehlerhaft verneint das Berufungsgericht jedoch die Voraussetzungen des Grundbuchberichtigungsanspruchs mit der Begründung, ein im Hinblick auf die Vormerkung des Beklagten „lastenfreier“ Eigentumserwerb der Klägerin scheitere jedenfalls daran, dass ihre Eintragung als Eigentümerin sich nicht als Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs gegenüber der Erstverkäuferin, sondern als Erfüllung ihres Eigentumsverschaffungsanspruchs gegenüber der Streithelferin

darstelle und die Klägerin in diesem Zeitpunkt nicht mehr gutgläubig war.

15 1. Richtig ist, dass nach Löschung einer materiellrechtlich bestehenden Vormerkung aus dem Grundbuch ein gutgläubiger „vormerkungsfreier“ Erwerb in Betracht kommt (vgl. auch Senat, Urteil vom 15.12.1972, V ZR 76/71, BGHZ 60, 46, 51; BGH, Urteil vom 29.11.1990, IX ZR 107/90, NJW 1991, 1113). § 891 Abs. 2 BGB ist auf eine gelöschte Vormerkung entsprechend anwendbar (vgl. *Assmann*, Die Vormerkung [§ 883 BGB], 1998, S. 347).

16 2. Zutreffend ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass dann, wenn auf eine Eigentumsübertragung aufgrund des Kaufvertrags zwischen der Streithelferin und der Klägerin abzustellen wäre, ein hinsichtlich der Vormerkung des Beklagten „lastenfreier“ Eigentumserwerb durch die Klägerin kraft guten Glaubens nach § 892 Abs. 2 BGB nicht (mehr) in Betracht käme, weil zum Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags und der Eintragung des Zwischenerwerbs die Widersprüche gegen die Löschung der Vormerkung schon eingetragen waren.

17 3. Das Berufungsgericht übersieht aber, dass die Streithelferin aufgrund einer Ermächtigung der gutgläubigen Klägerin als Inhaberin des vormerkungsgesicherten Anspruchs aus dem Kaufvertrag zwischen der Erstverkäuferin und der Streithelferin im Hinblick auf die Vormerkung des Beklagten „lastenfrei“ Eigentum erworben und dieses dann auf die Klägerin übertragen haben kann. Der Erwerb der Klägerin wäre dann ein Erwerb vom Berechtigten gewesen, sodass es auf das Fortbestehen ihres guten Glaubens im Zeitpunkt ihres Eigentumserwerbs nicht angekommen wäre.

18 Voraussetzung hierfür ist, dass die Klägerin eine Vormerkung erworben hat, die ihr einen im Hinblick auf die Vormerkung des Beklagten „lastenfreien“ Eigentumserwerb ermöglichte (hierzu unter a)), und dass diese Vormerkung auch bei dem Eigentumserwerb der Streithelferin Wirkung entfaltet (hierzu unter b)). Dies ist nach den getroffenen Feststellungen nicht ausgeschlossen.

19 a) Die Klägerin kann eine Vormerkung erworben haben, die ihr einen im Hinblick auf die Vormerkung des Beklagten „lastenfreien“ Eigentumserwerb ermöglichte.

20 aa) Für das Revisionsverfahren ist davon auszugehen, dass die Klägerin am 15.05.2017 infolge der Abtretung des vormerkungsgesicherten Anspruchs die zunächst zugunsten der Streithelferin begründete Vormerkung erworben hat.

Allerdings ist die rechtsgeschäftliche Übertragung einer Vormerkung als solcher rechtlich nicht möglich, und zwar weder isoliert noch gemeinsam mit dem gesicherten Anspruch. Nach § 398 Satz 1 BGB kann eine Forderung von dem Gläubiger durch den Vertrag mit einem anderen übertragen, also abgetreten werden. Soweit die Forderung durch eine Vormerkung gesichert wird, geht die Vormerkung mit der Abtretung des gesicherten Anspruchs wegen der strengen Akzessorietät zum gesicherten Anspruch entsprechend § 401 BGB außerhalb des Grundbuchs kraft Gesetzes über (vgl. Senat, Urteil vom 17.06.1994, V ZR 204/92,

NJW 1994, 2947 f.; Urteil vom 19.11.2021, V ZR 104/20, NJW-RR 2022, 808 Rdnr. 16, insoweit etwas missverständlich im Hinblick auf die Formulierung „nicht isoliert abtretbar“). Auf die Eintragung eines Vermerks über den Übergang in das Grundbuch kommt es dabei nicht an; wird der Übergang vermerkt, geschieht dies nur deklaratorisch im Wege der Berichtigung (vgl. Senat, Urteil vom 24.07.2015, V ZR 275/14, BGHZ 206, 281 Rdnr. 17; unzutreffend insoweit Senat, Urteil vom 27.10.2006, V ZR 234/05, NJW 2007, 508 Rdnr. 16 a. E.).

21 bb) Der gesetzliche Übergang der Vormerkung auf die Klägerin als Zessionarin kann ihr den im Hinblick auf die Vormerkung des Beklagten „lastenfreien“ Eigentumserwerb ermöglicht haben. Zwar war die Streithelferin bei der Begründung der Vormerkung im Jahr 2014 im Hinblick auf die zugunsten des Beklagten eingetragene Vormerkung im Sinne des § 892 BGB bösgläubig, weil die Vormerkung zu diesem Zeitpunkt noch nicht gelöscht worden war. Ein gutgläubiger (Erst-)Erwerb der Vormerkung „unbelastet“ von der vorrangigen Vormerkung des Beklagten durch die Streithelferin selbst war damit nicht möglich. Die Klägerin kann aber am 15.05.2017 durch einen im Hinblick auf deren Rangstellung „gutgläubigen Zweiterwerb“ eine Vormerkung erworben haben, die ihr einen bezüglich der Vormerkung des Beklagten „lastenfreien“ Eigentumserwerb ermöglichte.

22 cc) Ein derartiger gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung ist grundsätzlich möglich.

23 (1) Allgemein anerkannt ist, dass eine Vormerkung bei ihrer Begründung aufgrund Bewilligung nach § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB gutgläubig (erst-)erworben werden kann, das Grundbuch also zugunsten des gutgläubigen Erwerbers der Vormerkung im Hinblick auf den eingetragenen Eigentümer und den Grundbuchstand als richtig gilt; aufgrund der strengen Akzessorietät der Vormerkung zum gesicherten Anspruch gilt dies aber nur insoweit, als die gesicherte Forderung tatsächlich besteht. Besteht die Forderung nicht, kann auch die Vormerkung nicht gutgläubig erworben werden (vgl. hierzu Senat, Beschluss vom 21.06.1957, V ZB 6/57, BGHZ 25, 16, 23; Urteil vom 31.10.1980, V ZR 95/79, NJW 1981, 446, 447; Urteil vom 17.06.1994, V ZR 204/92, NJW 1994, 2947).

24 (2) In der Rechtsprechung des Senats ist der gutgläubige Zweiterwerb der Vormerkung in gewissem Umfang anerkannt. Zwar kommt auch insoweit ein gutgläubiger Erwerb bei Nichtbestehen des Anspruchs nicht in Betracht. Für den Fall, dass für einen wirksamen Auflassungsanspruch von einem Nichtberechtigten eine Vormerkung zugunsten eines Bösgläubigen bestellt worden ist, kann die Vormerkung aber in der Person eines gutgläubigen Rechtsnachfolgers des Bösgläubigen wirksam werden (Beschluss vom 21.06.1957, V ZB 6/57, BGHZ 25, 16, 23 f.). Kann der Zweiterwerber trotz Bösgläubigkeit des Ersterwerbers eine nichtbestehende Vormerkung gutgläubig erwerben, folgt daraus erst recht, dass ein Zweiterwerber auch eine bestehende Vormerkung gutgläubig lastenfrei bzw. – wie hier – gutgläubig „vormerkungsfrei“ von dem bösgläubigen Ersterwerber erwerben kann.

25 (3) Dem ist die Rechtspraxis gefolgt (vgl. KG, OLGZ 1978, 122, 124; OLG Saarland, Rpfleger 1995, 404, 406; OLG München, BWNNotZ 2002, 12, 14; LG München II, Urteil vom 04.06.2008, 11 O 2016/07, juris Rdnr. 46). Auch Teile der Literatur vertreten die Meinung, dass ein gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung möglich ist, wobei insbesondere auf die Schutzbedürftigkeit des Erwerbers abgestellt wird, der auf den durch die Eintragung des Zedenten hervorgerufenen Rechtsschein vertraue. Entscheidend sei nicht die Publizitätsform der jeweiligen Verfügung, sondern die Rechtsscheinstellung des Verfügenden (vgl. – mit unterschiedlichen Begründungsansätzen – u. a. AK-BGB/ v. Schweinitz, § 885 Rdnr. 26; Bauer/Schaub/Lieder, GBO, C Rdnr. 98 f.; Erman/Artz, BGB, § 883 Rdnr. 29; Meikel/Schneider, GBO, 12. Aufl., § 53 Rdnr. 49; Jauernig/Berger, BGB, 18. Aufl., § 883 Rdnr. 28; KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 8. Aufl., Teil 1 § 6 Rdnr. 13; MünchKomm-BGB/Kohler, § 885 Rdnr. 44; RGRK/Augustin, BGB, 12. Aufl., § 883 Rdnr. 19; Schulze/Staudinger, 11. Aufl., § 883 Rdnr. 36; PWW/Huhn, BGB, 16. Aufl., § 885 Rdnr. 12; Heck, Grundriss des Sachenrechts, S. 201 f.).

26 (4) Nach der Gegenansicht scheidet ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung bei der Zession des gesicherten Anspruchs aus. Dabei nimmt die Diskussion in erster Linie die zunächst unwirksam bestellte Vormerkung in den Blick und nicht die hier vorliegende Konstellation des Rangverhältnisses. Wegen des Übergangs der Vormerkung kraft Gesetzes analog § 401 BGB fehle es sowohl an dem für einen gutgläubigen Erwerb notwendigen rechtsgeschäftlichen Erwerb als auch an der für den Schutz des guten Glaubens nach §§ 892 f. BGB vorausgesetzten sachenrechtlichen Übertragungsform. Da die Vormerkung jederzeit außerhalb des Grundbuchs übergehen könne, begründe ihre Eintragung keine Vermutung dafür, dass der eingetragene Berechtigte auch Inhaber der Vormerkung sei. Zudem bestehe kein Bedürfnis für einen derartigen Schutz des Rechtsverkehrs (vgl. – mit unterschiedlichen Begründungsschwerpunkten – u. a. BeckOGK-BGB/Assmann, Stand: 01.11.2022, § 885 Rdnr. 161 ff.; BeckOK-BGB/Eckert, Stand: 01.11.2022, § 885 Rdnr. 27 f.; NK-BGB/Krause, § 892 Rdnr. 28; Grüneberg/Herrler, 81. Aufl., § 885 Rdnr. 19; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 883 Rdnr. 44, § 893 Rdnr. 8; Staudinger/Kesseler, Stand: 05.02.2022, § 883 Rdnr. 437; Staudinger/Picker, Stand: 31.12.2021, § 892 Rdnr. 60; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., § 20 Rdnr. 52; Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl., Rdnr. 2297 ff.).

27 (5) Es besteht keine Veranlassung, von der Rechtsprechung des Senats zum gutgläubigen Zweiterwerb der Vormerkung, auf die sich der Rechtsverkehr eingestellt hat, abzurücken. Bei der Abtretung einer durch Vormerkung gesicherten Forderung gilt der Inhalt des Grundbuchs analog § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB zugunsten des Zessionars im Hinblick auf den Grundbuchstand unter Einschluss des Rangs der Vormerkung sowie das Vorliegen ihrer sachenrechtlichen Entstehungsvoraussetzungen unter Einschluss der wirksamen Bewilligung als richtig; der Schutz des öffentlichen Glaubens erstreckt sich hingegen nicht auf den Bestand der gesicherten Forderung. Die derartige analoge Anwendung auf den Zweiterwerb der Vormerkung ist geboten,

weil die Vormerkung sowohl in ihrer Wirkung als auch im Hinblick auf die Grundbuchlage in gewissen Beziehungen einem dinglichen Recht angenähert ist und eine mit dem Erwerb eines dinglichen Rechts vergleichbare Interessenlage besteht.

28 (a) Zwar ist die Vormerkung kein dingliches Recht, wie es § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB voraussetzt, sondern als Sicherungsmittel eigener Art anzusehen. Sie verleiht aber dem gesicherten schuldrechtlichen Anspruch in beträchtlichem Umfang dingliche Wirkungen im Sinn einer dinglichen Gebundenheit des Grundstücks; sie bewirkt insbesondere die relative Unwirksamkeit von sog. Zwischenrechten (§ 883 Abs. 2 BGB) und sichert dem dinglichen Recht, auf dessen Einräumung der vormerkungsgesicherte Anspruch gerichtet ist, denjenigen Rang zu, der ihm zugekommen wäre, wenn es selbst bereits zur Zeit der Eintragung der Vormerkung eingetragen worden wäre (§ 883 Abs. 3 BGB). Damit ist die Vormerkung in manchen Beziehungen einem dinglichen Recht angenähert (vgl. zum Ganzen Senat, Urteil vom 15.12.1972, V ZR 76/71, BGHZ 60, 46, 49 f.; Urteil vom 14.01.2022, V ZR 245/20, NJW 2022, 1167 Rdnr. 24).

29 (b) Auch im Hinblick auf ihre Eintragung im Grundbuch ist die Vormerkung teilweise einem dinglichen Recht angenähert. Zwar lässt sich aufgrund der strengen Akzessorietät der Vormerkung dem Grundbuch nicht entnehmen, ob die Forderung – und damit insoweit auch die Vormerkung – (noch) besteht oder (noch) dem Eingetragenen zusteht; denn das Erlöschen und der Übergang der Forderung vollziehen sich außerhalb des Grundbuchs. Aus der Eintragung im Grundbuch ergibt sich aber bei einer gemäß § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB bestellten Vormerkung zum einen, dass die Bewilligung dessen, dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, erteilt worden ist, und zum anderen die dingliche Gebundenheit des betroffenen Rechts und die Rangstellung der Vormerkung. Anders als bei dem Erwerb einer Forderung oder eines Pfandrechts ergibt sich bezüglich dieses „sachenrechtlichen Teils“ der Vormerkung aus dem Grundbuch ein objektiver Rechtsschein, auf den der Zessionar einer vormerkungsgesicherten Forderung vertrauen kann (vgl. Bauer/Schaub/Lieder, GBO, Teil C Rdnr. 99; Schreiber/Ruge/Preuß, Handbuch Immobilienrecht, 4. Aufl., Kapitel 14 Rdnr. 58).

30 (c) Bei einem Zweiterwerb der Vormerkung liegt auch eine mit dem Erwerb eines dinglichen Rechts vergleichbare Interessenlage vor. Ebenso wie bei der Übertragung eines dinglichen Rechts besteht im Interesse des Rechtsverkehrs auch bei dem gesetzlichen Übergang der Vormerkung infolge der Abtretung des gesicherten Anspruchs ein Bedürfnis, sich auf das Grundbuch verlassen zu können. Die Vormerkung soll dem Berechtigten das zu dem Zeitpunkt des Erwerbs der Vormerkung nach der Grundbuchlage bestehende Erfüllungsvermögen des Schuldners sichern. Die Eintragung der Vormerkung ist insofern Grundlage für das Vertrauen, das Eigentum ohne die im Zeitpunkt des Übergangs nicht vorhandenen oder nachträglich eingetragenen Belastungen erwerben zu können. Derjenige, der den gesicherten Anspruch durch Abtretung erwirbt, ist auf die möglichst frühzeitige Absicherung seines in Aussicht genom-

menen Rechtserwerbs nicht weniger angewiesen als der ursprüngliche Erwerber. Gerade bei Kettenveräußerungen besteht ein praktisches Bedürfnis für die Verkehrsfähigkeit der Vormerkung. Die Fälligkeit der Kaufpreiszahlung ist oft von der Absicherung des Käufers durch eine Vormerkung abhängig. Eine solche kann der ursprüngliche Erwerber aber nach § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB erst bestellen, wenn er im Grundbuch eingetragen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 05.12.1996, V ZB 27/96, BGHZ 134, 182, 188). Diese Eintragung abzuwarten, wäre mit einem erheblichen Aufwand von Zeit und Kosten verbunden, der den praktischen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs zuwiderliefe.

31 (d) Die dogmatischen Bedenken der Gegenauffassung gegen die analoge Anwendung des § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB greifen nicht durch. Es fehlt für die entsprechende Anwendung weder an einem rechtsgeschäftlichen Erwerb noch ist die analoge Anwendung in dem dargestellten Umfang deswegen ausgeschlossen, weil sich der Übergang der Vormerkung ohne einen sachenrechtlichen Übertragungstatbestand außerhalb des Grundbuchs vollzieht.

32 (aa) Obwohl die Vormerkung nicht isoliert, sondern nur infolge der Abtretung des gesicherten Anspruchs übergehen kann, handelt es sich bei der Übertragung des Anspruchs und dem Übergang der Vormerkung bei funktionaler Betrachtung um einen einheitlichen rechtsgeschäftlichen Vorgang (vgl. MünchKomm-BGB/Kohler, § 885 Rdnr. 44; Prütting, Sachenrecht, 37. Aufl., § 18 Rdnr. 198; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl., § 83 Rdnr. 36; Wunner, NJW 1969, 113, 116 f.). Der Übergang der Vormerkung knüpft – anders als etwa die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts (vgl. dazu BGH, Urteil vom 21.12.1960, VIII ZR 146/59, BGHZ 34, 153, 157 f.) – nicht an rein tatsächliche Vorgänge oder von dem Parteiwillen unabhängige Ereignisse, sondern an die rechtsgeschäftliche Übertragung der Forderung an. Die Vertragspartner können den Übergang der Vormerkung zwar ausschließen (vgl. hierzu Baur/Stürner, Sachenrecht, § 20 Rdnr. 53; Staudinger/Kessler, § 883 Rdnr. 428 m. w. N.). In aller Regel wird der Übergang der Vormerkung aber das Hauptanliegen der Vertragspartner bei der Abtretung des gesicherten Anspruchs sein, weswegen häufig auch untechnisch von einer „Abtretung der Vormerkung“ gesprochen wird.

33 (bb) Die analoge Anwendung des § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB scheidet auch nicht wegen eines fehlenden sachenrechtlichen Übertragungstatbestandes aus. Zwar ist es zutreffend, dass der gutgläubige Erwerb von dinglichen Rechten in der Regel an einen solchen Tatbestand anknüpft. Bei der Vormerkung kann es hingegen auf die Eintragung der Zession im Grundbuch entgegen vereinzelter Ansicht (vgl. jurisPK-BGB/Stamm, § 885 Rdnr. 109 ff.; Wieling/Finkenauer, Sachenrecht, 6. Aufl., § 22 Rdnr. 17; Trapp, Die dingliche Wirkung der Vormerkung im Rechtsverhältnis zwischen dem aus einer Auflassungsvormerkung Berechtigten und dem vormerkungswidrig eingetragenen Dritten, 1974, S. 124) schon deshalb nicht ankommen, weil diese nur deklaratorisch ist (vgl. oben Rdnr. 20). Der gutgläubige Zweiterwerb der Vormerkung in dem dargestellten Umfang bezieht sich aber gerade nicht auf den Übergang der Vormerkung, der

sich allein nach der Forderung richtet, sondern lediglich darauf, dass sich aus dem Grundbuch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung der abgetretenen Forderung ergibt. Der gute Glaube an den aus dem Grundbuch ersichtlichen „sachenrechtlichen Teil“ der Vormerkung ist nicht deswegen weniger schutzwürdig, weil sich die von der Forderung abhängigen Elemente der Vormerkung nicht aus dem Grundbuch ergeben.

34 (e) Die nach alledem gebotene analoge Anwendung des § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Zweiterwerb der Vormerkung ist nicht davon abhängig, aus welchen dinglichen Gründen die Bestellung der Vormerkung mangelhaft war. Soweit sich aus der zitierten Entscheidung des Senats (Beschluss vom 21.06.1957, V ZB 6/57, BGHZ 25, 16, 24) im Hinblick auf die fehlende Bewilligung des Eigentümers etwas anderes ergibt, hält der Senat hieran nicht fest. Ein sachlicher Grund für eine solche Unterscheidung besteht nicht, da sich für den schutzwürdigen Erwerber die Sachlage bei einer fehlenden Bewilligung nicht anders darstellt als bei einer Unwirksamkeit der Vormerkung aus anderen, auf den dinglichen Entstehungstatbestand bezogenen Unwirksamkeitsgründen (vgl. Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, § 83 Rdnr. 36; Reinicke, NJW 1964, 2373, 2378 f.). Inwieweit eine Vormerkung bei Abtretung eines Anspruchs auch dann gutgläubig erworben werden kann, wenn es sich nicht um die erste, sondern eine weitere Abtretung handelt bzw. der Zedent nicht im Grundbuch eingetragen ist, ist hier nicht zu entscheiden.

35 b) Hat die Klägerin ihre Vormerkung im Hinblick auf die vorrangige Vormerkung des Beklagten gutgläubig „lastenfrei“ erworben, wäre ihr es – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – möglich gewesen, auch das Eigentum ohne die vorrangige Vormerkung des Beklagten zu erwerben (vgl. Senat, Urteil vom 31.10.1980, V ZR 95/79, NJW 1981, 446, 447; Urteil vom 17.06.1994, V ZR 204/92, NJW 1994, 2947; Urteil vom 20.07.2007, V ZR 245/06, NJW-RR 2008, 102 Rdnr. 21). Diese Wirkung der Vormerkung kann hier auch der Streithelferin bei ihrem Zwischenerwerb zugutegekommen sein.

36 aa) Anders als das Berufungsgericht meint, erfordert der Eigentumserwerb aufgrund des vormerkungsgesicherten Anspruchs nicht zwingend, dass der Vormerkungsschuldner (hier: Erstverkäuferin) unmittelbar an den Anspruchsinhaber und Vormerkungsberechtigten (hier: Klägerin) leistet. Der Senat hat für eine vergleichbare Fallkonstellation entschieden, dass die Wirkungen einer dem Käufer eingeräumten Auflassungsvormerkung dem Dritten (hier: Streithelferin) zugutekommen, an den der Verkäufer mit Zustimmung des Käufers (§ 362 Abs. 2, § 185 Abs. 1 BGB) übereignet. Tritt der Zedent seinen durch Vormerkung gesicherten, gegen den Erstverkäufer gerichteten Auflassungsanspruch an einen in Ansehung eines nicht eingetragenen vorrangigen Rechts gutgläubigen Zessionar ab und übereignet der Erstverkäufer das Grundstück sodann mit Zustimmung des Zessionars an den Zedenten als Zwischenerwerber, so kommen die Wirkungen der Vormerkung dieser Entscheidung zufolge dem Zedenten zugute. Aufgrund der dem Zedenten vom Anspruchsinhaber gemäß

§ 362 Abs. 2, § 185 Abs. 1 BGB erteilten Ermächtigung, die geschuldete Leistung in Empfang zu nehmen, stellt sich der Zwischenerwerb nämlich als Erfüllung des vormerkungsgesicherten Anspruchs dar (vgl. Senat, Urteil vom 17.06.1994, V ZR 204/92, NJW 1994, 2947, 2948).

37 bb) Daran gemessen kann die Streithelferin das Eigentum frei von der vorrangigen Vormerkung des Beklagten erworben haben.

38 (1) Dass die Klägerin die Streithelferin ermächtigt hat, die geschuldete Leistung nach § 362 Abs. 2, § 185 Abs. 1 BGB in Empfang zu nehmen, stellen die Parteien nicht in Abrede. Eine solche Ermächtigung liegt – wie die Revision zu Recht geltend macht – aufgrund der vereinbarten Sicherungsabtretung auch nahe (vgl. BGH, Urteil vom 23.03.1999, VI ZR 101/98, ZIP 1999, 927 m. w. N.).

39 (2) Zugunsten der Revision ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts zu unterstellen, dass die Übereignung an die Streithelferin in Erfüllung des durch diese Auflassungsvormerkung gesicherten Anspruchs erfolgt ist (vgl. dazu unten Rdnr. 49).

40 (3) Anders als in dem der Entscheidung vom 17.06.1994 zugrunde liegenden Sachverhalt war die Streithelferin hier allerdings sowohl im Jahr 2014, als sie die Vormerkung selbst erwarb, als auch bei ihrem Eigentumserwerb im Hinblick auf die Vormerkung des Beklagten nicht gutgläubig im Sinne des § 892 BGB. Die genannten Grundsätze gelten aber auch dann, wenn der Zedent seinerseits bei Erwerb der Vormerkung nicht gutgläubig im Sinne von § 892 BGB war.

41 (a) Stellt sich die Übertragung des Eigentums als Erfüllung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dar, ist allein entscheidend, welche Wirkung die Auflassungsvormerkung zugunsten des Gläubigers des Anspruchs im Zeitpunkt der Erfüllung hatte. Denn die Auflassungsvormerkung besteht nur mit dem Inhalt, den sie für den Gläubiger hatte. Ist ein gutgläubiger Erwerb einer Rechtsposition erfolgt, ist diese im Rechtsverkehr genauso wirksam, als wäre der Erwerb vom Berechtigten erfolgt. Ebenso wie sich der Inhalt der gutgläubig erworbenen Auflassungsvormerkung nicht mehr ändert, wenn der Berechtigte nach dem gutgläubigen Erwerb bösgläubig oder ein Widerspruch eingetragen wird (vgl. Senat, Urteil vom 10.12.1971, V ZR 90/69, BGHZ 57, 341, 343 f.; Urteil vom 31.10.1980, V ZR 95/79, NJW 1981, 446, 447), kann die Übereignung an einen Dritten mit Zustimmung des Gläubigers in Erfüllung des gesicherten Anspruchs nichts an der Sicherungswirkung der Auflassungsvormerkung ändern. Ein gutgläubig erworbenes Recht ist gleichwertig mit einem vom Berechtigten erworbenen Recht (vgl. BGH, Urteil vom 16.01.2001, XI ZR 41/00, NJW-RR 2001, 1097, 1098 m. w. N.).

42 (b) Dieses Ergebnis wird auch durch die Überlegung gestützt, dass es demjenigen, der gutgläubig eine Vormerkung erworben hat, nicht zur Last fallen kann, wenn er entscheidet, dass die Erfüllung des vormerkungsgesicherten Anspruchs an einen Dritten erfolgen soll. Andernfalls hinge der Wert des von ihm erworbenen Rechts nämlich davon ab, ob die Erfüllung an ihn selbst, einen gutgläubigen

Dritten oder einen bösgläubigen Dritten erfolgt. Dies würde zu einer deutlichen Schmälerung der Rechtsstellung des Vormerkungsinhabers führen, was gerade in der hier vorliegenden Konstellation deutlich wird: Hätte die Erstverkäuferin direkt an die Klägerin übereignet, beständen an einem im Hinblick auf die Vormerkung des Beklagten „lastenfreien“ Eigentumserwerb der Klägerin keine Zweifel. Ein Zwischenerwerb der Streithelferin, die selbst nicht mehr Inhaberin des gesicherten Auflassungsanspruchs war, kann daran nichts ändern.

43 4. Das Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

44 a) Dass der gesicherte Anspruch unter einer aufschiebenden Bedingung stand, führt nicht dazu, dass er nicht vormerkungsfähig war. Nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB können auch bedingte Ansprüche durch Auflassungsvormerkung gesichert werden (vgl. hierzu im Einzelnen Senat, Beschluss vom 05.12.1996, V ZB 27/96, BGHZ 134, 182, 185 f.; Beschluss vom 13.06.2002, V ZB 30/01, BGHZ 151, 116, 121; Beschluss vom 04.07.2013, V ZB 197/12, WM 2013, 1894 Rdnr. 30, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 198, 14).

45 b) Von der Gutgläubigkeit der Klägerin bei einem Erwerb der Vormerkung am 15.05.2017 ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auszugehen. Bei einem abgeleiteten Erwerb der Vormerkung ist der Zeitpunkt der Abtretung der gesicherten Forderung entscheidend für die Gutgläubigkeit des Zessionars. Maßgeblich für die Gutgläubigkeit ist nach § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB nämlich der Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs (vgl. Senat, Urteil vom 16.05.1980, V ZR 27/79, NJW 1980, 2413, 2414; Urteil vom 13.10.2000, V ZR 349/99, NJW 2001, 359, 360); dies ist bei einem abgeleiteten Erwerb der Vormerkung die Abtretung der gesicherten Forderung (vgl. AK-BGB/v. Schweinitz, § 885 Rdnr. 28). Am 15.05.2017 war die Löschung der zugunsten des Beklagten bestehenden Auflassungsvormerkungen bereits erfolgt, die Widersprüche waren indes noch nicht eingetragen. Inwieweit die aufschiebende Bedingung des von der Auflassungsvormerkung gesicherten Anspruchs im Zeitpunkt der Abtretung des Anspruchs bereits eingetreten war, ist für den für den guten Glauben entscheidenden Zeitpunkt nicht erheblich; insoweit gilt Entsprechendes wie bei durch Vormerkung gesicherten künftigen Ansprüchen (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 31.10.1980, V ZR 95/79, NJW 1981, 446, 447). Dass der vormerkungsgesicherte Anspruch aufschiebend bedingt war, hinderte den Übergang der Vormerkung am 15.05.2017 nicht. Ein aufschiebend bedingter Anspruch entsteht nicht erst mit Eintritt der vorgesehenen Bedingung, sondern bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung (näher Senat, Beschluss vom 13.06.2002, V ZB 30/01, BGHZ 151, 116, 122; BGH, Urteil vom 21.09.1994, VIII ZR 257/93, BGHZ 127, 129, 134) und kann daher bereits vor Bedingungseintritt mit der Folge des Übergangs von Sicherungsrechten gemäß § 401 BGB abgetreten werden.

46 C. 1. Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil noch weitere Feststellungen zu treffend sind. Mangels Entscheidungs-

reife ist die Sache daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

47 2. Das Berufungsgericht wird insbesondere Folgendes zu klären haben:

48 a) Offen ist, inwieweit im Hinblick auf den vormerkungsgesicherten Anspruch im Kaufvertrag aus dem Jahr 2014 ein Abtretungsverbot nach § 399 Fall 2 BGB bestand und ggf. ob und wann die Erstverkäuferin die Abtretung genehmigte. Sollte die Abtretung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs ausgeschlossen gewesen sein, schiebe ein Erwerb der Vormerkung durch die Klägerin am 15.05.2017 aus (vgl. *Monath*, RNotZ 2004, 359, 370). Eine später erklärte „Genehmigung“ der Abtretung durch die Zedentin hätte, anders als die Revision meint, keine Rückwirkung, sondern führte lediglich dazu, dass die Abtretung im Zeitpunkt der Genehmigung wirksam würde (st. Rspr., vgl. im Einzelnen BGH, Urteil vom 01.02.1978, VIII ZR 232/75, BGHZ 70, 299, 303; Urteil vom 29.06.1989, VII ZR 211/88, BGHZ 108, 172, 176; vgl. auch Urteil vom 11.03.1997, X ZR 146/94, NJW 1997, 3434, 3435). Insoweit wäre dann der Zeitpunkt der „Genehmigung“ für den guten Glauben der Klägerin entscheidend.

49 b) Zu klären ist auch, auf welcher Grundlage der Zwischenerwerb der Streithelferin beruhte. Das Berufungsgericht hat hierzu – von seinem rechtlichen Ansatzpunkt folgerichtig – keine Feststellungen getroffen. Die Wirkung der Auflassungsvormerkung könnte der Streithelferin nur zugutegekommen sein, wenn der Zwischenerwerb in Erfüllung des abgetretenen Anspruchs erfolgte. Inwieweit dies der Fall war, ist, insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass nach dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht die Erstverkäuferin und die Streithelferin nach der Abtretung eine Änderungsvereinbarung zum Kaufvertrag aus dem Jahr 2014 geschlossen haben sollen, unklar.

50 c) Offen ist darüber hinaus, ob sich die Klägerin im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs durch die Streithelferin bereits auf die Wirkungen der Auflassungsvormerkung berufen konnte. Die Wirkung einer Auflassungsvormerkung, die einen aufschiebend bedingten Anspruch sichert, kann erst bei Eintritt der Bedingung geltend gemacht werden (vgl. BeckOGK-BGB/*Assmann*, § 883 Rdnr. 182; vgl. entsprechend zum künftigen Anspruch Senat, Urteil vom 31.10.1980, V ZR 95/79, NJW 1981, 446, 447; Urteil vom 03.12.1999, V ZR 329/98, NJW 2000, 1033). Ob die Bedingungen des Übereignungsanspruchs aus dem Kaufvertrag zwischen der Erstverkäuferin und der Streithelferin bereits eingetreten waren, ergibt sich aus den Feststellungen nicht.

ANMERKUNG:

Von Prof. Dr. Jan Wilhelm, Thyrnau

Mit dem Urteil legt sich der Senat auf den Rechtsstandpunkt fest, den derselbe Senat in einem Beschluss aus dem Jahre 1957, dort in Gegenüberstellung zum Fall der Entscheidung und nicht weiter begründet, vorausgesetzt

hat:¹ Werde von einem eingetragenen Nichteigentümer die Eintragung einer Vormerkung für einen bestehenden Auflassungsanspruch bewilligt, sei der Gläubiger des Anspruchs aber bösgläubig, so könne die Vormerkung in der Person eines gutgläubigen Rechtsnachfolgers des Bösgläubigen wirksam werden. Die neue Entscheidung wendet den Schutz des guten Glaubens des Zessionars bei bestehendem Anspruch über den Beispielsfall der früheren Entscheidung hinaus auf seinen Fall an, dass die Vormerkung nach dem Grundbuchinhalt gegenüber einer früher eingetragenen, aber unrichtig gelöschten Vormerkung anscheinend vorrangig war.² Der Senat bemüht sich abweichend von der bloßen Behauptung des Gutgläubenschutzes in der früheren Entscheidung um eine Begründung. Das Fazit ist: Der Inhalt des Grundbuchs gelte für die Vormerkung „analog § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB“ als richtig.

Die Prüfung der Analogie kann nicht befriedigen. Zu prüfen sind die Kriterien in § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB für den Schutz des guten Glaubens bei einem unrichtigen Inhalt des Grundbuchs: Rechte an Grundstücken oder Grundstücksrechten, rechtsgeschäftlicher Erwerb, keine Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit. Eine positive Begründung widmet der Senat nur dem ersten Merkmal: Er stellt die Vormerkung als einem dinglichen Recht angenähert einem dinglichen Recht gleich. Im Hinblick auf das Merkmal des rechtsgeschäftlichen Erwerbs wehrt er dagegen nur die Gegenargumente der abweichenden Meinung ab.

Gehen wir stattdessen den Wortlaut, das System und die Teleologie des § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB genauer durch: Mit dem rechtsgeschäftlichen Erwerb von Grundstücksrechten bezieht sich § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB, was die rechtsgeschäftliche Übertragung von Rechten betrifft, auf die Grundvorschrift des § 873 Abs. 1 BGB. Nach dieser sind für den Erwerb – vorbehaltlich abweichender Spezialvorschriften – die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über die Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich. Es folgt unmittelbar: Dass im Vormerkungsfall der Zedent vorgemerkt ist und der Zessionar an dessen Eintragung

- 1 Beschluss vom 21.05.1957, V ZB 6/57, BGHZ 25, 16, 23 ff. Zu entscheiden hatte der BGH über die Möglichkeit eines Amtswiderspruchs nach § 71 Abs. 2, § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO. Die Vorschriften setzen Eintragungen unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens voraus. Im Fall ging es um den Angriff auf eine Vormerkung, weil der vorgemerkte Anspruch nicht bestehe. Der BGH lehnt den Widerspruch mangels gutgläubigen Erwerbs der Vormerkung bei nicht bestehendem Anspruch ab. Gegenüber stellt er Fälle des gutgläubigen Erwerbs, insbesondere den des Zessionserwerbs bei bestehendem Anspruch (S. 23 f.).
- 2 In dem Fall des Senats hatte die Ansicht die Pointe, dass der Zessionar des vorgemerkten Auflassungsanspruchs das Eigentum wirksam vom Zedenten als Berechtigtem erworben hatte, obwohl der Zedent bei der Zwischenübereignung an ihn bösgläubig gewesen war. Der Gutgläubige Erwerb der Vormerkung durch den Zessionar komme dem Zedenten zugute und zwar deshalb, weil die Übereignung an diesen kraft Ermächtigung des Zessionars nach § 362 Abs. 2, § 185 BGB, und also in Erfüllung des dem Zessionar abgetretenen, kraft guten Glaubens wirksam vorgemerkten Anspruchs erfolgt sei.



glaubt, genügt nicht. Nach § 873 Abs. 1 BGB muss die Rechtsänderung rechtsgeschäftlich begründet sein und zu ihrer Wirksamkeit in das Grundbuch eingetragen werden; die Abtretung der vorgemerkten Forderung erfolgt aber nach § 398 BGB durch den nicht in das Grundbuch einzutragenden Vertrag und dem folgt die Vormerkung analog § 401 BGB, also erstens auch sie ohne Eintragung des Zessionars und zweitens folgt sie kraft Gesetzes.³

Das sind die dogmatischen Argumente der Gegenmeinung, die der V. Senat zurückweist. Hinzu kommt aber noch der teleologische Sinnzusammenhang der Merkmale, den der Senat erst gar nicht untersucht. Der Zusammenhang ist der folgende: Begründet das Grundbuch den objektiven Rechtsschein für eine in Wirklichkeit nicht oder nicht so bestehende Rechtsstellung und verfügt der Rechtsscheinträger über diese Rechtsscheinposition mit deren Umschreibung auf den Prätendenten, so kann der Prätendent, sofern er keine Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs hat und vorbehaltlich eines Widerspruchs, auf die nunmehr ihn statt des Verfügenden ausweisende Position vertrauen. Entgegen der Auffassung des Senats und der mit ihr übereinstimmenden Literatur⁴ kommt es bei Übertragungsverfügungen i. S. d. § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht allein auf den Rechtsschein der Eintragung des Verfügenden, sondern auch auf die Publizitätsform der Verfügung an.

Zur Zurückweisung der Argumente der Gegenmeinung beruft sich der Senat zunächst gegen das Fehlen des Erfordernisses des rechtsgeschäftlichen Erwerbs der Vormerkung auf den funktionalen Zusammenhang zwischen der Zession der vorgemerkten Forderung und dem Übergang der Vormerkung.⁵ Sodann wendet er gegen das Argument des Erwerbs der Vormerkung außerhalb des Grundbuchs ein, dass der Schutz des Vertrauens eines Zessionars nicht davon abhängen könne, dass sich „die von der Forderung abhängigen Elemente der Vormerkung nicht aus dem Grundbuch ergeben.“⁶ Das ist zirkulär: Die Zession der Forderung wird einerseits berufen, um funktional den rechtsgeschäftlichen Charakter der Verfügung zu begründen, sie soll andererseits für die Begründung des Erwerbs aus dem Grundbuch nicht relevant sein.

§ 892 Abs. 1 Satz 1 BGB schützt aber den Grundbuchverkehr. Den öffentlichen Glauben des Grundbuchs ohne Beteiligung des Grundbuchs am Erwerb gibt es nicht. Dies wird durch ein systematisches Argument bestätigt. Es gibt ja in unserem Gesetz den Fall, dass eine dingliche Rechtsposition zur Sicherung einer Forderung bestellt wird und ebenso wie die Vormerkung von der gesicherten Forderung abhängt: Die Hypothek, parallel zur Vormerkung, ist die Buchhypothek. § 401 BGB erwähnt sogar das Übergehen der Hypothek mit der Abtretung der gesicherten Forderung ausdrücklich. Das Gesetz wollte aber

die hypothekarisch gesicherte Forderung verkehrsfähig machen. Dafür eröffnet es den gutgläubigen Erwerb der Forderung zusammen mit der Hypothek. Die Merkmale des § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB werden exakt berücksichtigt, nämlich durch die Regelung der Forderungsabtretung als Grundbuchvorgang (§§ 1154 ff. BGB).⁷ Den Schutz kraft öffentlichen Glaubens bei der Vormerkung zu gewähren, ohne dass für sie entsprechende Vorkehrungen getroffen sind, kommt also nur schwer in Betracht.

Nun ist nicht zu verkennen, dass dieses Fazit ernüchtert, wenn man wie der Senat von dringenden Bedürfnissen des Rechtsverkehrs, die mit Vormerkungen verbunden seien, ausgeht. Bemerkenswert ist, dass etwa *Medicus* noch bis 2004⁸ Zweifel am Bedürfnis für die Förderung der Verkehrsfähigkeit von vorgemerkten Auflassungsansprüchen geäußert hat. Sieht man demgegenüber auf die Fälle, die der BGH neuerdings zu entscheiden hatte, nämlich den Fall unserer Entscheidung und den des Urteils aus dem Jahr 1994,⁹ so befehlen die eines anderen: Grundstücke und vorgemerkte Auflassungsansprüche sind heutzutage häufig bloße Durchlaufposten. Das Bedürfnis nach der Förderung der Verkehrsfähigkeit ist also unverkennbar.

Kein gangbarer Weg, diesem Bedürfnis nachzukommen, ist aber die Anwendung des § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne Rücksicht auf dessen Merkmale und ihren Sinn. Rechtskonform sind nur zwei Wege für den vom V. Senat angestrebten Schutz: Zunächst kann die Lösung in einer Analogie zum Recht der Buchhypothek liegen. Der Rechtsgegenstand in Gestalt eines vorgemerkten Anspruchs entspricht ja dem Rechtsgegenstand der Hypothek: So wie die durch Hypothek gesicherte Forderung in unserem Gesetz als hypothekarische Forderung geregelt ist, stellt sich der durch Vormerkung gesicherte Anspruch als Anspruch besonderer Art dar, nämlich als dinglich gesicherter Anspruch. Sollte die Analogie zum Hypothekenrecht zu weitgreifend erscheinen, so ist doch jedenfalls zumindest zu beachten, dass es für den Erwerb eines Grundstücksrechts vom Nichtberechtigten nach § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB auf die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch ankommt. Es darf nicht der Nichtberechtigte als Inhaber der Rechtsscheinposition im Grundbuch stehen bleiben, sodass der Rechtsschein weiter für ihn spricht. Zumindest ist also zu beachten, dass der Zessionar eines vorgemerkten Anspruchs sich nicht mit der mündlichen Zession begnügen darf, sondern dafür sorgen muss, dass die Vormerkung auf ihn umgeschrieben wird. Erst dann kann er auch bei Unrichtigkeit des Grundbuchs nach § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB vom Erwerb der Forderung mit der Vormerkung ausgehen, sofern er nicht vor seiner Eintragung Kenntnis von der Unrichtigkeit erlangt hat oder die Eintragung eines Widerspruchs dazwischen tritt.

3 Rdnr. 20 der besprochenen Entscheidung.

4 Rdnr. 25 der besprochenen Entscheidung.

5 Rdnr. 32 der besprochenen Entscheidung.

6 Rdnr. 33 der besprochenen Entscheidung.

7 Siehe *Wilhelm*, Sachenrecht, 7. Aufl. 2021, Rdnr. 1492, 1608 ff., 1615 ff.

8 Bürgerliches Recht, 20. Aufl. 2004, Rdnr. 557.

9 NJW 1994, 2947.

5. Keine analoge Anwendung des § 40 GBO bei isolierter Bestellung von Grundpfandrechten

OLG Hamm, Beschluss vom 25.11.2022, 15 W 114/22

GBO §§ 39, 40

LEITSATZ:

§ 40 GBO ist auf Fälle einer isolierten Belastung des Grundbesitzes mit einem (Finanzierungs-)Grundpfandrecht nicht – analog – anwendbar, sodass es bei dem Erfordernis einer Voreintragung nach § 39 GBO verbleibt (Anschluss an OLG Oldenburg, Beschluss vom 23.03.2021, 12 W 38/21). Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Bewilligung durch die Erben selbst oder durch einen von ihnen Bevollmächtigten erfolgt.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Als Berechtigte des im Wohnungserbbaugrundbuch von A Blatt (...)7 verzeichneten Wohnungserbbaurechts sind zu je ½ Anteil die Beteiligten zu 1 und ihr verstorbener Ehemann B, der Vater der Beteiligten zu 2 und zu 3, eingetragen.

2 Ausweislich des vom Nachlassgericht erteilten gemeinschaftlichen Erbscheins (Az.: 13 VI 528/21, AG Witten) ist der Mitberechtigte B von der Beteiligten zu 1 zu ½-Anteil und den Beteiligten zu 2 und zu 3 zu je ¼-Anteil beerbt worden.

3 In der notariellen Urkunde vom 12.01.2021 (UR-Nr. [...]8/2021 des Notars C in D) verkaufte die Beteiligte zu 1, zum einen handelnd für sich selbst und zum anderen handelnd als vollmachtlose Vertreterin für die Beteiligten zu 2 und zu 3, das Wohnungserbbaurecht zu einem Kaufpreis von 105.000 € an die Beteiligte zu 4 und erklärte die entsprechende Auflassung. Unter § 4 des Kaufvertrages wurde der Beteiligten zu 4 zudem das Recht eingeräumt, das Grundstück bereits vor Eigentumsumschreibung mit Grundpfandrechten zu belasten, die der Sicherung von Darlehensforderungen für die Finanzierung des Kaufpreises und der Nebenkosten dienen. Sie wurde ausdrücklich bevollmächtigt, die Verkäufer bei allen zur Bestellung erforderlichen Rechtshandlungen zu vertreten und die notwendigen Anträge zu den Grundakten zu stellen.

4 Die in der vorgenannten Urkunde enthaltenen Erklärungen genehmigten die Beteiligten zu 2 und zu 3 am 14.10.2021 (UR-Nr. [...]2/2021 des Notars C in D) und am 15.10.2021 (UR-Nr. [...]6/2021 des Notars C in D).

5 Mit gesonderten Urkunden vom 12.10.2021 (UR-Nr. [...]9/2021 des Notars C in D) und vom 16.12.2021 (UR-Nr. [...]3/2021 des Notars C in D) bewilligte die Beteiligte zu 4 sodann im eigenen Namen und aufgrund der kaufvertraglichen Belastungsvollmacht im Namen der Beteiligten zu 1 bis 3 die Eintragung einer Buchgrundschuld über 101.000 € nebst 15 % Jahreszinsen zugunsten der Beteiligten zu 5 und beantragte im Namen der Eigentümer die Eintragung.

6 Mit Schreiben vom 24.01.2022 beantragte der Verfahrensbevollmächtigte als beurkundender Notar, dem Antrag aus der Urkunde vom 12.10.2021 zu entsprechen und die für die Beteiligte zu 5 bestellte Grundschuld sowie die Zwangs-

vollstreckungsunterwerfung an bereiter Rangstelle in das Grundbuch einzutragen. Er wies darauf hin, dass Anträge aus dem Kaufvertrag zurzeit nicht gestellt werden.

7 Das Grundbuchamt forderte den Verfahrensbevollmächtigten am 01.02.2022 auf, einen Berichtigungsantrag zu stellen und wies ihn am 02.02.2022 telefonisch darauf hin, dass vor der Eintragung der Grundschuld zunächst die Erben des eingetragenen Eigentümers im Grundbuch eingetragen werden müssten. Mit Schreiben vom 03.02.2022 entgegnete der DNotI (Gutachten vom 19.03.2021, Abruf-Nr.: 18[...]), dass die Voreintragung der Erbengemeinschaft seiner Auffassung nach nicht erforderlich sei. Das Grundbuchamt teilte dem Verfahrensbevollmächtigten telefonisch unter Bezugnahme auf die Entscheidung des KG vom 20.10.2020 (Az.: 1 W 1357/20) mit, dass das in Bezug genommene Gutachten auf diesen Fall nicht passe. Der Verfahrensbevollmächtigte bat um eine rechtsmittelfähige Entscheidung.

8 Mit Beschluss vom 11.04.2022 hat das Grundbuchamt den am 24.01.2022 gestellten Antrag kostenpflichtig zurückgewiesen, weil es an der erforderlichen Voreintragung der Erbengemeinschaft gemäß § 39 GBO fehle. Zur Begründung hat es erneut auf die Entscheidung des KG vom 20.10.2020 Bezug genommen.

9 Gegen diesen Beschluss hat der Verfahrensbevollmächtigte mit Schreiben vom 22.04.2022 namens aller Beteiligten Beschwerde eingelegt und die Ansicht vertreten, dass die vom Grundbuchamt zitierte Entscheidung des KG nicht der herrschenden Meinung entspreche, sondern es vielmehr eine Reihe abweichender Entscheidungen gebe.

10 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 27.04.2022 nicht abgeholfen und diese dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

11 II. Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

12 1. Die Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss des Grundbuchamtes ist nach § 71 Abs. 1 GBO statthaft und durch den Verfahrensbevollmächtigten in zulässiger Weise sowie formgerecht erhoben worden (§ 73 GBO i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO). Der Verfahrensbevollmächtigte hat die Beschwerde ausdrücklich im Namen aller Beteiligten eingelegt.

13 2. Die Beschwerde ist unbegründet, weil das Grundbuchamt mit der angefochtenen Entscheidung zu Recht die beantragte Eintragung einer Grundschuld mangels Voreintragung der aus den Beteiligten zu 1, zu 2 und zu 3 bestehenden Erbengemeinschaft zurückgewiesen hat.

14 Von dem in § 39 GBO statuierten Grundsatz der Voreintragung des von der Rechtsänderung Betroffenen macht § 40 Abs. 1 GBO für den Fall eine Ausnahme, dass die von der Rechtsänderung betroffene Person Erbe des eingetragenen Berechtigten ist und die Übertragung des Rechts eingetragen werden soll oder der Eintragungsantrag durch die Bewilligung des Erblassers oder eines Nachlasspflegers begründet wird. Das Gleiche gilt gemäß § 40 Abs. 2 GBO für eine Eintragung aufgrund der Bewilli-

gung eines Testamentsvollstreckers, sofern die Bewilligung gegen den Erben wirksam ist.

15 a) Einer der gesetzlich ausdrücklich geregelten Fälle des § 40 GBO liegt nicht vor, weil die begehrte Grundbucheintragung nicht auf eine Übertragung des Wohnungserbbaurechts oder dessen Aufhebung gerichtet ist. Beantragt ist vielmehr die Belastung des Wohnungserbbaurechts mit einem Grundpfandrecht, die vom Wortlaut des § 40 Abs. 1, Fall 1 GBO nicht erfasst wird.

16 Die Voreintragung ist nach § 40 Abs. 1 Fall 1 GBO auch nicht deswegen entbehrlich, weil mit der Belastung zeitgleich die Übertragung des Rechtes verbunden ist (vgl. *Demharter*, GBO, 32. Aufl. 2021, § 40 Rdnr. 18), denn die gleichzeitige Eintragung der Beteiligten zu 4 als Berechtigte des Wohnungserbbaurechts wird nicht beantragt. Der Verfahrensbevollmächtigte hat vielmehr ausdrücklich klargestellt, dass Anträge aus dem Kaufvertrag nicht gestellt werden.

17 b) § 40 Abs. 1 Alt. 1 GBO ist auch nicht analog anwendbar (*Bauer/Schaub/Bauer*, GBO, 4. Aufl. 2018, § 40 Rdnr. 19; *Demharter*, GBO, § 40 Rdnr. 18; *BeckOK-GBO/Zeiser*, Stand: 30.09.2022, § 40 Rdnr. 20; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 142c; a. A.: *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl. 2015, § 40 Rdnr. 28).

18 Zwar handelt es sich bei der einzutragenden Grundschuld um eine Finanzierungsgrundschuld. § 40 GBO ist als Ausnahme vom in § 39 GBO statuierten Grundsatz der Voreintragung jedoch eng auszulegen (OLG München, Beschluss vom 27.04.2006, 32 Wx 67/06, beck-online; OLG Bremen, Beschluss vom 29.11.2021, 3 W 22/21, juris; OLG Oldenburg, Beschluss vom 23.03.2021, 12 W 38/2, juris; *BeckOK-GBO/Zeiser*, § 40 Rdnr. 20). Unter dieser Prämisse fehlt es an einer für die analoge Anwendung erforderlichen vergleichbaren Interessenlage. Eine solche liegt nur vor, wenn der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand vergleichbar ist, den der Gesetzgeber geregelt hat, dass angenommen werden kann, dieser wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH, Urteil vom 16.07.2003, VIII ZR 274/02, beck-online).

19 Das kann im Fall der isolierten Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld nicht angenommen werden. Der Verzicht auf eine Voreintragung im Fall des § 40 Abs. 1 Fall 1 GBO – dessen analoge Anwendung beim Handeln durch die Erben selbst bzw. eines durch die Erben Bevollmächtigten allein in Betracht kommt – rechtfertigt sich daraus, dass die Voreintragung nach § 39 GBO bei bevorstehender Aufhebung bzw. Übertragung des Rechts bloße Förmerei wäre. Denn mit der Eintragung der Aufhebung bzw. Übertragung des Rechts verlöre der Voreintragene sofort wieder seine Rechtsposition, sodass auch für den interessierten Rechtsverkehr kein Bedarf besteht, diesen Zwischenerwerb im Grundbuch zu verlautbaren. Hiervon unterscheidet sich die Eintragung einer Belastung grundlegend, da der Bewilligende seine Rechtsposition mit dieser Eintragung nicht verliert,

sondern diese lediglich inhaltlich verändert wird (OLG Oldenburg, Beschluss vom 23.03.2021, 12 W 38/21, juris). Nichts anderes gilt bei einer Finanzierungsgrundschuld. Denn auch sie stellt letztlich eine dauerhafte Belastung eines Grundstücks mit einem Fremdrecht dar (OLG Bremen, Beschluss vom 29.11.2021, 3 W 22/21, juris). Ihr sachlicher Zusammenhang mit der Veräußerung und Übertragung des Wohnungserbbaurechts ist rein wirtschaftlicher Natur.

20 c) Auch der Umstand, dass nach allgemeiner Meinung die Voreintragung der Erben analog § 40 Abs. 1 Fall 1 Alt. 1 GBO für entbehrlich gehalten wird, wenn statt der Übertragung des Rechts zunächst nur eine Eigentumsvormerkung – und damit ebenfalls eine Belastung – eingetragen werden soll, lässt keinen Rückschluss auf eine analoge Anwendung dieser Norm auf die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld zu (OLG Oldenburg, Beschluss vom 23.03.2021, 12 W 38/21, juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, juris; KG, Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20, juris; Beschluss vom 02.08.2011, 1 W 243/11, juris; OLG Bremen, Beschluss vom 29.11.2021, 3 W 22/21, juris).

21 Denn die Analogie rechtfertigt sich im Fall der Eigentumsvormerkung daraus, dass sich ihre Bedeutung in der Sicherung des Übertragungsanspruchs erschöpft und sie in ihrem rechtlichen Bestand von dem Bestand des gesicherten Übertragungsanspruchs abhängig ist (BGH, Beschluss vom 05.07.2018, V ZB 10/18 m. w. N., beck-online; KG, Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20, juris; Beschluss vom 02.08.2011, 1 W 243/11, juris). Aus diesem Grund geht die Eigentumsvormerkung sowohl nach Durchführung der Eigentumsübertragung als auch bei Scheitern des darauf gerichteten Vertrages unter und ist bei entsprechendem Nachweis im Grundbuch im Wege der Berichtigung zu löschen (KG, Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20, juris).

22 Bei einem Antrag auf Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld als abstraktes Sicherungsrecht besteht keine entsprechende Rechts- und Interessenlage. Zwar steht bei ihr ebenso wenig wie bei der Eintragung einer Eigentumsvormerkung fest, dass die Eintragung des Käufers im Grundbuch tatsächlich auch erfolgt oder gar „innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit“ nachfolgen wird (a. A.: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.06.2017, 20 W 179/17, juris; OLG Celle, Beschluss vom 16.08.2019, 18 W 33/19, juris; OLG Köln, Beschluss vom 16.03.2019, 2 Wx 123/18, juris; *Meikel/Böttcher*, GBO, § 40 Rdnr. 28). Anders als die Eigentumsvormerkung, die wegen ihrer Abhängigkeit vom Bestehen des zu sichernden Anspruchs bei Scheitern des Übertragungsanspruchs als unrichtig zu löschen wäre, bliebe die Finanzierungsgrundschuld jedoch bestehen, ohne dass dem Grundbuch ersichtlich wäre, auf wen die dauerhafte Belastung des Grundstücks zurückzuführen ist (KG, Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20, juris; OLG Bremen, Beschluss vom 29.11.2021, 3 W 22/21, juris; OLG Oldenburg, Beschluss vom 23.03.2021, 12 W 38/21, juris; KG, Beschluss vom 02.08.2011, 1 W 243/11, juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, juris).

23 d) Ebenso wenig lassen sich der in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansicht, dass die Voreintragung der Erben dann nicht erforderlich ist, wenn ein transmortal Be-

vollmächtiger über ein Grundstück verfügt und dieses mit einer Finanzierungsgrundschuld belastet (so: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.06.2017, 20 W 179/17, juris; KG, Beschluss vom 22.10.2020, 1 W 1357/20, juris; OLG Celle, Beschluss vom 16.08.2019, 18 W 33/19, juris; OLG Stuttgart, Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, juris; OLG Köln, Beschluss vom 16.03.2018, 2 WX 123/18, juris), Argumente für eine analoge Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO bei einer Belastung des Grundstücks mit einer Finanzierungsgrundschuld durch die Erben oder durch einen von diesen Bevollmächtigten entnehmen.

24 Denn die Entbehrlichkeit der Voreintragung im Fall des Handelns eines transmortal Bevollmächtigten knüpft nicht an den Inhalt der einzutragenden Verfügung, sondern an die Person des Verfügenden an. Sie beruht darauf, dass das Handeln des transmortal Bevollmächtigten rechtskonstruktiv mit dem Handeln eines Nachlasspflegers vergleichbar ist, für den ausdrücklich die Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz nach § 40 Abs. 1 Fall 2 Alt. 2 GBO gilt (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.06.2017, 20 W 179/17, juris). Denn in beiden Fällen bindet der Erklärende die Erben durch seine Bewilligung und zwar unabhängig davon, wer tatsächlich Erbe ist bzw. in einem Erbschein als solcher bezeichnet ist oder durch ein Urteil als Erbe festgestellt wird (vgl. KG, Urteil vom 02.03.2021, 1 W 1503/20, juris). Dementsprechend muss auch beim Handeln eines transmortal Bevollmächtigten kein Nachweis der Erbfolge in der Form des § 35 Abs. 1 GBO geführt werden (Senat, Beschluss vom 10.01.2013, 15 W 79/12, beck-online; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 81.1 m. w. N.). Die Vergleichbarkeit des Handelns eines transmortal Bevollmächtigten mit dem eines Nachlasspflegers greift aber beim Handeln durch die Erben selbst oder eines durch diese Bevollmächtigten nicht. Vielmehr muss die Erbfolge geklärt und dem Grundbuchamt in der Form des § 35 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden. Die Entbehrlichkeit der Voreintragung in Analogie zu § 40 Abs. 1 Fall 2 Alt. 2 GBO scheidet aus.

25 Insoweit greift auch der Hinweis des Verfahrensbevollmächtigten auf das Gutachten des DNotI vom 19.03.2021 (Abruf-Nr.: 18[...]) nicht, da das Gutachten das Handeln eines Nachlassinsolvenzverwalters und nicht der Erben selbst zum Gegenstand hat.

26 e) Soweit als Hilfserwägung für eine Entbehrlichkeit der Voreintragung der Erben darüber hinaus das Argument herangezogen wird, dass es Sinn und Zweck des § 40 GBO sei, den Erben die Kosten einer unnötigen Eintragung zu ersparen, wenn diese durch Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheiden würden (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.06.2017, 20 W 179/17, juris), vermag allein das Kosteninteresse eine analoge Anwendung des § 40 GBO nicht zu rechtfertigen.

27 Zwar ist das Bedürfnis, eine ggf. kostenpflichtige Grundbuchberichtigung in Fällen wie diesen zu vermeiden, durchaus nachvollziehbar. Dieses allein kann jedoch nicht über die Aufgabe des Grundbuchamtes gestellt werden, die eintretenden dinglichen Rechtsänderungen unter Geltung des Voreintragungsgrundsatzes möglichst lückenlos und Schritt für Schritt für den Rechtsverkehr zu dokumentieren.

Das ist vorliegend aber gerade deswegen erforderlich, weil bei der Eintragung einer Finanzierungsbelastung nicht feststeht, dass die Eintragung des Käufers im Grundbuch innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit nachfolgen wird (OLG Bremen, Beschluss vom 29.11.2021, 3 W 22/21, juris).

28 3. Der zurückweisende Beschluss ist auch nicht deswegen aufzuheben, weil das Grundbuchamt den Antrag ohne vorherigen Erlass einer Zwischenverfügung zurückgewiesen hat.

29 Zwar führt das vorgenannte Hindernis der fehlenden Voreintragung nicht dazu, dass der Antrag der Beteiligten zu 1 bis 3 zurückzuweisen wäre, weil das Grundbuchamt auf die fehlende Voreintragung des Berechtigten durch Zwischenverfügung hinwirken kann (*Demharter*, GBO, § 39 Rdnr. 18; *Meikel/Böttcher*, GBO, § 39 Rdnr. 25; KG, Beschluss vom 02.08.2011, 1 W 243/11, juris).

30 Vorliegend hat der Verfahrensbevollmächtigte im Laufe des Verfahrens durch seine Ausführungen jedoch ernsthaft und endgültig zu erkennen gegeben, dass er nicht gewillt war, dass vom Grundbuchamt gesehene Eintragungshindernis zu beseitigen, indem er die vom Grundbuchamt geforderte Voreintragung der Beteiligten zu 1 bis 3 beantragt. Er hat vielmehr klar zum Ausdruck gebracht, dass er eine solche Voreintragung für entbehrlich hält. Aus diesem Grund konnte und musste das Grundbuchamt auf Basis seiner eigenen Rechtsauffassung, die es im Rahmen von telefonischen Rücksprachen mit dem Verfahrensbevollmächtigten deutlich gemacht hat, den Antrag unmittelbar zurückweisen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.02.2019, 3 WX 84/18, juris; Beschluss vom 30.10.2020, 3 WX 182/20, juris).

(...)

Hinweis der Schriftleitung: Zum Voreintragungsgrundsatz nehmen u. a. Dr. **Peter Becker**, Notar in Schwäbisch Gmünd, in *MittBayNot* 2019, 315 und 578; *MittBayNot* 2021, 245 und *MittBayNot* 2022, 339 sowie Dr. **Steffen Ott**, Notar in Weinheim, in *MittBayNot* 2020, 51 jeweils eingehend Stellung.

6. Endvollzug eines Bauträgervertrags trotz offenstehender 8,5 % des Gesamtkaufpreises

KG, Urteil vom 18.10.2022, 7 U 41/21

BGB §§ 133, 157, 433 Abs. 1, § 640 Abs. 1, § 633 Abs. 1

LEITSATZ:

Eine Regelung in einem Bauträgervertrag, nach der der Käufer die Zustimmung des Verkäufers zum Vollzug der Auflassung vor vollständiger Fertigstellung mit dem erreichten Bautenstand verlangen kann, wenn lediglich ein geringer Kaufpreis zur Zahlung offensteht und der Verkäufer mit der Beseitigung von Mängeln in Verzug geraten ist, ist dahin gehend auszulegen, dass jedenfalls ein offenstehender Betrag in Höhe von 8,5 % des Gesamt-

kaufpreises noch als „geringer Kaufpreis“ im Sinne der Vorschrift anzusehen ist.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Klägerin nimmt die Beklagte auf Anweisung der Notarin auf Umschreibung des Eigentums an einer von ihr von der Beklagten gekauften Eigentumswohnung in Anspruch. Die Beklagte verfolgt mit ihrer Widerklage von der Klägerin die Zahlung des restlichen Kaufpreises. Ferner streiten die Parteien darum, ob ein zunächst gestellter Klageantrag erledigt ist.

(...)

3 Das LG hat nach Abschluss eines Teilvergleichs der Klage mit dem hier angefochtenen Schlussurteil stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die Klägerin habe einen Anspruch auf Anweisung zur Umschreibung, wenn entsprechend § 10 Abs. 3 des notariellen Kaufvertrages zwischen den Parteien das Unvermögen des Verkäufers zur Fertigstellung der Baumaßnahme feststehe oder der Verkäufer mit der Beseitigung von Mängeln im Verzug sei. Diese Voraussetzungen seien hier erfüllt.

4 Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit der sie Folgendes rügt:

5 Es fehle an einer nachvollziehbaren Darlegung des Vorliegens von Mängeln am Sondereigentum oder am Gemeinschaftseigentum. Auch zu konkreten Fristsetzungen hinsichtlich der behaupteten Mängel und zu einer wirksamen Inverzugsetzung habe die Klägerin nicht vorgetragen. Ebenso wenig sei hier davon auszugehen, dass nur ein geringer Restkaufpreis offenstehe, weil hier noch 8 % des Kaufpreises nicht bezahlt worden seien; geringfügig sei nur ein Betrag von 2 % des Kaufpreises.

6 Sie bestreitet, dass wesentliche Mängel am Sondereigentum der Klägerin bestünden. Auch treffe es nicht zu, dass die Beklagte jegliche Mängelbeseitigung verweigert habe; (...). Vielmehr sei sie in der Lage, Mängel zu beseitigen, wenn diese nachvollziehbar angezeigt würden.

7 Soweit die WEG bereits Mängel beseitigt habe, wofür die Erhebung der Sonderumlage spreche, könne die Klägerin auch kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen.

8 Im Übrigen sei § 10 Abs. 3 des Kaufvertrages nicht dergestalt anzuwenden, dass die Klägerin die Übertragung des Eigentums ohne Zahlung eines dem Bautenstand – zu dem jeglicher Vortrag fehle – entsprechenden Kaufpreises verlangen könne.

9 Der für erledigt erklärte Antrag der Klägerin zu Ziffer 2. a. sei wegen fehlenden Rechtsschutzbedürfnisses von vornherein unzulässig gewesen. Denn es habe zu keinem Zeitpunkt Streit darüber bestanden, dass die Beklagte nicht verpflichtet gewesen sei, das Bauvorhaben vertragsgemäß fertig zu stellen. Auch habe sich der Anspruch nicht dadurch erledigt, dass die Prozessführungsbefugnis auf die Wohnungseigentümergeinschaft übertragen worden sei, weil eine Übertragung von Erfüllungsansprüchen auf die Gemeinschaft nicht wirksam erfolgen könne.

10 Der Widerklageantrag sei begründet, weil das Vertragsobjekt vollständig und ohne wesentliche Mängel fertiggestellt worden sei. Soweit vermeintlich mangelhafte Wohnungseingangstüren in Streit stünden, mache die Klägerin wegen ihrer Wohnungseingangstür keine Rechte geltend. Indes sei ein Beweisverfahren wegen des Blockheizkraftwerkes anhängig, da die Heizleistung aber nicht beeinträchtigt sei, sei ein wesentlicher Mangel am Gemeinschaftseigentum ausgeschlossen.

(...)

14 Ausweislich des Gesprächsprotokolls vom 08.07.2019 sei die Beklagte nicht willens und auch nicht in der Lage, sich an der Mängelbeseitigung zu beteiligen. Im Übrigen verfüge die Beklagte auch nicht mehr über ausreichende finanzielle Mittel. Im Ergebnis sei der Bau entsprechend nach Bautenstand abzurechnen. Mangels Abnahmereife entspreche dieser dem Teilvergleich und der Beklagten stünden keine weiteren Zahlungen bis zur Abnahmereife zu.

15 Im Hinblick auf den seit 01.12.2020 geltenden § 9a Abs. 2 WEG sei die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer für die einheitliche Rechtsverfolgung im Hinblick auf das gemeinschaftliche Eigentum zuständig. Damit habe der Klägerin der zunächst geltend gemachte Anspruch nicht mehr zugestanden.

16 Die Widerklage sei mangels Abnahmereife unbegründet.

17 II. A. Die Klägerin hat einen Anspruch gegen die Beklagten aus dem zwischen den Parteien am 01.08.2014 geschlossenen Bauträgervertrag darauf, dass diese die Notarin (...) anweist, die in der notariellen Urkunde (...) erklärte Auflassung zu vollziehen und die Eigentumsumschreibung vorzunehmen.

18 1. Die Parteien schlossen am 01.08.2014 einen Bauträgervertrag über die Wohnungseinheit Nr. 37 (176,91/10.000 Miteigentumsanteil am Grundstück [...] inklusive Tiefgaragenstellplatz; sie vereinbarten hierfür einen Kaufpreis in Höhe von insgesamt 388.800 € (§ 3 des Vertrages). Nach Abschluss des Teilvergleichs vom 04.04.2018 sind unstreitig nur die Rate für die Fertigstellung (3,5 % = 13.608 €) sowie die Rate für die Fertigstellungs-Sicherheit (5 % = 19.440 €) noch nicht von der Klägerin bezahlt.

19 2. Die Grundstücksübereignungspflicht beurteilt sich nach Kaufvertragsrecht (§ 433 Abs. 1 BGB). Der Auflassungsanspruch des Erwerbers entsteht grundsätzlich mit dem Abschluss eines wirksamen Bauträgervertrages, die Fälligkeit des Übereignungsanspruchs wird jedoch üblicherweise hinausgeschoben und von der Zahlung der geschuldeten Vergütung abhängig gemacht (vgl. BGH, Urteil vom 19.05.2006, V ZR 40/05, juris Rdnr. 12).

20 Hier haben die Parteien in § 10 Abs. 3 Satz 1 des Bauträgervertrages vereinbart, dass die Notarin unwiderruflich angewiesen wird, die Eigentumsumschreibung zu beantragen, wenn der Verkäufer sie schriftlich anweist. Hierzu ist der Verkäufer gemäß § 10 Abs. 3 Satz 2 des Bauträgervertrages Zug um Zug gegen Entgegennahme der Abnahmeerklärung und des geschuldeten Kaufpreises verpflichtet. Nach § 10 Abs. 3 Satz 3 des Bauträgervertrages kann der



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Käufer die Zustimmung des Verkäufers zum Vollzug der Auflassung vor vollständiger Fertigstellung mit dem erreichten Bautenstand verlangen, wenn das Unvermögen des Verkäufers zur Fertigstellung der Baumaßnahme feststeht, Zug um Zug gegen Zahlung des dem erreichten Bautenstand entsprechenden Teils des Kaufpreises oder wenn lediglich ein geringer Kaufpreis zur Zahlung offensteht und der Verkäufer mit der Beseitigung von Mängeln in Verzug geraten ist.

21 Gemessen hieran hat die Klägerin den begehrten Anspruch. Denn gemäß § 10 Abs. 3 Satz 3 2. Var. des Bauträgervertrages steht lediglich ein geringer Kaufpreis noch zur Zahlung offen (dazu a)) und der Verkäufer ist mit der Beseitigung von Mängeln im Verzug (dazu b)).

22 a) Wann nur noch ein geringer Kaufpreis zur Zahlung offen steht, ist durch Auslegung des Vertrages zu ermitteln, §§ 133, 157 BGB. Dabei ist zu berücksichtigen, dass wegen der weiteren Voraussetzung des § 10 Abs. 3 Satz 3 2. Var. des Bauträgervertrages, der einen Verzug mit Beseitigung von Mängeln voraussetzt, in der Regel gemäß § 3 Abs. 4 Unterabs. 1 lit. m) des Bauträgervertrages jedenfalls noch die Fertigstellungsrate in Höhe von 3,5 %, die nach vollständiger Fertigstellung fällig ist, sowie im Hinblick auf § 3 Abs. 4 Unterabs. 6 des Bauträgervertrags noch der Sicherheitseinbehalt in Höhe von 5 % offenstehen. Denn die Formulierung „vollständige Fertigstellung“ ist unmissverständlich und kann, insbesondere durch den Gebrauch des Wortes „vollständig“, bei objektiver und interessengerechter Auslegung nur so verstanden werden, dass nicht nur sämtliche Arbeiten erbracht sein müssen, sondern auch keine Mängel vorhanden sein dürfen bzw. sämtliche vorhandenen Mängel beseitigt sein müssen. Dabei genügt es nicht, wenn wesentliche, die Abnahmefähigkeit im Sinne von § 640 Abs. 1 BGB hindernde Mängel beseitigt sind. Nicht vollständig fertig gestellt ist die Leistung vielmehr nach zutreffender, vom BGH (Urteil vom 27.10.2011, VII ZR 84/09, juris Rdnr. 23) bestätigter Ansicht auch bei solchen Mängeln, die der Abnahmefähigkeit nicht entgegenstehen. Der Verkäufer muss grundsätzlich sämtliche Restmängel seiner Bauleistung beseitigt haben (LG Heidelberg, Urteil vom 28.03.2014, 3 O 309/13, NJOZ 2014, 663, 664). Zuvor kann der Bauträger weder eine Fertigstellungsrate von 3,5 % des Gesamtpreises noch einen Sicherheitseinbehalt für die rechtzeitige Werkherstellung ohne wesentliche Mängel verlangen. Dies gilt erst recht, wenn – wie hier im Hinblick auf das Blockheizkraftwerk – noch wesentliche Mängel, sei es in Bezug auf das Sonder- oder das Gemeinschaftseigentum, bestehen (siehe OLG München, Beschluss vom 11.03.2020, 28 U 4568/19 Bau, juris Orientierungssatz 1 und Rdnr. 49).

23 Vor diesem Hintergrund ist die Regelung des § 10 Abs. 3 Satz 3 2. Var. des Bauträgervertrages dahin gehend auszulegen, dass jedenfalls ein offenstehender Betrag in Höhe von 8,5 % des Gesamtpreises noch als „geringer Kaufpreis“ im Sinne der Vorschrift anzusehen ist. Denn anderenfalls liefe diese vertragliche Vereinbarung in aller Regel leer, obwohl die Parteien für den Fall, dass der Verkäufer mit der Mängelbeseitigung in Verzug ist, dem Käufer – durchaus in

Übereinstimmung mit der obergerichtlichen Rechtsprechung in ähnlich gelagerten Fällen, die hier von einem Schutzbedürfnis des Käufers ausgeht (vgl. etwa OLG Karlsruhe, Urteil vom 24.10.2016, 19 U 108/14, juris Rdnr. 32 ff.) – explizit ein Anspruch auf Eigentumsverschaffung gewähren wollten. Gegen diese Auslegung lassen sich auch nicht die zu § 320 BGB ergangenen Entscheidungen des OLG München (Urteil vom 13.11.2007, 13 U 3419/07, juris) und des OLG Karlsruhe (Urteil vom 18.07.2006, 17 U 326/05, BeckRS 2015, 11528) anführen.

24 Selbst wenn die Beklagte noch einen – derzeit noch nicht fälligen – Anspruch auf Zahlung von 33.048 € gegen die Klägerin hätte – was im Hinblick auf die von der Klägerin geltend gemachten Aufrechnungen indes streitig ist –, wäre dieser Betrag daher noch geringfügig im Sinne des § 10 Abs. 3 Satz 3 2. Var. des Bauträgervertrages.

25 b) Der Verkäufer ist jedenfalls im Hinblick auf das von ihm geschuldete Blockheizkraftwerk mit der Mängelbeseitigung in Verzug.

26 aa) § 10 Abs. 3 Satz 3 2. Var. des Bauträgervertrages ist dahin gehend auszulegen, dass hiervon Fallkonstellationen erfasst sind, in denen die Wohnanlage mangels Fertigstellung noch nicht abgenommen ist und wegen Mängeln am Bauwerk noch keine Abnahme erfolgte. Denn gemäß § 633 Abs. 1 BGB hat der Unternehmer dem Besteller das Werk frei von Sachmängeln zu verschaffen, sodass der Besteller einen (Erfüllungs-)Anspruch auf Mängelbeseitigung hat, wenn der Unternehmer das Werk nur mit Sachmängeln hergestellt hat. Im Übrigen entspricht dieses Verständnis der vertraglichen Vereinbarung auch der Interessenlage der Parteien, denn anderenfalls läge eine von den Parteien nicht beabsichtigte Regelungslücke gerade für den Fall vor, dass sich Mängel am Bauwerk bereits vor Abnahme des Sonder- oder Gemeinschaftseigentums zeigen, zu deren Beseitigung der Bauträger in der Lage ist, sodass mangels Unvermögens § 10 Abs. 3 Satz 3 1. Var. des Bauträgervertrages ausscheidet. Gegen diese Auslegung spricht schließlich auch nicht die neuere Rechtsprechung des BGH, wonach der Besteller Mängelrechte nach § 634 BGB grundsätzlich erst nach Abnahme des Werks mit Erfolg geltend machen kann (Urteil vom 19.01.2017, VII ZR 301/13, juris Rdnr. 31). Denn zum einen nimmt die vertragliche Regelung nicht nur Bezug auf Mängelrechte und zum anderen erging diese Rechtsprechung erst nach Vertragsabschluss im Jahr 2014.

27 bb) Gemäß § 5 Abs. 1 des Bauträgervertrages in Verbindung mit der Baubeschreibung für Neubauten (...) ist die Beklagte zur Herstellung der Wohnanlage verpflichtet, bei der die Wärmeerzeugung zentral in einem Blockheizkraftwerk mit einem zusätzlichen Spitzenlast-Gasbrennwertkessel erfolgt. Die bezugsfertige Herstellung des Sondereigentums sollte bis zum 30.06.2016, die vollständige Fertigstellung bis zum 30.09.2016 erfolgen.

28 Nach dem nicht substantiiert bestrittenen (...) Vortrag der Klägerin (...) ist das Blockheizkraftwerk von der Beklagten bislang nur mangelhaft hergestellt.

(...)

30 Dass es sich bei dem Mangel um einen wesentlichen Mangel handeln muss, wird in § 10 Abs. 3 Satz 3 2. Var. des Bauträgervertrages nicht vorausgesetzt. Im Übrigen stellt ein im Hinblick auf eine fehlende Stromerzeugungsmöglichkeit ineffizient arbeitendes Blockheizkraftwerk keinen nur unwesentlichen, sondern einen wesentlichen Mangel dar. Auch die Tatsache, dass es sich um einen Mangel am Gemeinschaftseigentum handelt und die Wohnungseigentümergeinschaft sämtliche Ansprüche betreffend Mängel am Gemeinschaftseigentum an sich herangezogen hat, ist ohne Belang. Denn § 10 Abs. 3 Satz 3 2. Var. des Bauträgervertrages unterscheidet nicht nach Mängeln am Gemeinschafts- oder Sondereigentum.

31 cc) Auch kann sich die Beklagte nicht dadurch exkulpieren, dass sie „im Beweisverfahren der ausführenden Firma (...) den Streit verkündet [hat] und diese Firma ihrerseits in Anspruch nehmen“ wird. Denn gemäß § 278 Satz 1 BGB hat die Beklagte die mangelhafte Herstellung des Blockheizkraftwerks durch die ausführende Firma wie eigenes Verschulden zu vertreten.

32 B. Das LG hat mit zutreffenden Erwägungen, die in Bezug genommen werden, auch den Feststellungsantrag für begründet erachtet. Durch den Beschluss vom 03.06.2019 hat die Wohnungseigentümergeinschaft die Durchsetzung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte an sich gezogen und ihre alleinige Zuständigkeit begründet. Damit wurden die einzelnen Erwerber von der aktiven Verfolgung ihrer Rechte, soweit die ordnungsgemäße Verwaltung ein gemeinschaftliches Vorgehen erfordert, ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 12.04.2007, VII ZR 236/05, juris Rdnr. 20 f.; OLG Stuttgart, Urteil vom 03.07.2012, 10 U 33/12, juris Rdnr. 62). Bis zum 03.06.2019 hatte die Klägerin einen Anspruch auf Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums aus dem Kaufvertrag vom 01.08.2017.

33 C. Die Widerklage der Beklagten ist unbegründet. Der Anspruch der Beklagten auf Zahlung der Fertigstellungsrate sowie der Schlussrate ist jedenfalls noch nicht fällig. Denn es steht nicht fest, dass das Objekt mangelfrei fertiggestellt ist. Dies folgt bereits daraus, dass ein wesentlicher Mangel am Gemeinschaftseigentum besteht in Form des mangelhaften Blockheizkraftwerks (siehe dazu bereits unter A.).

(...)

Bürgerliches Recht

FAMILIENRECHT

7. Genehmigungsfähigkeit schenkweiser Übertragung von Kommanditanteilen an Minderjährigen

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 09.11.2022, 5 WF 77/22

BGB §§ 1643, 1822 Abs. 1 Nr. 3 a. F. (§ 1852 Nr. 1 und 2 n. F.), § 1697a

LEITSATZ:

Die Genehmigungsfähigkeit einer schenkweisen Übertragung eines Kommanditeils an einen Minderjährigen hängt davon ab, ob das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft im Gesamtinteresse des Kindes liegt. Es gibt keinen Grundsatz, wonach in jedem Fall die Vertragskonstruktion mit den geringsten Risiken für den Minderjährigen zu wählen ist. Vielmehr ist eine Abwägung der Risiken und Vorteile vorzunehmen. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 1. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die Genehmigung von Rechtsgeschäften.

2 2 Die Großtante der vier minderjährigen Betroffenen, Frau T K, ist Kommanditistin der X KG sowie der X Beteiligungen KG. Außerdem ist sie Gesellschafterin der X Familien GbR. Im Zuge einer umfassenden Übertragung von Anteilen auf die nächste Generation in der Familie ist die Übertragung von Teilen dieser Beteiligungen an die vier minderjährigen Betroffenen vorgesehen. Für die Kommanditeile soll ein Nießbrauch der Schenkerin bestehen. Der Eintritt in die Gesellschaften soll zum 31.03.2022 erfolgen. Hinsichtlich der Haftung zwischen diesem Zeitpunkt und der Eintragung ins Handelsregister übernimmt die Schenkerin im Innenverhältnis die Haftung.

3 3 Die Betroffenen machen geltend, diese Konstruktion sei gewählt worden, weil so die Schenkungsteuerlast von 3.452.250 € pro Kind auf 7.860 € gesenkt werden könne. Die X-Gruppe habe mit enormem Aufwand bestimmte vermögenswirksame Tätigkeiten heruntergefahren, um für die Minderjährigen ein optimales Übertragungsfenster zu ermöglichen und die gesetzlichen Voraussetzungen der schenkungsteuerlichen Begünstigung (§§ 13a ff. ErbStG) zu schaffen. Aus unternehmerischen Gründen könne die X-Gruppe diesen Zustand nicht über unbestimmte Zeit aufrechterhalten, sodass sich nach dem festgelegten Übertragungsstichtag 31.03.2022 das Zeitfenster für eine Anteilsübertragung wieder schließe. Das Haftungsrisiko falle angesichts des relevanten Überschusses der X KG im Jahre 2021 von 761,4 Mio. € gering ins Gewicht. Es handele sich um eine zentral koordinierte stichtagsgenaue Anteilsübertragung an insgesamt 103 Beschenkte.

4 4 Beim Senat ist ein Parallelverfahren hinsichtlich der Übertragung an Kinder aus einem anderen Familienzweig an-



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

hängig (5 WF 76/22), außerdem soll es weitere 13 Verfahren in anderen Gerichtsbezirken geben.

5 Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Familiengericht die familiengerichtliche Genehmigung aller Geschäfte versagt. Es sei nicht die haftungsrechtlich günstigste Variante gewählt worden, da die Betroffenen nach § 176 Abs. 2 HGB für den Zeitraum zwischen Eintritt und Eintragung als Kommanditisten wie persönlich haftende Gesellschafter haften. Der Beschluss wurde den Betroffenen am 30.05.2022 zugestellt.

6 Gegen den Beschluss richtet sich die Beschwerde der Betroffenen mit Anwaltsschriftsatz vom 07.06.2022, eingegangen beim Familiengericht am selben Tag. Darin machen die Betroffenen geltend, das Haftungsrisiko sei zeitlich begrenzt und lediglich abstrakter Natur. Die Vorteile würden deutlich überwiegen.

7 Zu den weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

8 II. Die nach § 11 Abs. 1 RPfIG, §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde ist begründet. Das zur Entscheidung stehende Rechtsgeschäft ist nach §§ 1643, 1822 Abs. 1 Nr. 3 BGB sowohl genehmigungsbedürftig als auch genehmigungsfähig.

9 1. Die Genehmigungsbefähigung des notariellen Vertrages vom 23.09.2013 folgt aus §§ 1643, 1822 Abs. 1 Nr. 3 BGB. Die Betroffenen gehen mit der schenkweisen Übertragung der Kommanditanteile Gesellschaftsverträge zum Betrieb eines Erwerbsgeschäfts ein (vgl. zu den Einzelheiten OLG Schleswig, Beschluss vom 27.01.2020, 15 WF 70/19, FamRZ 2020, 1384, juris Rdnr. 10 ff.).

10 2. Die Verträge sind unter Berücksichtigung aller erkennbarer Umstände nach §§ 1643, 1697a Abs. 1 BGB auch genehmigungsfähig.

11 a) Die Genehmigung der Verträge orientiert sich am Wohl der betroffenen Kinder. Maßgeblich ist dabei nicht nur das rein finanzielle Interesse der Kinder, sondern vielmehr, ob das genehmigungsbedürftige Rechtsgeschäft im Gesamtinteresse der Kinder liegt (vgl. MünchKomm-BGB/Huber, 8. Aufl. 2020, § 1643 Rdnr. 29 m. w. N.). Dabei sind alle möglichen Vor- und Nachteile, insbesondere Vorteile, Risiken, Erträge und Aufwendungen, abzuwägen (vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 20.06.2000, 5 UF 20/00, FamRZ 2001, 1236, juris Rdnr. 12). Neben rein materiellen Belangen sind unter Umständen auch ideelle oder familiäre Interessen der Kinder zu berücksichtigen (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 28.09.2011, 17 UF 154/11, FamRZ 2012, 1066, juris Rdnr. 8 m. w. N.). Da die Genehmigungsvorbehalte Ausnahmen vom Prinzip der ungeschmälernten gesetzlichen Vertretungsmacht des sorgeberechtigten Elternteils darstellen, darf die Genehmigung nur in begründeten Fällen versagt werden (vgl. MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1828 Rdnr. 16).

12 Bei Eingehung eines Gesellschaftsvertrages ist eine Prognose geboten, bei der unternehmerische und wirtschaftliche Risiken unter Einbeziehung von Zweckmäßigkeitserwägungen zu bewerten sind. Dabei ist allerdings nicht jedes

mit der Beteiligung an einem Erwerbsgeschäft verbundene wirtschaftliche Risiko vom Minderjährigen fernzuhalten. Es genügt, wenn im Ganzen gesehen, das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen vorteilhaft ist (vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 27.01.2020, 15 WF 70/19, FamRZ 2020, 1384, juris Rdnr. 32; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 02.03.2000, 5 UF 4/00, FamRZ 2001, 181, juris Rdnr. 11). Insbesondere reicht nicht allein der Umstand aus, dass der Minderjährige im Außenverhältnis gegenüber Gläubigern der Gesellschaft mit seinem Vermögen persönlich haftet, vor allem, wenn diese Haftung nur für kurze Zeit oder in einem verhältnismäßig unerheblichen Umfang besteht (vgl. BayObLG, Beschluss vom 06.07.1995, 1 Z BR 157/94, FamRZ 1996, 119, juris Rdnr. 21 m. w. N.).

13 b) Unter Zugrundelegung dieser strengen Maßstäbe für die Versagung der Genehmigung sind die beabsichtigten Rechtsgeschäfte auch unter Berücksichtigung der mit ihnen verbundenen Risiken aufgrund einer Gesamtschau aller erkennbarer Umstände zu genehmigen.

14 Dabei hat das Familiengericht im angefochtenen Beschluss – wie bereits im vorangegangenen Verfahren – sehr sorgfältig und zutreffend die Risiken der vorliegenden gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen für die minderjährigen Betroffenen herausgearbeitet. Diese bestehen zwar nur bezogen auf ein relativ überschaubares Zeitfenster, sind aber nicht rein abstrakter Art. Ein Szenario, dass ein Pharmaunternehmen wegen einer Vielzahl von Klagen – vor allem in den USA – wirtschaftlich zusammenbricht, erscheint allgemein nicht völlig ausgeschlossen. In einem solchen Fall müssten die Betroffenen mit ihrem sonstigen Vermögen haften. Zwar verweisen die Betroffenen insoweit auf die Freistellungserklärung der Schenkerin. Verwiesen wird aber lediglich auf das erhebliche Vermögen der Schenkerin in Form der verbleibenden Firmenbeteiligungen, an deren Werthaltigkeit es in einem solchen Szenario aber gerade fehlen dürfte. Zutreffend dürfte allerdings sein, dass ein solcher wirtschaftlicher Zusammenbruch trotz allem extrem unwahrscheinlich ist.

15 Es gibt nach der dargestellten rechtlichen Grundlage keinen Grundsatz, dass in jedem Fall die Vertragskonstruktion zu wählen ist, die mit den geringsten Risiken für den Minderjährigen verbunden ist. Zwar weist das Familiengericht zutreffend darauf hin, dass eine Anteilsübertragung aufschiebend bedingt auf den Eintragungszeitpunkt keine persönliche Haftung der Betroffenen begründen würde. Unabhängig von der Frage, ob hier überhaupt Verhandlungsspielraum besteht, haben die Betroffenen jedoch überzeugend dargelegt, dass die risikoärmere Variante mit erheblichen anderen Nachteilen – hier insbesondere in Form der höheren Steuerbelastung wegen des späteren Zeitpunktes – verbunden ist. Außerdem weisen die Betroffenen zutreffend darauf hin, dass die Betroffenen nach § 1629a Abs. 1 BGB ihre Haftung auf das im Zeitpunkt der Volljährigkeit vorhandene Vermögen beschränken können.

16 Damit kann nach dem oben dargestellten rechtlichen Maßstab die Entscheidung der Eltern für den Abschluss der Verträge unter Abwägung der relativ überschaubaren Risiken einerseits und der ganz erheblichen Vorteile anderer-

seits nicht als dem Kindeswohl widersprechend angesehen werden.

(...)

8. Anfechtbarkeit einer Auseinandersetzungsvereinbarung zum gesetzlichen Zugewinnausgleichsanspruch nach §§ 129 ff. InsO

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.09.2022, 12 W 12/22

InsO §§ 134, 143 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Wird der gesetzliche Zugewinnausgleichsanspruch durch eine Auseinandersetzungsvereinbarung konkretisiert, handelt es sich um einen (ggf. nach § 133 Abs. 4 InsO anfechtbaren) entgeltlichen Vertrag, wenn die Vereinbarung sich darauf beschränkt, den ohnehin gesetzlich geschuldeten Ausgleichsbetrag festzulegen. Wird in der Auseinandersetzungsvereinbarung hingegen eine den gesetzlichen Ausgleichsanspruch übersteigende Geld- oder sonstige Forderung begründet, kommt – jedenfalls hinsichtlich des Differenzbetrags – (zusätzlich) eine Anfechtung nach § 134 InsO in Betracht.
2. Bei einer den Wert der erbrachten bzw. zu erbringenden Gegenleistung übersteigenden Leistung des Schuldners hängt die Frage der teilweisen Unentgeltlichkeit davon ab, ob die Werte in einem groben Missverhältnis zueinander stehen und die Ehegatten den ihnen zustehenden Bewertungsspielraum bei der Auseinandersetzung missbräuchlich überschritten haben. Ob der Bewertungsspielraum überschritten ist, ergibt sich unter objektiven Gesichtspunkten.
3. In einem auf § 134 Abs. 1 InsO gestützten Anfechtungsprozess obliegt dem Insolvenzverwalter die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung des Schuldners. Sind dabei Umstände aus dem Bereich des Anfechtungsgegners relevant, trifft diesen eine sekundäre Darlegungslast.
4. Berufet sich der Anfechtungsgegner darauf, beide Teile seien von einem gleichwertigen Leistungsaustausch ausgegangen, muss der Insolvenzverwalter (nur) die von dem Anfechtungsgegner substantiiert dargelegten Umstände ausräumen, die eine solche Annahme der Vertragsparteien erlauben.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

1 I. Die gemäß § 127 Abs. 2 Satz 2, § 567 Abs. 1 Nr. 1 ZPO statthafte und insgesamt zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat in der Sache überwiegend Erfolg. Das LG hat auf der Grundlage des bisherigen Sach- und Streitstandes die Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die

beabsichtigte Anfechtungsklage zu Unrecht mit der Begründung abgelehnt, die Antragstellerin habe eine (teilweise) unentgeltliche Leistung des Schuldners nicht hinreichend dargelegt. Lediglich die Nebenforderung hat die Antragstellerin nur teilweise schlüssig dargetan.

2 1. Der Antragstellerin steht nach ihrem im PKH-Verfahren zugrunde zu legenden Sachvortrag ein Rückgewähranspruch gemäß § 143 Abs. 1 InsO zu, weil der Schuldner seine Miteigentumsanteile an der streitgegenständlichen Immobilie jedenfalls teilweise unentgeltlich und damit insgesamt nach § 134 Abs. 1 InsO anfechtbar auf die Antragsgegnerin übertragen hat.

3 Nach § 143 Abs. 1 InsO muss zur Insolvenzmasse zurückgewährt werden, was durch die anfechtbare Handlung aus dem Vermögen des Schuldners veräußert, weggegeben oder aufgegeben ist. Rückgewähr bedeutet grundsätzlich, dass der betroffene Gegenstand im vollen Umfang seiner Veräußerung, Weg- oder Aufgabe in Natur in die Insolvenzmasse zurückgelangen muss. Die Insolvenzmasse ist in die Lage zu versetzen, in der sie sich befinden würde, wenn das anfechtbare Verhalten unterblieben wäre (MünchKomm-InsO/Kirchhof/Piekenbrock, 4. Aufl. 2019, § 143 Rdnr. 42). Erwirbt ein Bruchteilsigentümer – wie hier – das Eigentum insgesamt in anfechtbarer Weise, richtet sich der Anspruch auf Rückgewähr des neu erworbenen Bruchteils des jetzt in der Hand des Erwerbers vereinigten Grundstücks. Nach Wiederherstellung des Miteigentumsanteils kann der Insolvenzverwalter diesen gemäß allgemeinen Regeln verwerfen. Er kann sich aber auch, wie die Antragstellerin, darauf beschränken, im Wege der Anfechtung sogleich die Zustimmung des Anfechtungsgegners zur Teilungsversteigerung (§§ 180 ff. ZVG) des gesamten Grundstücks zu verlangen, um den auf die Insolvenzmasse rechnerisch entfallenden Anteil am Erlös zu erhalten (HK-InsO/Thole, 10. Aufl. 2020, § 143 Rdnr. 10; MünchKomm-InsO/Kirchhof/Piekenbrock, § 143 Rdnr. 51; Uhlenbruck/Borries/Hirte, InsO, 15. Aufl. 2019, § 143 Rdnr. 170).

4 2. Nach § 134 Abs. 1 InsO ist eine unentgeltliche Leistung des Schuldners anfechtbar, es sei denn, sie ist früher als vier Jahre vor dem Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens vorgenommen worden. Entgegen der Auffassung des LG hat die Antragstellerin hinreichend dargetan, dass die Übertragung des hälftigen Miteigentums an der streitgegenständlichen Immobilie durch den Schuldner in dem notariellen Eheauseinandersetzungsvertrag vom 15.12.2015 jedenfalls teilweise unentgeltlich erfolgt ist.

5 2.1. Ehevertragliche Vereinbarungen unterliegen, ebenso wie sonstige vertragliche Abreden, grundsätzlich der Anfechtung nach den §§ 129 ff. InsO (vgl. BGH, Urteil vom 20.10.1971, VIII ZR 212/69, BGHZ 57, 123, 124, juris Rdnr. 8; Reul/Heckschen/Wienberg/Herrler, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 3. Aufl. 2022, § 6 Familienrecht Rdnr. 74; Staudinger/Thiele, Neub. 2018, § 1408 Rdnr. 35). Wird der gesetzliche Zugewinnausgleichsanspruch – wie hier – durch eine Auseinandersetzungsvereinbarung konkretisiert, handelt es sich um einen – ggf. nach § 133 Abs. 4 InsO anfechtbaren – entgeltlichen Vertrag, wenn diese sich darauf beschränkt, den ohnehin gesetzlich



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

geschuldeten Ausgleichsbetrag festzulegen. Wird in der Auseinandersetzungsvereinbarung hingegen eine den gesetzlichen Ausgleichsanspruch übersteigende Geld- oder sonstige Forderung begründet, kommt – jedenfalls hinsichtlich des Differenzbetrags – (ggf. zusätzlich) eine Anfechtung nach § 134 InsO in Betracht (Reul/Heckschen/Wienberg/Herrler, a. a. O. Rdnr. 94 f.). Derartige Verträge sind nach denselben Grundsätzen zu behandeln wie (sonstige) gemischte Zuwendungen (HambKomm-InsR/Rogge/Leptien, 9. Aufl. 2022, § 134 InsO Rdnr. 42; vgl. BGH, Urteil vom 20.10.1971, a. a. O. Rdnr. 17). Ein solcher Fall liegt hier nach der Behauptung der Antragstellerin vor, weil die übertragenen Miteigentumsanteile des Schuldners einen Verkehrswert von mindestens 50.000 € hatten und dem Schuldner danach unter Berücksichtigung der von der Antragsgegnerin übernommenen Verbindlichkeiten (die im Innenverhältnis auf den Schuldner entfallenden hälftigen Darlehensverbindlichkeiten gegenüber der Sparkasse Duisburg i. H. v. 27.433,96 €) jedenfalls in Höhe von rund 22.500 € kein ausgleichender Gegenwert zugeflossen ist.

6 Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH, die auch das LG zugrunde gelegt hat, ist in einem Zwei-Personen-Verhältnis – wie vorliegend – eine Leistung als unentgeltlich anzusehen, wenn ein Vermögenswert des Verfügenden zugunsten einer anderen Person aufgegeben wird, ohne dass dem Verfügenden ein entsprechender Vermögenswert vereinbarungsgemäß zufließen soll. Entgeltlich ist dagegen eine Verfügung, wenn der Schuldner für seine Leistung etwas erhalten hat, was objektiv ein Ausgleich für seine Leistung war oder jedenfalls subjektiv nach dem Willen der Beteiligten sein sollte. Für die Bewertung ist in erster Linie die objektive Wertrelation zwischen der Leistung des Schuldners und der Gegenleistung des Empfängers ausschlaggebend (BGH, Urteil vom 02.12.2021, IX ZR 111/20, BeckRS 2021, 41083 Rdnr. 10 m. w. N.). Erst wenn feststeht, dass, objektiv betrachtet, der Schuldner überhaupt einen Gegenwert für seine Zuwendung erhalten hat oder ihm eine werthaltige Gegenleistung versprochen worden ist, besteht Anlass zu prüfen, ob die Beteiligten die erbrachte oder versprochene Gegenleistung als Entgelt angesehen haben oder mit der Verfügung des Schuldners Freigiebigkeit, wenn auch nur zum Teil, bezweckt war (BGH, Urteil vom 28.02.1991, IX ZR 74/90, BGHZ 113, 393, 396 m. w. N.; siehe auch BAG, Urteil vom 18.09.2014, 6 AZR 145/13, ZIP 2014, 2519, 2520 Rdnr. 20). Die subjektiven Vorstellungen der Beteiligten sind für die Frage der Entgeltlichkeit zusätzlich von Bedeutung, wenn zu beurteilen ist, ob die Gegenleistung den Wert der Leistung des Schuldners erreicht. Bei dieser Einschätzung steht den Beteiligten ein Bewertungsspielraum zu. Eine teilweise unentgeltliche Leistung unterliegt der Anfechtung insoweit, als deren Wert den der Gegenleistung übersteigt und die Vertragsparteien den ihnen zustehenden Bewertungsspielraum überschritten haben (BGH, Urteil vom 01.04.2004, IX ZR 305/00, NZI 2004, 376, 378 zu § 32 Nr. 1 KO; Urteil vom 15.12.2016, IX ZR 113/15, NZI 2017, 151, 152 Rdnr. 11 zu § 4 Abs. 1 AnfG). Bei einem Ungleichgewicht von Leistung und Gegenleistung ist § 134 Abs. 1 InsO nicht anwendbar, wenn beide Teile nach den objektiven Umständen der Vertragsanbahnung, der Vorüberlegungen der Parteien

und des Vertragsschlusses selbst von einem Austauschgeschäft ausgehen und zudem in gutem Glauben von der Werthaltigkeit der dem Schuldner gewährten Gegenleistung überzeugt sind, die sich erst aufgrund einer nachträglichen Prüfung als wertlos erweist. In gleicher Weise ist eine Fehlvorstellung der Beteiligten über den Wert der vom Schuldner zu erbringenden Leistung nur dann erheblich, wenn sie ihre Grundlage in den objektiven Umständen des Vertragsschlusses findet (BGH, Urteil vom 22.10.2020, IX ZR 208/18, NZI 2021, 26, 27 Rdnr. 10).

7 2.2. Nach diesen Maßstäben liegt nach dem derzeitigen Sach- und Streitstand eine teilweise unentgeltliche Leistung des Schuldners vor. Das LG hat insoweit die Anforderungen an die Darlegungen der Antragstellerin überspannt. In einem auf § 134 Abs. 1 InsO gestützten Anfechtungsprozess obliegt zwar dem Insolvenzverwalter die Darlegungs- und Beweislast für das Vorliegen einer unentgeltlichen Leistung des Schuldners und demgemäß auch für die Umstände, aus denen sich eine Wertinadäquanz ergibt (BGH, Urteil vom 11.11.2021, IX ZR 237/20, NZI 2022, 71, 74 Rdnr. 51 m. w. N.; K/P/B-InsO/Bork, Stand: Juni 2022, § 134 Rdnr. 95; HK-InsO/Thole, § 134 Rdnr. 21). Bei Relevanz von Umständen aus dem Bereich des Anfechtungsgegners – zum Beispiel ob er eine Gegenleistung erbracht hat – trifft diesen jedoch eine sekundäre Darlegungslast (BGH, Urteil vom 11.11.1954, IV ZR 64/54, BeckRS 1954, 31384377 unter I. 2) d); OLG Karlsruhe, Urteil vom 19.12.2016, 1 U 166/16, ZIP 2017, 290, 291, juris Rdnr. 42; OLG Bamberg, Urteil vom 14.05.2003, 4 U 187/02, ZInsO 2003, 1047, 1048; Münch-Komm-InsO/Kayser/Freudenberg, § 134 Rdnr. 49). Beruft sich der Anfechtungsgegner darauf, beide Teile seien von einem gleichwertigen Leistungsaustausch ausgegangen, reicht es nicht aus, dass der Insolvenzverwalter ein Missverhältnis des objektiven Werts von Leistung und Gegenleistung darlegt und beweist. Vielmehr muss er dartun und beweisen, dass keine objektiven Umstände vorgelegen haben, die eine solche Annahme der Vertragsparteien erlaubten. Bei dem behaupteten Fehlen objektiver Umstände handelt es sich um negative Tatsachen; dem Insolvenzverwalter kommen daher Erleichterungen nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast zugute. Er muss, um seiner Darlegungs- und Beweislast zu genügen, nicht alle theoretisch denkbaren Umstände ausräumen, welche einen guten Glauben an die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung begründen könnten; es reicht vielmehr aus, die von dem Anfechtungsgegner substantiiert dargelegten Umstände auszuräumen. Gelingt dies, ist der Beweis der negativen Tatsache erbracht (BGH, Urteil vom 22.10.2020, a. a. O. Rdnr. 11).

8 2.2.1. Das LG ist zutreffend davon ausgegangen, dass die vollständige Übernahme der gegenüber der Sparkasse Duisburg bestehenden Verbindlichkeiten – ungeachtet dessen, dass die Sparkasse eine befreiende Schuldübernahme nicht genehmigt hat – eine von der Antragsgegnerin zu erbringende Gegenleistung darstellt, weil der Schuldner im Innenverhältnis für diese Verbindlichkeiten zur Hälfte mithaftete und die Antragsgegnerin verpflichtet ist, den Schuldner von den Verbindlichkeiten freizustellen (siehe auch BGH, Urteil vom 11.11.1954, a. a. O. unter I. 2) b) cc)). Die

Antragsgegnerin hat jedoch im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast weder substantiiert dargelegt, dass sie und der Schuldner aufgrund objektiver Umstände davon ausgegangen sind und ausgehen konnten, die Freistellungsverpflichtung entspreche in etwa dem Wert der übertragenen Miteigentumsanteile, noch hat sie weitere von ihr erbrachte oder zu erbringende Gegenleistungen substantiiert dargelegt. Ausweislich der Vertragsurkunde (...) sollten die getroffenen Vereinbarungen die durch die Beendigung der Ehe entstehenden „Zugewinnausgleichsansprüche oder sonstige(n) Ausgleichsansprüche“ abschließend regeln. Die Vertragsparteien haben indessen jedenfalls in der Urkunde darauf verzichtet, die in Betracht kommenden Ansprüche zu ermitteln und zu beziffern. Die Antragsgegnerin hat auch im Rahmen des PKH-Verfahrens nicht dargelegt, dass ihr ein Zugewinnausgleichsanspruch oder ein sonstiger Ausgleichsanspruch gegen den Schuldner zustand, der wertmäßig in etwa der in Rede stehenden Differenz zwischen der Freistellungsverpflichtung und dem behaupteten objektiven Grundstückswert entsprach. In Betracht kommt insoweit lediglich ein Ausgleichsanspruch nach § 426 Abs. 1 BGB wegen der von ihr seit Dezember 2012 allein getragenen Darlehensverbindlichkeiten (...), der jedoch allenfalls einen Wert von rund 2.900 € hatte. Denn nach Darstellung der Antragsgegnerin (...) valutierten die Verbindlichkeiten im Zeitpunkt der Trennung noch in Höhe von insgesamt 60.704,41 € und wurden von ihr bis zur Übertragung des Miteigentums um 5.836,50 € zurückgeführt, sodass ihr insoweit ein Ausgleichsanspruch gegen den Schuldner i. H. v. 2.918,25 € zustand. Auf der Basis des von der Antragstellerin behaupteten Verkehrswertes verbleibt somit immer noch ein Überschuss von rund 19.600 €, für den sich eine Gegenleistung nicht aus dem Vertrag ergibt und auch nicht substantiiert vorgetragen ist.

9 2.2.2. Entgegen der Auffassung des LG genügt der Vortrag der Antragsgegnerin, wonach sie bereits seit der Trennung im Jahr 2012 allein für den Unterhalt der gemeinsamen Kinder aufgekommen sei und den Schuldner im Innenverhältnis von Unterhaltsverpflichtungen freigestellt habe, nicht, um der Antragstellerin die Darlegungs- und Beweislast für das Nichtbestehen derartiger Ansprüche aufzuerlegen. Abgesehen davon, dass der Vortrag – worauf bereits die Antragstellerin hingewiesen hat – gänzlich unsubstantiiert ist, kann schon nicht davon ausgegangen werden, dass es sich hierbei um eine Gegenleistung für die Übertragung der Miteigentumsanteile gehandelt hat.

10 Zum einen sind vermeintliche Ausgleichsansprüche wegen geleisteter Unterhaltszahlung sowie diesbezügliche Freistellungsverpflichtungen in der notariellen Urkunde nicht genannt. Insoweit spricht eine Vermutung für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Urkunde (vgl. OLG Hamm, Urteil vom 29.09.1992, 27 U 235/91, ZIP 1992, 1755, 1756, juris Rdnr. 9; K/P/B-InsO/Bork, a. a. O.; MünchKomm-InsO/Kayser/Freudenberg, a. a. O.), die von der Antragsgegnerin nicht widerlegt worden ist. Die Partei, die sich auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände – sei es zum Nachweis eines vom Urkundstext abweichenden übereinstimmenden Willens der Beteiligten, sei es zum Zwecke der Deutung des Inhalts des Beurkundeten aus der Sicht des Erklärungs-

empfängers (§§ 133, 157 BGB) – beruft, trifft die Beweislast für deren Vorliegen (BGH, Urteil vom 05.07.2002, V ZR 143/01, NJW 2002, 3164, 3165; Urteil vom 05.02.1999, V ZR 353/97, NJW 1999, 1702, 1703). Die Antragsgegnerin hat schon keinen Tatsachenvortrag gehalten, aus dem sich ein übereinstimmender Wille der Beteiligten im Zeitpunkt der Leistung ergäbe, dass ein Verzicht auf etwaige Ausgleichsansprüche und eine Freistellungserklärung der Antragsgegnerin bezüglich des Kindesunterhalts eine weitere Gegenleistung für die Übertragung der streitgegenständlichen Miteigentumsanteile darstellen sollten. Auf eine etwaige spätere Vereinbarung käme es ohnehin nicht an, denn die Entgeltlichkeit lässt sich nicht nachträglich dadurch begründen, dass bisher nicht miteinander in Beziehung stehende Leistungen nach Leistungsaustausch durch Parteivereinbarung miteinander verknüpft werden (K/P/B-InsO/Bork, a. a. O. Rdnr. 47; HambKomm-InsR/Rogge/Leptien, a. a. O. Rdnr. 22; MünchKomm-InsO/Kayser/Freudenberg, a. a. O. Rdnr. 20).

11 Davon abgesehen ist das Bestehen derartiger Ansprüche auch zweifelhaft. Zwar ist in der Rechtsprechung des BGH ein familienrechtlicher Ausgleichsanspruch grundsätzlich für solche Fälle anerkannt, in denen ein Elternteil für den Unterhalt eines gemeinsamen Kindes aufgekommen ist und dadurch dessen Unterhaltsanspruch erfüllt hat, obwohl (auch) der andere Elternteil ganz oder teilweise unterhaltspflichtig war. Der Anspruch beruht auf der Unterhaltspflicht beider Eltern gegenüber ihrem Kind und ergibt sich aus der Notwendigkeit, die Unterhaltslast im Verhältnis zwischen ihnen nach § 1606 Abs. 3 Satz 1 BGB entsprechend ihrem Leistungsvermögen gerecht zu verteilen (BGH, Beschluss vom 08.02.2017, XII ZB 116/16, FamRZ 2017, 611, 612 Rdnr. 11 m. w. N.; Wend/Dose/Klinkhammer, UnterhaltsR, 10. Aufl. 2019, § 2 Kindes-, Eltern- und sonstiger Verwandtenunterhalt Rdnr. 768). Der familienrechtliche Ausgleichsanspruch kann nur eingreifen, wenn ein Elternteil „anstelle des anderen“ den Unterhalt für ein gemeinschaftliches Kind erbracht hat. Dabei ist zu beachten, dass der den Unterhalt anstelle des anderen leistende Elternteil mit seiner Leistung eine Verbindlichkeit erfüllt haben muss, die sich im Verhältnis gegenüber dem Kind als Verpflichtung des anderen Elternteils darstellte (BGH, Urteil vom 20.05.1981, IVb ZR 558/80, NJW 1981, 2348, 2349, juris Rdnr. 18). Die Voraussetzungen hierfür sind jedoch schon nicht vorgetragen. Der Unterhaltsanspruch ist auf eine Geldleistung gerichtet (§ 1612 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Gesetz geht in § 1606 Abs. 3 Satz 2 BGB lediglich davon aus, dass der Elternteil, bei dem das minderjährige Kind lebt, seine Unterhaltsverpflichtung in der Regel durch die Pflege und Erziehung des Kindes erfüllt und deshalb grundsätzlich nicht zu Geldleistungen verpflichtet ist. Ein Elternteil, der einem gemeinsamen ehelichen Kind Betreuungs- und Barleistungen erbracht hat, kann daher vom anderen Elternteil im Wege des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs grundsätzlich nur Erstattung geleisteten Barunterhalts, nicht dagegen Ersatz für geleistete Betreuung verlangen (BGH, Urteil vom 25.05.1994, XII ZR 78/93, FamRZ 1994, 1102, 1103, juris Rdnr. 11). Die Antragstellerin hat weder dargelegt, dass und in welcher Höhe sie den gemeinsamen

Kindern in dem fraglichen Zeitraum Barleistungen erbracht hat, noch erlaubt ihr Vortrag die Prüfung, ob der Schuldner den Kindern unterhaltspflichtig, insbesondere ob er in dem Zeitraum, für den der Ausgleich verlangt wird, leistungsfähig war (vgl. Wendl/Dose/*Klinkhammer*, a. a. O. Rdnr. 775). Darüber hinaus hat der BGH aus Gründen des Schuldnerschutzes die rückwirkende Geltendmachung des familienrechtlichen Ausgleichsanspruchs in entsprechender Anwendung des § 1613 Abs. 1 BGB den in dieser Vorschrift aufgerichteten Schranken unterworfen. Danach kann der Ausgleichsberechtigte für die Vergangenheit Erfüllung grundsätzlich (erst) von der Zeit an fordern, zu welcher der Verpflichtete mit der Erfüllung des Ausgleichsanspruchs in Verzug gekommen oder dieser Anspruch selbst rechtshängig geworden ist (BGH, Urteil vom 26.04.1989, IVb ZR 42/88, FamRZ 1989, 850, 852 juris Rdnr. 15). Dasselbe gilt von dem Zeitpunkt ab, zu dem er als gesetzlicher Vertreter des Kindes gegen den anderen Klage auf Kindesunterhalt erhoben hat (BGH, a. a. O. Rdnr. 16). Keine dieser Voraussetzungen hat die Antragsgegnerin vorgetragen.

12 Was die nur pauschal behauptete Freistellung des Schuldners von Unterhaltsverpflichtungen gegenüber den gemeinsamen Kindern angeht, lässt sich ebenfalls nicht feststellen, dass und in welcher Höhe dies eine Gegenleistung für die Übertragung der Miteigentumsanteile sein sollte. Gleiches gilt für den behaupteten Verzicht auf die Zahlung von Trennungs- und nachehelichem Unterhalt.

13 2.3. Danach kommt es darauf an, ob die streitgegenständliche Immobilie im maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung des Eigentumswechsels im Grundbuch den von der Antragstellerin behaupteten Verkehrswert von mindestens 100.000 € hatte. Die Antragsgegnerin hat dies unter Hinweis auf den im Jahr 2004 gezahlten Kaufpreis von rund 37.000 € und die Nichtdurchführung werterhöhender Maßnahmen bestritten. Sollte die durchzuführende Beweisaufnahme einen Verkehrswert der Immobilie bestätigen, bei dem der auf den Schuldner entfallende Anteil über dem Wert der von der Antragsgegnerin erbrachten bzw. zu erbringenden Gegenleistung liegt, hängt die Frage der teilweisen Unentgeltlichkeit davon ab, ob die Werte in einem groben Missverhältnis zueinander stehen und die Ehegatten den ihnen zustehenden Bewertungsspielraum bei der Auseinandersetzung missbräuchlich überschritten haben (vgl. BGH, Urteil vom 20.10.1971, VIII ZR 212/69, BGHZ 57, 123, 127). Ob der Bewertungsspielraum überschritten ist, ergibt sich unter objektiven Gesichtspunkten. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Wert der Gegenleistung – wie die Antragstellerin behauptet – nur rund 60 % des anteiligen Verkehrswertes der übertragenen Miteigentumsanteile beträgt, denn objektive Gründe für eine derart große Abweichung sind nicht ersichtlich. Wollte die Antragsgegnerin geltend machen, dass ihr und dem Schuldner die Diskrepanz verborgen geblieben ist, wäre dies – wie ausgeführt – nur erheblich, wenn die Fehlvorstellung der Beteiligten über den Wert der vom Schuldner zu erbringenden Leistung ihre Grundlage in den – von der Antragsgegnerin im Rahmen ihrer sekundären Darlegungslast substantiiert vorzutragenden – objektiven Umständen des Vertrags-

schlusses findet (vgl. BGH, Urteil vom 22.10.2020, a. a. O. Rdnr. 10).

14 3. Den geltend gemachten Anspruch auf Ersatz vorgegerichtlicher Rechtsanwaltskosten hat die Antragstellerin im Schriftsatz vom 15.02.2022 näher begründet. Bedenken bestehen insoweit lediglich, als bei der Berechnung der außergerichtlichen Kosten ein Gegenstandswert i. H. v. 112.360 € – entsprechend dem behaupteten Verkehrswert der gesamten Immobilie – zugrunde gelegt wird. Richtigerweise ist in entsprechender Anwendung des § 6 ZPO ein Betrag von rund 22.000 € anzusetzen, da die Antragstellerin im Rahmen ihres PKH-Antrags selbst davon ausgeht, dass im Rahmen der Zwangsversteigerung ein Erlös von rund 85.000 € (etwa 75 %) zu erzielen sein wird, wovon nach Abzug der durch die Grundschulden gesicherten Verbindlichkeiten ein Betrag in etwa dieser Höhe auf den Schuldner entfallen würde (vgl. BGH, Beschluss vom 10.02.1982, VIII ZR 339/81, juris Rdnr. 1). Bei einem Gegenstandswert von 22.000 € beläuft sich die Nebenforderung lediglich auf 1.295,43 €.

15 4. Ansprüche der Antragstellerin sind entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin nicht verjährt.

16 Die Verjährung des Rückgewähranspruchs nach § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO richtet sich nach den Regelungen über die regelmäßige Verjährung nach dem BGB (§ 146 Abs. 1 InsO). Die dreijährige Regelfrist des § 195 BGB beginnt nach § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB frühestens mit dem Schluss desjenigen Jahres, in dem der Rückgewähranspruch entstanden ist. Dieser Anspruch entstand mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Jahr 2018 (vgl. BGH, Versäumnisurteil vom 30.04.2015, IX ZR 1/13, NZI 2015, 734, 735 Rdnr. 7). Die danach jedenfalls nicht vor dem Ablauf des 31.12.2021 eintretende Verjährung wurde durch die Einreichung des PKH-Antrags der Antragstellerin am 22.12.2021 gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 14 2. Hs. BGB gehemmt, dessen Bekanntgabe an die Antragsgegnerin das LG – nach Behebung einer Beanstandung – am 14.01.2022 und damit noch „demnächst“ im Sinne dieser Vorschrift veranlasst hat. Der Begriff „demnächst“ in § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB entspricht demjenigen in § 167 ZPO. Er beschreibt keinen festgelegten oder festzulegenden Zeitraum. Vielmehr ist im Einzelfall zu würdigen, ob der Gläubiger alles Erforderliche und Zumutbare für eine Zustellung (in § 167 ZPO) oder die Veranlassung der Bekanntgabe (in § 204 Abs. 1 Nr. 14 BGB) getan hat und ob der Rückwirkung schützenswerte Belange des Schuldners entgegenstehen. Verzögerungen, die er bei gewissenhafter Vorbereitung des Antrags hätte vermeiden können, sind dem Gläubiger zuzurechnen, wobei es nicht darauf ankommt, ob ihm insoweit Vorsatz oder Fahrlässigkeit, sei es auch nur leichte Fahrlässigkeit, zur Last fällt. Geringfügige Verzögerungen von bis zu 14 Tagen, gerechnet vom Tage des Ablaufs der Verjährungsfrist an, bleiben jedoch außer Betracht (BGH, Urteil vom 10.09.2015, IX ZR 255/14, NZI 2015, 998, 1000 Rdnr. 15).

(...)

Bürgerliches Recht

ERBRECHT

9. Zulässiger Erbscheinsantrag trotz fehlender Beweismittel

BGH, Beschluss vom 08.02.2023, IV ZB 16/22
(Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 02.06.2022, 20 W 264/20)

BGB § 2356 Abs. 1 a. F., § 2358 a. F.
FamFG §§ 26, 352 Abs. 3
EGBGB Art. 229 § 36

LEITSATZ:

Ein Erbscheinsantrag ist nicht unzulässig, wenn der Antragsteller vom Gesetz geforderte Beweismittel ohne Verschulden nicht angibt. Stattdessen setzt die Pflicht des Nachlassgerichts zur Amtsermittlung gemäß § 2358 BGB a. F., § 26 FamFG ein.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 2 war die Ehefrau, die Beteiligte zu 3 ist die Tochter des am 11.11.2009 verstorbenen Erblassers.

2 Ein niederländisches Gericht verurteilte den Erblasser mit rechtskräftigem Urteil vom 09.09.2009 zur Zahlung von 416.354,15 € nebst Zinsen und Kosten an die Beteiligte zu 1. 2011 wurde das Urteil für in Deutschland vollstreckbar erklärt und die Vollstreckungsklausel gegen die „unbekannten Erben“ des Erblassers erteilt sowie diese dem zwischenzeitlich bestellten Nachlasspfleger zugestellt. Die Nachlasspflegschaft wurde später wieder aufgehoben.

3 In der Sterbefallanzeige des Ortsgerichts, deren Inhalt auf den Angaben der Beteiligten zu 2 beruht, sind als Kinder des Erblassers die Beteiligte zu 3 und „eine uneheliche Tochter L, weiteres nicht bekannt, wohnt in GB“ angegeben. Die Beteiligten zu 2 und 3 schlugen die Erbschaft aus und fochten die Annahme der Erbschaft wegen Irrtums an. Ein Nachlassinsolvenzverfahren wegen Überschuldung des Nachlasses wurde durchgeführt und nach der Schlussverteilung aufgehoben.

4 Die Beteiligte zu 1 hat die Erteilung eines Erbscheins mit dem Inhalt beantragt, dass die Beteiligten zu 2 und 3 Erben zu je ½ seien. Das Nachlassgericht hat darauf hingewiesen, dass, sofern die Angaben in der Sterbefallanzeige zuträfen, neben den Beteiligten zu 2 und 3, unabhängig von der Wirksamkeit ihrer Ausschlagungserklärungen, auch die nicht-eheliche Tochter Erbin sei, und um Mitteilung gebeten, ob den Verfahrensbeteiligten hinsichtlich dieser Tochter Erkenntnisse vorlägen, die von den Angaben in der Sterbefallanzeige abwichen. Die Beteiligte zu 1 hat daraufhin hilfsweise einen Erbschein beantragt, wonach der Erblasser zu ½ von der Beteiligten zu 2 und zu je ¼ von der Beteiligten zu 3 und „L“, Nachname und Adresse unbekannt, beerbt worden sei. Das Nachlassgericht hat den Erbscheinsantrag zurückgewiesen. Das OLG hat die dagegen gerichtete Beschwerde zurückgewiesen.

5 Hiergegen richtet sich die vom OLG zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1, mit der sie ihren Erbscheinsantrag weiterverfolgt.

6 II. Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und des Verfahrens und zur Zurückverweisung der Sache an das Beschwerdegericht (§ 74 Abs. 6 Satz 2 Alt. 1 FamFG).

7 1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, der Hauptantrag sei unzulässig, weil die Beteiligte zu 1 ihre Angaben zu dem Verhältnis, auf dem das Erbrecht beruhe, und zu dem etwaigen Wegfall einer Person, durch die das Erbeil der Beteiligten zu 2 und 3 gemindert würde, nicht durch öffentliche Urkunden nachgewiesen oder andere Beweismittel angegeben habe. Sie habe keine Beweise dafür erbracht oder Beweismittel angegeben, dass „L“ entweder nie existiert habe oder zumindest kein Abkömmling des Erblassers im Rechtssinne gewesen oder weggefallen sei. Mangels ordnungsgemäßen Erbscheinsantrags sei das Nachlassgericht nicht verpflichtet gewesen, im Wege der Amtsermittlung selbst Nachforschungen zur Existenz von „L“ anzustellen. Der Auffassung, dass die Amtsermittlungspflicht bereits dann ausgelöst werde, wenn der Antragsteller Beweismittel ohne Verschulden nicht vorlege, sei zumindest für das frühere Recht (§ 2356 Abs. 1 BGB a. F.) nicht zu folgen, weshalb dahinstehen könne, ob die Beteiligte zu 1 hier ohne Verschulden keine Beweismittel habe vorlegen können. Der Hilfsantrag sei bereits deshalb unzulässig, weil die Bezeichnung einer Erbin mit dem Vornamen ohne nähere Identifizierung nicht Inhalt eines Erbscheins sein könne.

8 2. Das hält hinsichtlich der Zurückweisung des Hauptantrags der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung durfte das Beschwerdegericht den Erbscheinsantrag nicht ablehnen.

9 a) Ein Erbscheinsantrag ist nicht unzulässig, wenn der Antragsteller vom Gesetz geforderte Beweismittel ohne Verschulden nicht angibt (vgl. MünchKomm-BGB/Mayer, 6. Aufl., § 2356 Rdnr. 2; Soergel/Zimmermann, BGB, 13. Aufl. § 2356 Rdnr. 26; Sternal/Zimmermann, FamFG, 21. Aufl. § 352 Rdnr. 61; a. A. OLG Düsseldorf, ErbR 2014, 493, 496, juris Rdnr. 18: nur bei objektiver Unmöglichkeit). Stattdessen setzt die Pflicht des Nachlassgerichts zur Amtsermittlung gemäß § 2358 BGB a. F., § 26 FamFG ein (vgl. Staudinger/Herzog, Neub. 2016, § 2353 Rdnr. 58; Soergel/Zimmermann, BGB, a. a. O. Rdnr. 2; BeckOK-FamFG/Schlögel, Stand: 01.10.2022, § 352 Rdnr. 17; MünchKomm-BGB/Mayer, § 2354 Rdnr. 3 f.). Das ergibt die Auslegung des bis zum 16.08.2015 geltenden § 2356 Abs. 1 BGB (im Folgenden: § 2356 Abs. 1 BGB a. F.), der inhaltlich § 352 Abs. 3 FamFG entspricht.

10 b) § 2356 Abs. 1 BGB a. F., der gemäß Art. 229 § 36 EGBGB auf dieses Verfahren weiter anwendbar ist, bestimmt die vorzulegenden Beweise zu den im Erbscheinsantrag erforderlichen Angaben. Diese Beweismittel „hat“ der Antragsteller anzugeben; das ist daher grundsätzlich Voraussetzung eines zulässigen Antrags. Jedoch steht dies unter dem ungeschriebenen Vorbehalt, dass der Antragsteller solche Beweismittel bei pflichtgemäßem Bemühen

überhaupt angeben kann. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Beweisanforderungen des § 2356 Abs. 1 BGB a. F. Teil der Mitwirkungspflichten im Erbscheinsverfahren sind (vgl. MünchKomm-BGB/Mayer, § 2354 Rdnr. 1). Die allgemeine Mitwirkungspflicht im Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit nach § 27 Abs. 1 FamFG bedeutet jedoch (nur), dass die Parteien durch Angaben von Tatsachen und Beweismitteln eine gerichtliche Aufklärung ermöglichen sollen, soweit sie dazu in der Lage sind (vgl. BT-Drucks. 16/6308, S. 186). Eine verweigerte Mitwirkung beeinflusst dann den Umfang gerichtlicher Ermittlungen, wenn sie zumutbar war (vgl. a. a. O.). Das Gesetz geht dementsprechend davon aus, dass die Mitwirkungspflichten schuldhaft verletzt werden können (vgl. § 81 Abs. 2 Nr. 4 FamFG), was aber die Möglichkeit der Entschuldigung einschließt. Im Erbscheinsverfahren kann daher eine Unkenntnis der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse verschuldet oder unverschuldet sein (vgl. dazu als Aspekt der Kostenentscheidung Senatsbeschluss vom 18.11.2015, IV ZB 35/15, FamRZ 2016, 218 Rdnr. 16).

11 c) Das steht im Einklang mit dem Zweck des § 2356 Abs. 1 BGB a. F. Die besonderen Regelungen zur Mitwirkungspflicht im Erbscheinsverfahren sollen sicherstellen, dass in diesem vom Amtsermittlungsgrundsatz geprägten Verfahren die Ermittlungslast nicht allein beim Nachlassgericht liegt, da die Ermittlung der den Antrag begründenden Tatsachen in erster Linie im Interesse des Antragstellers liegt und dieser regelmäßig den zu ermittelnden Sachverhalt besser kennt als das Nachlassgericht und über einen besseren Zugang zu bestimmten Beweismitteln verfügt (vgl. jurisPK-BGB/Lange, 7. Aufl., § 2354 Rdnr. 2; zur besseren Kenntnis auch OLG Naumburg, FamRZ 2016, 652, 654, juris Rdnr. 11). Der Gesetzgeber sah § 2356 BGB a. F. als eine „Regelung der Beweislast“ an (vgl. zu § 2070 BGB-E Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V S. 299). Deswegen muss zunächst der Antragsteller selbst nach Kräften bemüht sein, sein behauptetes Erbrecht, so wie er es im Erbschein bezeugt haben will, nachzuweisen (vgl. OLG Frankfurt a. M., FamRZ 1996, 1441, 1442, juris Rdnr. 11; OLG Köln, Rpfleger 1981, 65, juris Rdnr. 6; BayObLGZ 1951, 690, 695). Nach diesem Zweck finden die Pflichten des Antragstellers ihre Grenze an seinen Möglichkeiten zur Angabe von Beweismitteln.

12 d) Auch aus der Regelung des § 2358 Abs. 1 BGB a. F., nach der das Nachlassgericht „unter Benutzung der von dem Antragsteller angegebenen Beweismittel“ von Amts wegen die zur Feststellung der Tatsachen erforderlichen Ermittlungen durchzuführen hat, ergibt sich nicht, dass ohne solche Angaben ein Erbscheinsverfahren nicht eingeleitet werden kann bzw. ein gleichwohl gestellter Antrag unzulässig wäre. Nach dem Willen des Gesetzgebers war diese Vorschrift insgesamt Ausdruck der „Offizialmaxime“, d. h. des Amtsermittlungsgrundsatzes (vgl. zu § 2070 BGB-E Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Band V S. 300). Die Regelung ist mit der Überführung der Vorschriften zum Erbscheinsverfahren in das FamFG ersatzlos gestrichen worden, da der Gesetzgeber davon ausging, dass sich die

entsprechenden Grundsätze bereits aus §§ 26, 29 FamFG ergäben und mit dem dort nicht enthaltenen Zusatz „unter Benutzung der von dem Antragsteller angegebenen Beweismittel“ keine inhaltliche Einschränkung der Amtsermittlungspflicht verbunden sei (vgl. BT-Drucks. 18/4201, S. 61). Das Nachlassgericht ist daher bei der Tatsachenfeststellung weder auf die von den Beteiligten angegebenen Beweismittel beschränkt noch muss es stets allen Beweisangeboten nachgehen (vgl. Staudinger/Herzog, Neub. 2010, § 2358 Rdnr. 7), sodass auch das Fehlen von Beweisangeboten zu bestimmten Umständen dem Verfahren nicht entgegensteht.

13 e) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts ist es dem Nachlassgericht auch möglich, das Verschulden des Antragstellers zu beurteilen. Dieser hat substantiiert darzulegen, warum er zur Angabe der Beweismittel nicht in der Lage ist (vgl. Sternal/Zimmermann, FamFG, § 352 Rdnr. 61). Bei den an diese Entschuldigung zu stellenden Anforderungen kann zu berücksichtigen sein, wie nah der Antragsteller dem Erblasser stand; insbesondere ein Gläubiger des Erblassers wird regelmäßig weniger Kenntnisse und einen schlechteren Zugang zu bestimmten Beweismitteln haben (vgl. LG Flensburg, JurBüro 1968, 558, 559; Soergel/Zimmermann, BGB, § 2358 Rdnr. 1; Sternal/Zimmermann, a. a. O.).

14 3. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 74 Abs. 2 FamFG). Der Erbscheinsantrag kann nicht deswegen zurückgewiesen werden, weil die Beteiligte zu 1 bisher in den Vorinstanzen die unterbliebene Angabe von Beweismitteln für die Existenz oder Nichtexistenz einer weiteren Erbin nicht entschuldigt hat. Nachdem die Beteiligte zu 1 in ihrer Beschwerdeschrift mitgeteilt hatte, sie versuche die angebl. weitere Tochter zu ermitteln, hat das Beschwerdegericht die Beschwerde zurückgewiesen. Im Rahmen der im Erbscheinsverfahren geltenden Amtsermittlungspflicht (§ 26 FamFG) hat das Gericht aber die Beteiligten zur Mitwirkung zu veranlassen und auf eine Ergänzung des tatsächlichen Vorbringens hinzuwirken (vgl. BayObLG, FamRZ 2001, 771, 773, juris Rdnr. 35). Einen Hinweis auf die Notwendigkeit, zu den Hinderungsgründen vorzutragen, hat das Beschwerdegericht – aus seiner Sicht konsequent – bisher nicht erteilt.

15 4. Soweit die Beschwerdeentscheidung die Zurückweisung des Hilfsantrags betrifft, wird sie von der Rechtsbeschwerde zu Recht nicht angegriffen.

16 III. Die Sache ist daher zur erneuten Prüfung und Entscheidung an das Beschwerdegericht zurückzuverweisen (§ 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG). Dieses wird für die Frage der Zulässigkeit des Erbscheinsantrags Feststellungen dazu zu treffen haben, ob die Beteiligte zu 1 ein Verschulden an der bisher unterbliebenen Angabe von Beweismitteln für die Existenz oder Nichtexistenz einer weiteren Erbin trifft. In diesem Zusammenhang trifft die Beteiligte zu 1 keine Verpflichtung zur Einschaltung eines Erbenermittlers oder Privatdetektivs. Von einem Antragsteller kann die Beschaffung weiterer Informationen nur verlangt werden, wenn dies für ihn mit – auch finanziell – vertretbarem Aufwand möglich ist. Dazu gehören die vergütungspflichtigen Leistungen

eines Erbenermittlers oder Privatdetektivs in der Regel nicht. Grundsätzlich hat nämlich das Nachlassgericht die erforderlichen Ermittlungen gemäß § 2358 BGB a. F., § 26 FamFG von Amts wegen durchzuführen (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 2015, 1160, juris Rdnr. 16).

10. Erforderlichkeit eines Erbscheins bei Einfügung einer Verwirkungsklausel durch späteres privatschriftliches Testament

OLG Schleswig, Beschluss vom 30.12.2022, 2 Wx 29/22

BGB §§ 2254, 2255, 2256

GBO § 35 Abs. 1 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. **Liegt neben dem öffentlichen Testament ein eigenhändiges Testament vor, bleibt es bei der Regel des § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO, sofern die Erbfolge nicht ausschließlich auf dem öffentlichen Testament, sondern (auch) auf dem privatschriftlichen Testament beruht. Existiert neben dem öffentlichen Testament ein späteres privatschriftliches Testament, ist neben Widerruf (§§ 2254 bis 2256 BGB) und Widerspruch zu dem früheren öffentlichen Testament (§ 2258 BGB) auch jede andere Beschwerde mit Bezug zur Erbeinsetzung (etwa Nacherbfolge, Testamentsvollstreckung) zu beachten.**
2. **Bei Konkurrenz zwischen einem öffentlichen Testament und einer später errichteten privatschriftlichen Verfügung von Todes wegen kann das Grundbuchamt daher regelmäßig bereits dann auf der Vorlage eines Erbscheins bestehen, wenn das eigenhändige Testament nicht offenbar ungültig, widerrufen oder für die Erbfolge bedeutungslos ist.**
3. **Wird in einem späteren privatschriftlichen Testament eine Verwirkungsklausel eingefügt, ist diese für die Erbfolge von Bedeutung, weil sie geeignet ist, die in der öffentlichen Urkunde getroffene Erbfolgeanordnung zu modifizieren oder zu beseitigen. Eine Verwirkungsklausel führt zum Verlust des Erbrechts für denjenigen oder diejenigen Erben, die gegen die sanktionsbewehrte Verhaltensanordnung verstoßen, sodass die nachträgliche Einfügung einer solchen auflösenden Bedingung für die Erbfolge von Bedeutung ist.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Im Grundbuch (...) ist der (...) G1 (im Folgenden: Erblasser) in Abteilung I eingetragen.

2 Der Erblasser setzte durch notarielles Testament vom (...) 2014 seine drei Söhne, die Beteiligten zu 1-3, zu je $\frac{1}{3}$ als Erben ein. Durch zwei privatschriftliche Testamente vom (...) 04.2017 sowie vom (...) 09.2017 änderte er sein Testament vom (...) 2014. Während in dem Testament vom

(...) 04.2017 lediglich Änderungen mit Blick auf die Vermächtnisse enthalten waren, beinhaltete das Testament vom (...) 09.2017 neben einer weiteren Regelung die Vermächtnisse betreffend folgende Änderung zum Testament vom (...) 2014:

„Dieses Testament habe ich niedergeschrieben in der Erwartung, dass meine Söhne mögliche Meinungsverschiedenheiten einvernehmlich beilegen oder ggf. den Einigungsvorschlag des Testamentsvollstreckers annehmen. Ein Erbe, der Klage erhebt, hat nur Anspruch auf den Pflichtteil.“

3 Alle drei Testamente wurden vor dem AG (...) eröffnet.

4 Zunächst haben die Antragsteller am 02.08.2019 beantragt, die Beteiligten zu 1-3 als Eigentümer in Erbengemeinschaft im Grundbuch einzutragen und unter anderem einen Erbauseinandersetzungsvertrag vom (...) 2019 beigefügt.

5 Hierauf hat das Grundbuchamt des AG nach weiterem Schriftwechsel mit Zwischenverfügung vom 09.12.2019 aufgegeben, einen Erbschein vorzulegen. Das spätere privatschriftliche Testament sei für die Erbfolge nicht unerheblich.

6 Daraufhin haben die Antragsteller den Antrag mit Schriftsatz vom 14.04.2020 zurückgenommen und die Eigentumsumschreibung auf die Beteiligten zu 1-3 als Miteigentümer zu je $\frac{1}{3}$ beantragt. Unter Ziffer II der beigefügten „Änderung zum Erbauseinandersetzungsvertrag vom (...) 2019“, datierend auf den (...) 02.2020 ist die Übertragung des verfahrensgegenständlichen Grundstückes durch den Testamentsvollstrecker auf die Beteiligten zu 1-3 zu je $\frac{1}{3}$ Miteigentumsanteil geregelt.

7 Mit Schreiben vom 22.04.2020 hat das Grundbuchamt des AG darauf hingewiesen, dass die nicht entgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers der Zustimmung aller Erben bedürfe, hierzu bedürfe es des Erbnachweises, auf die Zwischenverfügung vom 09.12.2020 werde Bezug genommen.

8 In der Folge haben die Antragsteller mit Schreiben vom 16.03.2021 den Antrag vom 14.04.2021 zurückgenommen und zugleich beantragt, die Beteiligten zu 1-3 als Eigentümer in Erbengemeinschaft einzutragen. Beigefügt war die Vereinbarung vom (...) 02.2021, mit der die Urkunde „Änderung zum Erbauseinandersetzungsvertrag vom (...) 2019“, datierend auf den (...) 02.2020, wiederum aufgehoben wurde. Gleichzeitig wurde das Grundstück durch den Testamentsvollstrecker freigegeben. Die Notarin solle den zwischenzeitlich gestellten Antrag zurücknehmen und einen Antrag auf Grundbuchberichtigung (Eintragung der Erben als Eigentümer in Erbengemeinschaft) stellen. In der Urkunde enthalten ist eine eidesstattliche Versicherung, die unter anderem die Erklärung beinhaltet, dass keiner der in dem notariellen Testament vom (...) 2014 genannten drei Erben Klage erhoben hat. Die in der notariellen Urkunde enthaltenen Erklärungen wurden durch den Testamentsvollstrecker und eine Angestellte der Notarin abgegeben, wobei die Letztgenannte namens und in Vollmacht der Beteiligten zu 1-3 handelte.



9 Nach weiterem Schriftwechsel hat das Grundbuchamt des AG (...) am 04.03.2022 die angegriffene Zwischenverfügung erlassen und die Vorlage eines Erbscheins aufgegeben. Die spätere privatschriftliche Verfügung sei für die Erbfolge erheblich, da ein Erbe, der Klage erhebe, nur einen Pflichtteilsanspruch habe und von der Erbfolge ausgeschlossen sei. Die Vorlage der eidesstattlichen Versicherung schließe die Nachweiskette nicht, weil die Verwirkungsklausel auf der späteren privatschriftlichen Verfügung beruhe. Dabei hat das Grundbuchamt auf die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 30.11.2004, 20 W 223/2004, juris, Bezug genommen.

10 Hiergegen haben die Antragsteller Beschwerde erhoben. Es handele sich um eine Verwirkungsklausel mit eindeutiger Verhaltensanforderung (vgl. BGH, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14). Auch in einem Erbscheinsverfahren vor dem Nachlassgericht würde nichts anderes verlangt werden als die bereits dem Grundbuchamt vorliegende eidesstattliche Versicherung, dass keiner der Erben Klage erhoben habe. Die Erben würden diese Erklärung kennen und hätten sie sich durch den fehlenden Protest zu eigen gemacht. Die vom Grundbuchamt zitierte Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. sei nicht übertragbar.

11 Das Grundbuchamt des AG (...) hat der Beschwerde durch Beschluss vom 04.05.2022 nicht abgeholfen und die Beschwerde dem Schleswig-Holsteinischen OLG vorgelegt.

12 II. Die gemäß §§ 71 ff. GBO zulässige Beschwerde gegen die nach § 18 GBO ergangene Zwischenverfügung ist unbegründet.

13 Das Grundbuchamt hat den Antragstellern mit der angegriffenen Zwischenverfügung zu Recht aufgegeben, einen Erbschein zum Nachweis der Erbfolge vorzulegen, § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO, bevor die Beteiligten zu 1-3 als Eigentümer in Erbengemeinschaft im Wege der Grundbuchberichtigung eingetragen werden.

14 Gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO ist der Nachweis der Erbfolge durch Vorlage eines Erbscheins zu führen. Der Vorlage eines Erbscheins bedarf es dann nicht, wenn die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen beruht, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO.

15 Vorliegend beruht die Erbfolge nicht allein auf dem notariell beurkundeten Testament, weil ein späteres privatschriftliches Testament des Erblassers existiert, welches die Erbfolge berührt.

16 Liegt neben dem öffentlichen Testament ein eigenhändiges Testament vor, so bleibt es bei der Regel des § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO, sofern die Erbfolge nicht mehr ausschließlich auf dem öffentlichen Testament, sondern (auch) auf dem privatschriftlichen Testament beruht (vgl. Keller/Munzig/Volmer, KEHE Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 95). Existiert neben dem öffentlichen Testament ein späteres privatschriftliches Testament, ist – auch wenn kein Widerruf gemäß §§ 2254–2256 BGB vorliegt – insbesondere § 2258 BGB zu beachten, demzufolge ein früheres Testament insoweit aufgehoben wird, als das spätere Testament mit

dem früheren in Widerspruch steht (vgl. OLG München, Beschluss vom 21.10.2016, 34 Wx 331/16, Rdnr. 15, juris; Senat, Beschluss vom 12.06.2018, 2 Wx 38/18). Andere Beschwerden mit Bezug zur Erbeinsetzung (etwa Nacherfolge, Testamentsvollstreckung) können ebenfalls die Erbfolge beeinträchtigen (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 06.09.2012, I-15 W 260/12, juris Rdnr. 3, für die spätere Änderung der Anordnung einer Testamentsvollstreckung durch privatschriftliches Testament).

17 Bei Konkurrenz zwischen einem öffentlichen Testament und einer später errichteten privatschriftlichen Verfügung von Todes wegen kann das Grundbuchamt daher regelmäßig bereits dann auf der Vorlage eines Erbscheins bestehen, wenn das eigenhändige Testament nicht offenbar ungültig, widerrufen oder für die Erbfolge bedeutungslos ist (OLG München, Beschluss vom 21.10.2016, 34 Wx 331/16, juris Rdnr. 14; Senat, Beschlüsse vom 12.06.2018, 2 Wx 38/18 und vom 10.07.2017, 2 Wx 41/16; OLG Hamm, Beschluss vom 06.09.2012, I-15 W 260/12, juris Rdnr. 3; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 30.11.2004, 20 W 223/2004, juris Rdnr. 15; *Böhringer*, ZEV 2017, 68, 70; vgl. auch Keller/Munzig/Volmer, KEHE Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 95).

18 Vorliegend ist das privatschriftliche Testament nicht offensichtlich unwirksam oder widerrufen. Es kann auch für die Erbfolge Bedeutung erlangen, weil es geeignet ist, die in der öffentlichen Urkunde getroffene Erbfolgeanordnung zu modifizieren oder zu beseitigen (vgl. OLG München, Beschluss vom 21.10.2016, 34 Wx 331/16, juris Rdnr. 14). Die Auswirkung auf die Erbfolge ergibt sich aus der in der privatschriftlichen Verfügung enthaltenen Regelung, dass derjenige Erbe, der Klage erhebt, lediglich Anspruch auf seinen Pflichtteil haben soll. Eine derartige Verwirkungsklausel führt zum Verlust des Erbrechts für denjenigen oder diejenigen Erben, die gegen die sanktionsbewehrte Verhaltensanordnung verstoßen. Die nachträgliche Einfügung einer solchen auflösenden Bedingung ist für die Erbfolge von Bedeutung.

19 Soweit die Antragsteller auf die Entscheidung des BGH vom 02.06.2016, V ZB 3/14 Bezug nehmen, übersehen sie, dass bei dem der zitierten Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt die Verwirkungsklausel in dem notariell beurkundeten Testament enthalten war. Schon aus diesem Grund vermögen sie das von ihnen verfolgte Ziel einer Eintragung ohne Vorlage eines Erbscheins nicht auf diese Entscheidung zu stützen.

20 In diesem Zusammenhang merkt der Senat – ohne dass es nach den vorstehenden Ausführungen hierauf noch ankäme – an, dass die vorliegende eidesstattliche Versicherung seitens des Testamentsvollstreckers und der durch die Beteiligten zu 1-3 bevollmächtigten Notarfachangestellten auch dann nicht ausgereicht hätte, wenn die Verwirkungsklausel bereits in dem notariell beurkundeten Vertrag enthalten gewesen wäre. In diesem Fall hätte es einer entsprechenden eidesstattlichen Versicherung zumindest seitens aller Beteiligten bedurft (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 13.12.2021, 5 W 70/21, juris Rdnr. 13; Keller/Munzig/Volmer, KEHE Grundbuchrecht, § 35 Rdnr. 123; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 17.01.2013, 20 W 413/12, juris Rdnr. 14:

eidesstattliche Versicherungen sämtlicher (bedingt eingesetzter) Schlusserben, ebenso: *Böhringer*, ZEV 2017, 68, 71). Die eidesstattliche Versicherung der bevollmächtigten Notarfachangestellten vermag eine Erklärung der beteiligten Erben nicht zu ersetzen, weil es sich bei der Erklärung, dass keiner der Erben Klage erhoben hat, nicht um eine Willenserklärung handelt, sondern um eine die festzustellende Tatsachengrundlage betreffende Wissenserklärung.

11. Erbvertraglich bindende Schlusserben-einsetzung auch in Ansehung angewachsenen Erbanteils

OLG Oldenburg, Beschluss vom 26.08.2022, 3 U 37/22

BGB §§ 2069, 2094 Abs. 1 und 2, §§ 2099, 2270 Abs. 2, § 2271 Abs. 2

LEITSATZ:

Die Grundsätze des BGH (Beschluss vom 16.01.2002, IV ZB 20/01) zur Wechselbezüglichkeit bei der Ersatzerbeneinsetzung, sofern sie auf § 2069 BGB beruhen, sind nicht mit der Bestimmung zur Anwachsung nach § 2094 Abs. 2 BGB vergleichbar und damit nicht übertragbar.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Senat beabsichtigt, die Berufung durch einstimmigen Beschluss nach § 522 Abs. 2 Satz 1 ZPO zurückzuweisen.

2 Es besteht Gelegenheit zur Stellungnahme zu diesem Hinweisbeschluss und Entscheidung über die Aufrechterhaltung der Berufung unter Kostengesichtspunkten binnen zwei Wochen nach Zustellung des Beschlusses.

3 II. Der Senat lässt sich bei seiner Absicht, nach § 522 Abs. 2 ZPO zu verfahren, von folgenden Überlegungen leiten:

4 Die Rechtssache hat weder grundsätzliche Bedeutung noch erfordert die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts durch Urteil. Eine mündliche Verhandlung ist nicht geboten.

5 Der Kläger ist Testamentsvollstrecker über den Nachlass des am (...) 1927 geborenen und am (...) 2021 gestorbenen BB.

6 Der verstorbene BB war der Lebensgefährte der am (...) 2019 verstorbenen Frau DD. Frau DD war vom (...) 1966 bis zum (...) 1981 verheiratet mit Herrn EE. Die Ehe blieb kinderlos. EE hatte aus erster Ehe einen CC, den Beklagten, und einen Adoptivsohn, Herrn FF.

7 Die Eheleute DD und EE errichteten am 16.10.1971 ein notarielles gemeinschaftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig zu alleinigen, unbeschränkten Erben einsetzten und sollte Frau DD die Überlebende sein, wurden die Söhne von Herrn EE als Erben bestimmt.

8 Am (...) 1981 verstarb Herr EE. Sein Adoptivsohn, Herr FF, verstarb am (...) 1995.

9 Am 17.08.1995 verfasste Frau DD ein handschriftliches Testament, in dem sie ihren Lebenspartner, Herrn BB, als ihren alleinigen Erben einsetzte.

10 Der Kläger ist der Auffassung, Herr BB sei Erbe der Frau DD geworden. Das handschriftliche Testament vom 17.08.1995 sei wirksam, weil die Erbeinsetzung der Söhne des Herrn FF nicht wechselbezüglich sei.

11 Das LG Aurich hat die Klage des Klägers festzustellen, dass die am (...) 2019 in (...) verstorbene Frau DD von Herrn BB, nachverstorben in (...) am (...) 2021, allein beerbt worden ist, mit Urteil vom 05.05.2022 abgewiesen.

12 Zur Begründung hat das LG ausgeführt, dass der Kläger die begehrte Feststellung nicht beanspruchen könne, da die Berufung des Beklagten zum Erben im gemeinschaftlichen Testament vom 16.10.1971 eine wechselbezügliche Verfügung darstelle (§ 2270 Abs. 1 BGB). Bei der Auslegung des Testaments sei zu berücksichtigen, dass Herr EE die Erbeinsetzung seiner Ehefrau zur Alleinerbin nur im Hinblick darauf testiert haben dürfte, dass seine Söhne von Frau DD als Schlusserben eingesetzt werden und so beim zweiten Todesfall am Familienvermögen teilhaben können. Mit dem Tode des Herrn EE sei die Schlusserbeneinsetzung des Beklagten nach § 2271 Abs. 2 1. Hs. BGB bindend geworden. Die wechselbezügliche Verfügung sei auch nicht durch das Versterben des Adoptivsohnes FF anteilig gegenstandslos geworden, sodass Frau DD jedenfalls über den hälftigen Erbanteil hätte frei verfügen können.

13 Eine Ersatzerbenberufung sei nicht anzunehmen, da eine entsprechende Regelung im Testament nicht getroffen worden sei und die Eheleute bestimmt hätten, dass sie mehr nicht zu bestimmen hätten. Der Erbanteil des verstorbenen FF sei daher mit dessen Ableben dem Erbanteil des Beklagten angewachsen (§ 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das Testament enthalte keine Anhaltspunkte, dass die Anwachsung gemäß § 2094 Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein sollte.

14 Hiergegen wendet sich der Kläger mit seiner form- und fristgerecht erhobenen Berufung, mit der er sein erstinstanzliches Begehren weiterverfolgt.

15 Der Kläger führt zur Begründung aus, das LG habe die Norm des § 2270 Abs. 1 BGB falsch angewendet. Das LG habe nicht den Willen der Eheleute erforscht, sondern sich allein am Willen des Ehemannes orientiert. Ein objektives Interesse der Ehefrau an der getroffenen Regelung bestehe nicht. Bei der Auslegung sei vorliegend zudem nicht berücksichtigt worden, dass die Eheleute ausdrücklich einen Grund für die alleinige Erbfolge der Ehefrau im Testament angeführt haben, nämlich, dass man das Vermögen gemeinsam erarbeitet und erspart habe. Aufgrund dessen könne nicht angenommen werden, dass sich die Eheleute wechselseitig zu Alleinerben bestimmt hätten, nur weil die Berufung der Söhne des Ehemannes als Schlusserben erfolgte. Der im Testament angegebene Grund spreche vielmehr dagegen.

16 Falsch sei auch die Annahme, wonach dem Beklagten bei Vorversterben des FF dessen Erbteil anwachse. Es fehle sowohl ein Wille der Testierenden zu einer Ersatzerbeneinsetzung wie auch gleichermaßen zu einer Anwachsung, denn die Erklärung, mehr nicht bestimmen zu wollen, schließe gerade eine Anwachsung aus (§ 2094 Abs. 3 BGB). Eine Erstreckung der Vermutungsregelung in § 2270 Abs. 2 BGB auf die Vermutungsregelung in § 2094 BGB scheidet aus. Wenn der BGH eine Erstreckung der Zweifelsregelung in § 2270 Abs. 2 BGB auf Ersatzerben ablehne, müsse dies wegen des Vorrangs der Ersatzerbeneinsetzung (§ 2099 BGB) auch für die Anwachsung gelten. Durch den Tod des Herrn FF sei die Bindung der Erblasserin entfallen und sie sei frei, durch ihr privatschriftliches Testament ihren Lebensgefährten zumindest zu ½-Anteil zum Erben einzusetzen. Das LG hätte demnach zumindest dem Hilfsantrag, nämlich, dass die Erblasserin von Herrn BB zu ½-Anteil beerbt worden sei, stattgeben müssen.

17 Die Berufung hat offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg.

18 Das LG ist zu Recht und mit zutreffender Begründung zunächst zu dem Ergebnis gelangt, dass die Berufung des Beklagten zum Schlusserrben in dem gemeinschaftlichen Testament vom 16.10.1971 eine wechselbezügliche Verfügung darstellt (§ 2270 Abs. 1 BGB).

19 Es ist jedenfalls gemäß der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB von Wechselbezüglichkeit zwischen der Einsetzung der Ehefrau als Alleinerbin ihres Ehemannes und der Bestimmung der Ehefrau, die Söhne des Ehemannes als Schlusserrben einzusetzen, auszugehen. Entgegen der Ansicht des Beschwerdeführers führt eine Auslegung des Testaments vom 16.10.1971 nicht zu einem anderen Ergebnis.

20 Gemäß § 2270 Abs. 2 BGB ist von Wechselbezüglichkeit auszugehen, wenn dem einen Ehegatten von dem anderen Ehegatten eine Zuwendung gemacht wird und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahesteht.

21 Dies ist vorliegend der Fall: Der Ehemann hat in dem gemeinschaftlichen Testament die Ehefrau als seine Alleinerbin eingesetzt. Sodann hat die Ehefrau bestimmt, dass, sollte sie die Überlebende sein, sie die erstehelichen Söhne ihres Mannes als ihre Erben einsetzt. Da es sich bei den Söhnen um Personen handelt, „die mit dem anderen Ehegatten verwandt sind“, kommt es auf die zweite Alternative des § 2270 Abs. 2 BGB, das Näheverhältnis, nicht an.

22 Zutreffend weist der Beschwerdeführer darauf hin, dass § 2270 Abs. 2 BGB nur eine Auslegungsregel ist und deshalb nicht eingreift, wenn sich durch Auslegung des Testaments ergibt, dass eine Wechselbezüglichkeit nicht gewollt war. Der Senat vermag jedoch durch Auslegung nicht festzustellen, dass vorliegend die Eheleute im Zeitpunkt der Testamenterrichtung im Jahr 1971 eine solche Wechselbezüglichkeit nicht gewollt haben.

23 Das Argument des Beschwerdeführers als Grund für die gegenseitige Einsetzung zum Alleinerben sei im Testament angegeben worden, dass die Eheleute ihr Vermögen ge-

meinsam erarbeitet und erspart hätten, verfängt nicht. Das LG hat insoweit zutreffend ausgeführt, dass die Angabe, dass man das Vermögen gemeinsam erarbeitet und erspart hat, nicht gegen die Wechselbezüglichkeit der Erbeinsetzung der Ehefrau zu der Erbeinsetzung der Söhne des Ehemannes für den Fall, dass Frau DD die Überlebende sein sollte, spreche. Vielmehr liefert die Begründung den zutreffenden Grund dafür, warum zunächst die Ehefrau zu Lebzeiten den unbeschränkten und alleinigen Zugriff auf – das gemeinsame und ersparte – Vermögen haben sollte. Durch die Schlusserrbeneinsetzung der Söhne durch die überlebende Ehefrau sollte gerade zunächst nicht der nach der gesetzlichen Erbfolge bestehende hälftige Zugriff auf das Vermögen des Ehemannes durch seine Kinder kompensiert werden, indem jedenfalls die Söhne durch die Ehefrau zu Schlusserrben eingesetzt werden. Es ist davon auszugehen, dass der Ehemann, wie das LG zu Recht ausgeführt hat, seine Söhne andernfalls nicht zunächst „enterbt“ und „nur“ seine Ehefrau zur Alleinerbin eingesetzt hätte. Dies entspricht auch der Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB. Der angegebene Grund für die Alleinerbeneinsetzung ersetzt damit nicht die Zweifelsregelung, sondern erklärt lediglich ergänzend den Grund für die jeweilige Alleinerbeneinsetzung, ohne aber der Wechselbezüglichkeit der Schlusserrbeneinsetzung durch die Ehefrau in Bezug auf ihre Einsetzung zur Alleinerbin zu widersprechen.

24 Mit dem Tod des Herrn EE ist die Schlusserrbeneinsetzung des Beklagten nach § 2271 Abs. 2 1. Hs. BGB bindend geworden. Eine einseitige Änderung durch die Überlebende, wie mit dem Testament vom 17.08.1995 geschehen, ist damit nicht mehr möglich (§ 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB). Die Verfügung vom 17.08.1995 ist damit unwirksam.

25 Gleichfalls ist das LG zutreffend zu dem Ergebnis gelangt, dass die wechselbezügliche Verfügung durch das Versterben des Adoptivsohnes FF nicht anteilig gegenstandslos geworden ist, sodass die Frau DD über den hälftigen Erbanteil nicht frei verfügen konnte.

26 Eine Ersatzerbenbestimmung wurde durch die Eheleute nicht getroffen. Die Voraussetzungen der Ersatzerbenbestimmung gemäß § 2069 BGB liegen nicht vor. Anhaltspunkte für eine ergänzende Testamentsauslegung im Hinblick auf eine mögliche (konkludente) Ersatzerbenbestimmung ergeben sich nicht. Hiervon geht auch der Beschwerdeführer aus. Die Eheleute haben ausdrücklich bestimmt, mehr nicht bestimmen zu haben.

27 Durch den Tod des Adoptivsohnes FF vor dem Ableben der Frau DD fiel er als Schlusserrbe weg, sodass gemäß § 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB sein Erbteil dem verbleibenden anderen Schlusserrben, also dem Beklagten, anwuchs.

28 § 2099 BGB steht der Anwachsung nicht entgegen, da die Eheleute gerade keine Ersatzerben berufen haben (siehe oben).

29 Die vom Beschwerdeführer zitierte Entscheidung des BGH vom 16.01.2002 (IV ZB 20/01) steht dem nicht entgegen. In dieser Entscheidung hat der BGH entschieden, dass für den Fall, dass ein in einem Ehegattentestament eingesetzter Schlusserrbe wegfällt, § 2270 Abs. 2 BGB, also die

Annahme der Wechselbezüglichkeit, auf Ersatzerben nur dann anwendbar sei, wenn sich Anhaltspunkte für einen auf deren Einsetzung gerichteten Willen der testierenden Eheleute feststellen lassen, die Ersatzerbeinsetzung also nicht allein auf § 2069 BGB beruhe. Vorliegend geht es aber gerade nicht um die Wechselbezüglichkeit einer möglichen Ersatzerbeinsetzung, sondern um die Regelung zur Bestimmung zur Anwachsung. Insoweit hatte das LG zu Recht angenommen, dass die Wechselbezüglichkeit auch die Anwachsung mitumfasse. Anhaltspunkte aus dem Testament, dass die Anwachsung gemäß § 2094 Abs. 3 BGB ausgeschlossen ist, ergeben sich nicht. Solche Anhaltspunkte vermochte auch der Beschwerdeführer mit seiner Beschwerde nicht aufzuzeigen.

30 Der Senat erachtet die vom BGH aufgestellten Grundsätze zur Wechselbezüglichkeit der Ersatzerbeinsetzung, sofern sie auf § 2069 BGB beruht, nicht mit der Bestimmung zur Anwachsung nach § 2094 Abs. 1 BGB vergleichbar und damit übertragbar. Bei der Ersatzerbeinsetzung werden neue Erben bestimmt, die als Ersatz für den weggefallenen Erben eingesetzt werden. Diese Ersatzerben sind, sofern die Regelung des § 2069 BGB zur Anwendung gelangt, von den Testierenden zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung noch nicht ausdrücklich bedacht worden. Da es sich um gänzlich neue Erben handelt, überzeugt die Entscheidung des BGH, dass insoweit keine Wechselbezüglichkeit angenommen werden kann, und der BGH fordert, dass sich zumindest Anhaltspunkte für die Einsetzung der „neuen“ Ersatzerben aus dem Willen der Testierenden ergeben müssten. Die Konstellation bei der Anwachsung ist eine gänzlich andere. Hier ist die Person des Schlusserven den Testierenden bekannt. Durch den Wegfall einer der Schlusserven, sofern mehrere Schlusserven vorhanden sind, wächst lediglich der dem einen Schlusserven zugestandene Anteil an. Insoweit verbleibt es aber bei der grundsätzlichen Annahme der Wechselbezüglichkeit, da anzunehmen ist, dass auch bei einer Anwachsung die Einsetzung des Ehegatten zum Alleinerben nur deshalb erfolgt, da durch die Schlusserbeneinsetzung sichergestellt ist, dass nach dem Ableben des überlebenden Ehegatten die Verwandten des Erstverstorbenen Ehegatten als Erben eingesetzt werden. Die Anwachsung vermag an dieser Grundkonstellation nichts zu ändern.

31 So liegt der Fall hier. Anhaltspunkte dafür, dass die Ehegatten vorliegend im Fall des Ablebens eines Schlusserven eine Anwachsung des weiteren Schlusserven ausschließen wollten oder die überlebende Ehefrau im Hinblick auf den freiwerdenden Erbanteil in ihrer Verfügungsbefugnis frei sein sollte, ergeben sich gerade nicht.

32 Die Berufung des Klägers ist daher vollumfänglich zurückzuweisen.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Benjamin Lorenz**, Fürth

1. Sachverhalt und Entscheidung

Ehegatten ohne gemeinsame Kinder hatten sich in einem notariellen gemeinschaftlichen Testament gegenseitig zu Alleinerben eingesetzt. Als Schlusserven hatte die Ehefrau ihre Stiefsöhne, d. h. die beiden Kinder des Ehemanns, eingesetzt. Ausdrückliche Regelungen zur Wechselbezüglichkeit der Schlusserbeneinsetzung enthielt das gemeinschaftliche Testament nicht, ebenso wenig Bestimmungen zur Ersatzerbfolge oder Anwachsung. Nach dem Tod des Ehemannes und eines der Stiefsöhne setzte die Ehefrau ihren neuen Lebensgefährten zum Alleinerben ein. Als später auch die Ehefrau und sodann der von ihr bedachte Lebensgefährte verstorben waren, klagte der für den Nachlass des Lebensgefährten eingesetzte Testamentsvollstrecker auf Feststellung, dass die Ehefrau von ihrem Lebensgefährten allein beerbt worden sei.

Das LG wies die Klage ab und das daraufhin angerufene OLG kündigt in seinem Hinweisbeschluss die Absicht an, die Berufung zurückzuweisen. Die Einsetzung der Stiefsöhne sei wechselbezüglich im Verhältnis zur Einsetzung der Erblasserin durch ihren vorverstorbenen Ehemann. Da hiervon auch die sich aus § 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB ergebende Anwachsung des Erbteils des vorverstorbenen Stiefsohnes zugunsten seines Bruders umfasst sei, sei ein Widerruf der Verfügung der Erblasserin insgesamt nach § 2271 Abs. 2 Satz 11. Hs. BGB ausgeschlossen.

2. Anmerkung

Die Entscheidung des OLG überzeugt. Unproblematisch widerspricht die Einsetzung des Lebensgefährten gemäß § 2258 Abs. 1 BGB der früheren Verfügung, soweit sie den zuvor dem noch lebenden Stiefsohn zugedachten Erbteil betrifft. Dieser Widerruf ist gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 11. Hs. BGB unwirksam, da die Einsetzung der Ehefrau durch den Ehemann im Verhältnis zur Einsetzung der Stiefsöhne durch die Ehefrau jedenfalls nach der Vermutungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB wechselbezüglich ist (was sich möglicherweise bereits aus einer individuellen Testamentsauslegung ergibt).

Weniger klar ist die Rechtslage im Hinblick auf den Erbteil des vorverstorbenen Stiefsohns. Da er als Erbe weggefallen ist, steht jedenfalls seine Einsetzung einer neuen Verfügung nicht entgegen. Allerdings wäre dieser Erbteil gemäß § 2094 Abs. 1 Satz 1 BGB dem noch lebenden Stiefsohn angewachsen. Dieses Anwachsungsrecht ist, wie die systematische Stellung der Vorschrift im Titel 2 „Erbeinsetzung“ unterstreicht, integraler Bestandteil seiner Erbeinsetzung. Es kann gemäß § 2094 Abs. 3 BGB zwar durch Verfügung von Todes wegen ausgeschlossen, nicht aber konstitutiv positiv angeordnet werden.¹ In Ermangelung eines Ausschlusses enthält daher jede Miterbeinsetzung eine subsidiäre Ersatzberufung auf die

¹ Keller, ZEV 2002, 439, 440.

Erbschaft bzw. den gemeinschaftlichen Erbteil im Ganzen. Indem die Ehefrau über den Erbteil des vorverstorbenen Stiefsohnes neu verfügt hat, schloss sie das in der früheren Einsetzung des noch lebenden Sohnes enthaltene Anwachsungsrecht erst nachträglich aus und widersprach der früheren unbeschränkten Einsetzung auch insoweit.

Daher kam es entscheidend auf die hochumstrittene Frage an, ob sich die Wechselbezüglichkeit der Einsetzung des noch lebenden Stiefsohnes auf sein darin enthaltenes Anwachsungsrecht erstreckt.² Dies hätte zur Folge, dass die spätere Einsetzung des Lebensgefährten gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 11. Hs. BGB insgesamt unwirksam wäre. Das OLG bejaht dies mit Recht, denn die Wechselbezüglichkeit gemäß § 2270 Abs. 1 BGB erfasst die „Verfügung“ im Ganzen, d. h. die Erbeinsetzung einschließlich der ihr vom Gesetz verliehenen Reichweite. Dazu gehört – wie oben dargelegt – u. a. die Anwachsung als eine der Miterbeneinsetzung immanente Ersatzberufung. Dies erklärt auch, warum die Anwachsung weder in § 2270 Abs. 3 BGB noch in § 2278 Abs. 2 BGB genannt wird.³ Begründungsbedürftig ist daher nicht die Einbeziehung der Anwachsung in die Wechselbezüglichkeit, sondern umgekehrt ihr Ausschluss davon.

a) Keine Übertragbarkeit der BGH-Rechtsprechung zu § 2069 BGB

In der Literatur wird hierfür auf die BGH-Rechtsprechung rekuriert, nach welcher § 2270 Abs. 2 BGB auf die sich nur aus § 2069 BGB ergebende Ersatzerbfolge nicht anzuwenden ist.⁴ Die Ersatzberufung infolge Anwachsung sei damit strukturell vergleichbar. Daher könne auch ihre Wechselbezüglichkeit aus § 2270 Abs. 2 BGB allenfalls hergeleitet werden, wenn die Anwachsung auf einem positiv feststellbaren Erblasserwillen beruht.⁵ Eine solche Übertragung der BGH-Rechtsprechung käme freilich allenfalls sinngemäß in Betracht, denn in Bezug auf die Anwachsung kommt es zu keiner isolierten Prüfung von § 2270 Abs. 2 BGB. Es stellt sich nur die Frage, ob sie von der Wechselbezüglichkeit der Miterbeneinsetzung er-

fasst ist. Dieses Problem kann sich auch stellen, wenn letztere aus einem feststellbaren Erblasserwillen und nicht erst aus § 2270 Abs. 2 BGB folgt.

Das OLG ist dabei der zutreffenden Ansicht, dass sich die Argumentation des BGH nicht auf den Fall der Anwachsung übertragen lasse. Diese stellt in ihrem Kern darauf ab, dass es an einer von § 2270 Abs. 2 BGB vorausgesetzten „getroffenen“ Verfügung zugunsten einer nahe stehenden Person des Erstversterbenden fehle, wenn sich dessen Berufung nur aus der Auslegungsregel des § 2069 BGB ergebe. Es sei nicht gerechtfertigt, eine Person, an die bei Testamentserrichtung möglicherweise gar nicht gedacht wurde, „im Zweifel“ als bindend eingesetzt anzusehen. Bei der Anwachsung liegt eine solche Situation jedoch gerade nicht vor, denn hier muss der anwachsberechtigte Miterbe vom Erblasser bedacht sein. Damit beruht im Fall der Anwachsung anders als im Fall des § 2069 BGB gerade auch die Auswahl des ersatzweise Begünstigten auf dem Willen des Erblassers. Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass sich bei rein erbteilsbezogener Betrachtung die Ersatzberufung für den vermeintlich „freigewordenen“ Erbteil ähnlich wie bei § 2069 BGB erst aus einer gesetzlichen Ergänzungsregel (§ 2094 BGB) ergebe. Denn diese Ergänzungsregel setzt gerade voraus, dass die Miterben unter Ausschluss der gesetzlichen Erbfolge eingesetzt wurden. Das ist ein starkes Indiz für einen Ausschluss jeglicher Dritter⁶ und damit eine auch bindend gewollte Ersatzberufung aller Miterben. Zwar geht es bei der Einsetzung von (Ersatz-) Erben durch den überlebenden Ehegatten nicht um eine gesetzliche, sondern um eine gewillkürte Ersatzberufung. Die Interessenlage ist aber dieselbe. Hier wie dort geht es darum, dass an dem Vermögen des Erstversterbenden nur die von ihm (mit-)bestimmten Personen unter Ausschluss Dritter teilhaben sollen. Diese Ausgangslage unterscheidet sich vollständig von derjenigen des § 2069 BGB. Erstens setzt das Gesetz dort eine positive Bestimmung des Ersatzberufenen voraus, die lediglich „im Zweifel“ angenommen wird. Vor allem aber geht es um die Ersatzberufung eines Dritten, die auch von dem testamentsexternen, bei Testamentserrichtung unter Umständen noch gar nicht absehbaren Umstand abhängen kann, ob der als Erbe eingesetzte Abkömmling bis zum letzten Erbfall selbst noch Abkömmlinge bekommt. Hier fehlt es also, anders als bei der Anwachsung, an einem besonderen Indiz für eine mutmaßlich bindend gewollte Ersatzberufung, was auch tragender Grund für die Entscheidung des BGH war.⁷

b) Kein Widerspruch zum Vorrang der Ersatzerbfolge gemäß § 2099 BGB

Auf ein anderes, gegen eine Einbeziehung der Anwachsung in die Wechselbezüglichkeit vorgebrachtes Argu-

2 Bejahend etwa OLG Nürnberg, Beschluss vom 24.04.2017, 1 W 642/17, MittBayNot 2018, 160 f.; implizit wohl auch OLG Hamm, Urteil vom 28.02.2013, I-10 U 71/12, 10 U 71/12, juris Rdnr. 60 ff.; jurisPK-BGB/Reymann, Stand: 18.01.2023, § 2270 Rdnr. 57 f.; Keim, ZEV 2019, 683 ff.; Litzenerberger, FD-ErbR 2017, 390570; abl. OLG München, Beschluss vom 05.11.2020, 31 Wx 415/17, MittBayNot 2021, 377 ff. m. zust. Anm. Braun; Everts, MittBayNot 2018, 162 f.; Grüneberg/Weidlich, 82. Aufl. 2023, § 2270 Rdnr. 10; BeckOGK-BGB/Braun, Stand: 01.11.2022, § 2270 Rdnr. 11.5 ff., der insgesamt die Möglichkeit einer „wechselbezüglichen Anwachsung“ ablehnt.

3 Zum Erbvertrag heißt es in den Motiven mit Blick auf die Anwachsung, dass es die „Verweisung auf die für die Erbeinsetzung geltenden Vorschriften [...]entbehrlich [mache], über die Anwachsung bei vertragsmäßiger Erbeinsetzung eine Vorschrift aufzunehmen“, Mot. V, S. 320.

4 BGH, Beschluss vom 16.01.2002, IV ZB 20/01, NJW 2002, 1126 f.

5 Siehe insbesondere die Nachweise unter Fn. 4.

6 Gerade darin liegt der Grund für die Ausgestaltung als gesetzliche Ergänzungsregel, die dem Testierenden keine positive Anordnung abverlangt, siehe Mot. V, S. 69 f.

7 BGH, Beschluss vom 16.01.2002, IV ZB 20/01, NJW 2002, 1126, 1127.

ment ist das OLG bedauerlicherweise nicht eingegangen: Es beruht auf der Befürchtung, dass der aus § 2099 BGB folgende Vorrang des Rechts des Ersatzerben vor der Anwachsung zu höchst zufälligen Ergebnissen führen könne.⁸ War ein weggefallener Miterbe ein Abkömmling des Letztversterbenden und hat er selbst Abkömmlinge hinterlassen, so käme es „im Zweifel“ gemäß § 2069 BGB zur Ersatzerbfolge im Stamm. Da hierauf § 2270 Abs. 2 BGB nicht anwendbar sei, könne der überlebende Ehegatte beliebig anderweitig über den dann „freigewordenen“ Erbteil verfügen. Vor diesem Hintergrund sei es nicht zu rechtfertigen, den überlebenden Ehegatten nur deshalb nicht neu verfügen zu lassen, weil der Miterbe zufällig ohne Hinterlassung von Abkömmlingen vorverstorben sei, sodass es zur Anwachsung käme.

Das überzeugt nicht: Es trifft schon die Prämisse nicht zu, dass eine nur aus § 2069 BGB folgende nicht wechselbezügliche Ersatzerbfolge zur völligen Verfügungsfreiheit des überlebenden Ehegatten über den betroffenen Erbteil führt. Richtig ist daran zunächst, dass das Anwachsungsrecht gemäß § 2099 BGB durch das Recht eines Ersatzerben beschränkt wird. Gerade deshalb liegt in einer nachträglichen Ersatzerbeneinsetzung ein Widerspruch zur früheren, ohne Anwachsungsausschluss erfolgten Miterbeneinsetzung. Ob eine Wechselbezüglichkeit dieser Miterbeneinsetzung eine neue Ersatzerbeneinsetzung durch den überlebenden Ehegatten verhindert, hängt daher davon ab, inwieweit diese Einschränkung der Anwachsung schon in der Ursprungsverfügung enthalten war. Das muss im Einzelfall genau geprüft werden. Wurden für einen Miterben zunächst keine Ersatzerben bestimmt, so war die Anwachsung in Bezug auf diesen Erbteil auch nicht durch das vorrangige Recht eines Ersatzerben beschränkt. Eine nachträgliche Ersatzerbenbestimmung wäre daher nur zulässig, wenn dem überlebenden Ehegatten diese Befugnis testamentarisch eingeräumt wurde. Wurde hingegen schon in der Ursprungsverfügung ein vorrangiger Ersatzerbe bestimmt, so geht der Anwachsung zunächst nur das Recht *dieses* Ersatzerben vor. Ob darin zugleich eine Befugnis des Letztversterbenden liegt, die Anwachsung nachträglich auch durch das Recht eines *anderen* Ersatzerben zu beschränken, ist durch Auslegung zu ermitteln. Das ist jedenfalls dann anzunehmen, wenn die Ersatzerbeneinsetzung nicht wechselbezüglich erfolgte, sodass der Anwachsung die Rechte irgendwelcher Ersatzerben vorgehen dürfen. Will man diese Maßstäbe auf § 2069 BGB übertragen, führt diese Ergänzungsregel nach der BGH-Rechtsprechung zwar zu einer der Anwachsung vorrangigen nicht wechselbezüglichen Ersatzerbfolge. Allerdings beruht sie nicht auf einem feststellbaren Willen, dass die Rechte beliebiger „testamentsexterner“ Dritter der Anwachsung vorgehen dürfen, obwohl in der Ursprungsverfügung das Ganze ausschließlich den Miterben zugewandt wurde. Wenn aus § 2069 BGB positiv keine Wechselbezüglichkeit der Ersatzerbfolge gemäß § 2270 Abs. 2 BGB hergeleitet werden darf, dann kann sich aus

der Vorschrift ebenso wenig negativ eine Einschränkung der Reichweite der Wechselbezüglichkeit einer anderen Verfügung (Miterbeneinsetzung samt darin enthaltener Anwachsung) ergeben. Über die Reichweite der Bindungswirkung eines gemeinschaftlichen Testaments treffen die §§ 2069, 2099 BGB schlicht keine Aussage. Sie regeln nur den Vorrang einer gesetzlichen Lückenfüllungsregel (§ 2069 BGB) für einen konkret geregelten Einzelfall, sodass der Anwachsung auch nur die nach § 2069 BGB berufenen Ersatzerben vorgehen dürfen.

Im Ergebnis muss es dem überlebenden Ehegatten daher zwar gestattet sein, einen nach § 2069 BGB vorrangig, aber nicht wechselbezüglich berufenen Ersatzerben noch zu enterben oder die Erbquoten unter mehreren solcher Ersatzerben zu verschieben. Jede andere Verfügung, die das Anwachsungsrecht des wechselbezüglich eingesetzten Miterben durch das Recht anderer als in § 2069 BGB genannter Ersatzerben beschränkt, ist jedoch unwirksam. Problematisch kann dann freilich die nachfolgende Auslegungsfrage werden, ob die Unwirksamkeit einer solchen Verfügung dazu führt, dass die Ersatzerbfolge nach § 2069 BGB eintritt, oder ob sie hilfsweise als zulässige Enterbung des nach § 2069 BGB berufenen Ersatzerben anzusehen ist und es zur Anwachsung kommt.

3. Auswirkungen

Erfolgt eine Miterbeneinsetzung wechselbezüglich zur gegenseitigen Einsetzung der Ehegatten, erfasst dies in Ermangelung einer anderweitigen Bestimmung auch die Anwachsung. Bei Vorversterben eines Miterben kann über den betroffenen Erbteil daher nur frei neu verfügt werden, wenn sich durch Auslegung eine solche Befugnis ermitteln lässt. Dies kann sich etwa daraus ergeben, dass die Ehegatten eine positiv feststellbare nicht wechselbezügliche vorrangige Ersatzerbeneinsetzung vorgenommen haben, weil sich hieraus ergibt, dass der Anwachsung Ersatzerbrechte beliebiger Dritter vorgehen dürfen. Dann kann bei Vorversterben des Erben und ggf. auch des Ersatzerben frei neu verfügt werden. Aus gestalterischer Perspektive mahnt die Entscheidung zu einem zurückhaltenden Umgang mit lebzeitigen Vorwegbindungen bei der Testamentsgestaltung. Dem überlebenden Ehegatten sollte ausreichend Spielraum zur Reaktion auf veränderte Umstände gelassen werden, sowohl in seiner Person (Wiederheirat, neue Kinder, etc.) als auch im Hinblick auf die Schlusserben (Verfehlungen, Behinderungen, Vorversterben, etc.). Zudem ist es unabdingbar, mit Blick auf jede einzelne Verfügung eine ausdrückliche Aussage zur Wechselbezüglichkeit und ggf. der Reichweite der Bindung auch im Hinblick auf die Anwachsung zu treffen. Insbesondere muss bei wechselbezoglicher Einsetzung von Miterben darauf geachtet werden, ob der längerlebende Ehegatte bei Wegfall eines Miterben und seiner Ersatzerben über den betroffenen Erbteil frei neu verfügen können soll. Sofern dies der Fall ist, muss geregelt werden, dass die Anwachsung an der Bindung nicht teilnimmt, was als Änderungsvorbehalt fraglos zulässig ist.

⁸ Ausführlich dazu etwa BeckOGK-BGB/Braun, § 2270 Rdnr. 11.7 ff.

12. Bestimmung des Nacherben durch den Vorerben

KG, Beschluss vom 25.08.2022, 1 W 262/22, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

BGB §§ 138, 2064, 2065

GBO § 35

LEITSATZ:

Zum Nachweis der Erbfolge im grundbuchrechtlichen Berichtigungsverfahren bei Verwendung der sog. „Dieterle-Klausel“ in einem öffentlichen Testament.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 1 strebt die Berichtigung des im Beschlusseingang näher bezeichneten Grundbuchs nach dem Tod seiner Mutter (im Folgenden: Erblasserin) an. Diese ist in Abt. I als Eigentümerin eingetragen.

2 Die Erblasserin bestimmte am 07.09.2016 zur UR-Nr. (...) die Beteiligten zu 1 bis 3 zu ihren Erben. Die Beteiligte zu 2 ist die Tochter der Erblasserin, der Beteiligte zu 3 der Sohn der Beteiligte zu 2. Zu dem Beteiligte zu 3 traf die Erblasserin – soweit vorliegend von Bedeutung – folgende Regelung:

„2. Soweit mein Enkel [der Beteiligte zu 3] Erbe wird, ist er nur von den gesetzlichen Beschränkungen befreiter Vorerbe. Nacherbe auf seinen Tod sind seine gewillkürten eigenen Erben, ersatzweise meine Tochter [die Beteiligte zu 2]. Als Nacherbe ausgenommen ist der Vater meines Enkels, dessen Abkömmlinge aus anderen Verbindungen und seine Verwandten aufsteigender Linie. Die Nacherbenanwartschaften sind jeweils zwischen Erbfall und Nacherbfall nicht vererblich und nicht übertragbar. Verstirbt der Vater meines Enkels vor Eintritt des Nacherbfalls ohne Hinterlassung von Abkömmlingen und Verwandten aufsteigender Linie, so entfällt die Nacherbfolge. Verstirbt er ohne Hinterlassung von weiteren Abkömmlingen, jedoch unter Hinterlassung sonstiger Verwandten, so kann der Vorerbe die Nacherbfolge beseitigen, indem er eine eigene letztwillige Verfügung errichtet, in der er Erben einsetzt, die nicht zu dem ausgeschlossenen Personenkreis gehören.“

3 Die Erblasserin verstarb am 21.01.2021. Sie hinterließ neben den Beteiligten zu 1 und 2 noch eine weitere Tochter. Das AG (...) eröffnete u. a. die vorgenannte letztwillige Verfügung am 07.05.2021.

4 Unter dem 07.11.2021 hat der Beteiligte zu 1 unter Beifügung des Eröffnungsprotokolls vom 07.05.2021 sowie u. a. einer mit einem Eröffnungsvermerk des AG (...) versehenen Ablichtung der UR-Nr. (...) die Berichtigung des Grundbuchs durch seine und der Eintragung der Beteiligten zu 2 und 3 anstelle der Erblasserin beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 26.11.2021 die Vorlage eines Erbscheins erfordert. Das Testament verstoße hinsichtlich der Regelungen zur Nacherbfolge gegen § 2065 Abs. 2 BGB. Zudem werde der Beteiligte zu 3 in der Freiheit seiner Erbenbestimmung beschränkt, was gegen § 138 BGB ver-

stoße. Nach hiergegen erhobenen Einwendungen der Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1 hat das Grundbuchamt am 29.03.2022 eine im Ergebnis inhaltsgleiche Zwischenverfügung erlassen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 12.05.2022, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 17.05.2022 nicht abgeholfen hat.

5 II. 1. Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie wirksam durch die in ihrer Eigenschaft als Notarverwalterin ihres eigenen Notariats handelnde Verfahrensbevollmächtigte des Beteiligten zu 1 erhoben worden. Dies folgt jedenfalls aus der zur Akte gereichten Verfahrensvollmacht, § 10 Abs. 2 Nr. 3, § 11 FamFG, § 57 Abs. 1 BNotO, §§ 164, 167 BGB (vgl. BGH, NJW 1971, 42, 43).

6 2. Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Die von dem Grundbuchamt aufgezeigten Eintragungshindernisse bestehen nicht. Deshalb waren beide Zwischenverfügungen nicht veranlasst, § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO.

7 a) Die Berichtigung einer unrichtigen Grundbucheintragung erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 GBO, wenn die Unrichtigkeit durch öffentliche Urkunden, § 29 GBO, nachgewiesen wird, § 22 Abs. 1 GBO. Bei Unrichtigkeit des Grundbuchs wegen des Todes eines Berechtigten ist der Nachweis der Erbfolge grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen, § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO.

8 Beruht die Erbfolge aber auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, genügt es in der Regel, wenn anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden, § 35 Abs. 1 Satz 2 1. Hs. GBO. Das Grundbuchamt hat eine solche Verfügung von Todes wegen dahin zu überprüfen, ob sich aus ihr das von dem Antragsteller behauptete Erbrecht ergibt. Es hat die Verfügung in eigener Verantwortung auszulegen, auch wenn es sich um die Klärung rechtlich schwieriger Fragen handelt. Die Pflicht zu eigener Auslegung entfällt allerdings dann, wenn für diese erst zu ermittelnde tatsächliche Umstände maßgebend sind (vgl. Senat, Beschluss vom 29.10.2020, 1 W 1463/20, ZEV 2020, 764; Beschluss vom 23.06.2020, 1 W 1276/20, DNotZ 2021, 195, 196). Entsprechende Ermittlungen sind hier nicht erforderlich.

9 b) Der Erblasser kann ein Testament nur persönlich errichten, § 2064 BGB. Dabei muss er sich über sämtliche wesentlichen Teile seiner letztwilligen Verfügung allein schlüssig werden. Es ist ihm nicht gestattet, seinen letzten Willen in der Weise unvollständig zu äußern, dass es einem Dritten überlassen bleibt, ihn nach seinem Belieben oder Ermessen in wesentlichen Teilen zu ergänzen. Zu ihnen gehören die Bestimmungen über den Gegenstand der Zuwendung und über die Person des Bedachten, § 2065 Abs. 2 BGB (BGHZ 15, 199, 200).

10 Hingegen ist der Erblasser nicht gehindert, seinen letzten Willen auch hinsichtlich der Person des Bedachten und des Gegenstandes der Zuwendung bedingt zu äußern. Er kann insbesondere eine Erbeinsetzung unter einer Bedingung vornehmen, wobei die Bedingung auch in einem Tun oder Unterlassen des Bedachten oder eines Dritten bestehen kann. Er muss jedoch die Person des Bedachten und

den Gegenstand der Zuwendung so bestimmt angeben, dass die Bestimmung des Erben durch einen Dritten für jede sachkundige Person objektiv möglich ist, ohne dass ihr eigenes Ermessen dabei bestimmend ist (Senat, Beschluss vom 05.02.1998, 1 W 6796/95, DNotZ 1999, 679, 683).

11 Danach sollen Regelungen zulässig sein, zu Nacherben im Wege einer Bedingung diejenigen Personen zu bestimmen, die der Vorerbe zu seinen Erben einsetzt (OLG München, MittBayNot 2018, 50, 52; OLG Stuttgart, FamRZ 2005, 1863, 1865; ebenso zur Ersatzerbenbestimmung: OLG Hamm, MittBayNot 2019, 594, 595; *Kanzleiter*, MittBayNot, 2019, 595; *Reimann*, ZEV 2019, 277, 278; NK-BGB/*Selbherr*, 6. Aufl., § 2065 Rdnr. 21; MünchKomm-BGB/*Leipold*, 8. Aufl., § 2065 Rdnr. 24; BeckOGK-BGB/*Gomille*, Stand: August 2021, § 2065 Rdnr. 44; BeckOK-BGB/*Lietzenburger*, Stand: Mai 2022, § 2065 Rdnr. 21; Grüneberg/*Weidlich*, 81. Aufl., § 2065 Rdnr. 6; *Staudinger/Otte*, Neub. 2019, § 2065 Rdnr. 48, 53; *jurisPK-BGB/Lenz-Brendel*, Stand: April 2020, § 2065 Rdnr. 42; *Ivo*, DNotZ 2002, 260). Dem entspricht das zur UR-Nr. (...) /2016 beurkundete Testament vom (...) .09.2016 (vgl. *Langenfeld/Fröhler/Fröhler*, Testamentsgestaltung, 5. Aufl., 6. Kap. B. III Rdnr. 36; *Gaberdiehl*, Rpfleger 1966, 265).

12 Nach anderer Ansicht seien solche Regelungen wegen Verstoßes gegen § 2065 Abs. 2 BGB nichtig (OLG Frankfurt a. M., DNotZ 2001, 143, 144; BeckOGK-BGB/*Hölscher*, Stand: Mai 2022, § 2051 Rdnr. 65 ff.; *Lamberz*, Rpfleger 2019, 457f). Infolgedessen ist aus Gründen des notariellen Gebots, den sichersten Weg zu gehen, von der Verwendung solcher testamentarischer Regelungen wie vorliegend (sog. „Dieterle-Klausel“, vgl. *Dieterle*, BWNNotZ 1970, 170, 1971, 14, 15f) abgeraten worden (*Kanzleiter*, DNotZ 2001, 149, 150; BeckOGK-BGB/*Küpper*, Stand: Juli 2022, § 2100 Rdnr. 408; Beck'sches Notar-Handbuch/*Dietz*, 7. Aufl., § 17 Rdnr. 136; *Nieder/Kössinger/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl., § 21 Rdnr. 41a).

13 Der Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an. Dabei verkennt er nicht, dass die von dem Grundbuchamt beanstandete Klausel in dem notariellen Testament der Erblasserin einer Bestimmung im Sinne des § 2065 Abs. 2 Alt. 1 BGB nahekommt. Im Zeitpunkt der Testamentserrichtung war nicht absehbar – und ist es bis heute nicht –, ob und welche Personen der damals erst vierjährige Beteiligte zu 3 zu seinen Erben bestimmen werde. Die Bestimmung der Nacherben der Erblasserin hängt damit nicht nur von einer Handlung – Testamentserrichtung durch den Beteiligten zu 3 –, sondern von dessen darin zum Ausdruck kommenden Willen ab. Die Bestimmung der Person, die eine Zuwendung erhalten soll, kann der Erblasser aber nicht einem anderen überlassen, § 2065 Abs. 2 Alt. 1 BGB. Hingegen kann nicht übersehen werden, dass der Beteiligte zu 3 bei Errichtung einer eigenen Verfügung von Todes wegen unmittelbar nur seine eigenen Erben bestimmen wird, § 1937 BGB. Auf deren Stellung als Nacherben nach der Erblasserin werden solche letztwilligen Verfügungen des Beteiligten zu 3 nur mittelbar Einfluss haben. Seine letztwilligen Anordnungen werden sich also nicht in der Bestimmung der Nacherben der Erblasserin erschöpfen, was nach

§ 2065 Abs. 2 Alt. 1 BGB allerdings unzulässig wäre (OLG München, a. a. O. S. 51; BayObLG, NJW 1966, 662, 663).

14 Die Abgrenzung zwischen unmittelbarer und lediglich mittelbarer Bestimmung der (Nach-)Erben eines Erblassers durch Dritte ist aber durchaus von entscheidender Bedeutung für die Frage der Anwendung des § 2065 Abs. 2 BGB und hierfür auch ein geeignetes Kriterium (*Staudinger/Otte*, a. a. O. Rdnr. 44). Unabhängig davon, ob der Dritte – hier der Vorerbe – die letztwillige Verfügung des Erblassers kennt, wird es ihm bei der Errichtung einer eigenen letztwilligen Verfügung in erster Linie auf die Regelung des eigenen Nachlasses und die Bestimmung der eigenen Erben ankommen. Diesen Personen auch einen im Rahmen der Vorerbschaft erworbenen Nachlass zukommen zu lassen, wird für den Vorerben hingegen von untergeordnetem Interesse sein.

15 Anders ist es bei dem Erblasser. Ihm kommt es offenbar darauf an, insoweit einen Gleichlauf zwischen den Erben seines Vorerben und den eigenen Nacherben zu erlangen. Damit bestimmt aber nicht der Dritte/Vorerbe über die Person der Nacherben des Erblassers. Diese Entscheidung trifft vielmehr der Erblasser selbst. Dass er die Person des Bedachten in seiner letztwilligen Verfügung nicht individuell benennt, ist nicht erforderlich, wenn sie sich aus Umständen außerhalb der Urkunde bestimmen lässt (vgl. BGHZ 15, 199, 201). Das ist vorliegend möglich. Nacherben sind entweder die von dem Beteiligten zu 3 zu seinen Erben bestimmten Personen oder – ersatzweise – die von der Erblasserin konkret bezeichnete Beteiligte zu 2.

16 c) Der Senat vermag auch die Bedenken des Grundbuchamts an einer möglichen sittenwidrigen Einflussnahme der Erblasserin auf die Testamentsfreiheit des Beteiligten zu 3 nicht zu teilen. Bereits die Annahme des Grundbuchamts, mittels der Erbschaft werde Druck auf den begünstigten Enkel aufgebaut, sich von seinem Vater bzw. seinen väterlichen Verwandten nicht nur wirtschaftlich, sondern auch persönlich zu entfremden, findet in den letztwilligen Anordnungen der Erblasserin keine Grundlage.

17 Der Beteiligte zu 3 wird keineswegs gehindert, seine Erben frei zu bestimmen. Insbesondere kann er ohne Weiteres auch seinen Vater bzw. andere väterliche Verwandte benennen. Zwar führt das dann zum Ausschluss dieser Erben als Nacherben nach der Erblasserin. Die Erblasserin hat damit eine negative Bestimmung der Nacherben bezogen auf ihren Nachlass getroffen. Das ist aber so wenig zu beanstanden, wie die konkrete Benennung der Beteiligten zu 2 als Ersatznacherbin für diesen Fall.

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Prof Dr. **Rainer Kanzleiter**, Neu-Ulm

Im November-Heft 2022 der ErbR habe ich beklagt, dass die Rechtsprechung im Bereich des Erbrechts am BGH fast vollständig vorbeigeht. Dass der BGH nur zur Entscheidung berufen ist, wenn Revision oder Rechtsbeschwerde vom Gericht zweiter Instanz zugelassen und das Rechtsmittel von einem Beteiligten auch eingelegt wird, schließt den BGH von der Rechtsprechung im Bereich des Erbrechts fast vollständig aus.¹

Dass ich in der Entscheidung des KG zwei Mal zitiert werde, beruht auch auf diesem unerfreulichen Umstand und freut mich deshalb nicht: 2001 hatte ich in der DNotZ² aufgrund der kritischen Veröffentlichungen und meiner Überzeugung, dass auf die Dieterle-Klausel in aller Regel verzichtet werden könne, von ihrer Beurkundung abgeraten. Zum konkreten Fall: Welche Überlegungen sprachen dafür, den vierjährigen Enkel zum Mitvorerben einzusetzen? Die Ausnutzung des Erbschaftsteuerfreibetrages kann es doch nicht gewesen sein. 18 Jahre später³ hatte ich festgestellt, dass die Argumente gegen die Zulässigkeit dieser weiterhin nicht selten gewählten Gestaltung nicht überzeugen, § 2065 Abs. 2 BGB die Gestaltung nicht verbietet.

Inzwischen sind drei weitere Jahre vergangen, ohne dass der BGH die Gelegenheit zur Entscheidung der Rechtsfrage gehabt hätte. Glücklicherweise beschränken sich die Bedenken gegen die Dieterle-Klausel inzwischen auf Stellungnahmen in der Literatur, während die veröffentlichte Rechtsprechung der OLG solche Regelungen zu Recht für zulässig hält. Aber die Unsicherheit bleibt; die meisten OLG hatten noch nicht die Gelegenheit, über diese Frage zu entscheiden, und der BGH wird vielleicht am jüngsten Tag entscheiden dürfen, falls der Gesetzgeber nicht doch noch die OLG zur Vorlage beim BGH verpflichten sollte, wenn eine Rechtsfrage zu entscheiden ist, über die der BGH noch nicht entschieden hat, oder wenn das OLG von einer Entscheidung des BGH abweichen möchte.

In der Sache scheint mir das Ergebnis nicht zweifelhaft: Dass der Erblasser die – gesetzlichen oder testamentarischen – Erben des Vorerben zu Nacherben einsetzen kann, scheint mir selbstverständlich. Er könnte ja auch die Anordnung der Nacherbfolge unterlassen und dann würde sein Erbe über die Erbfolge entscheiden. Dass der Erblasser bestimmte Personen oder Personengruppen von der Nacherbfolge ausschließen kann, erscheint mir

1 Seit einigen Wochen liegt der Beschluss des OLG Brandenburg vom 27.07.2022, 3 W 59/22, FamRZ 2023, 239 auf meinem Schreibtisch und ich stelle fest, dass sich der BGH zu den Folgen eines Irrtums bei der Ausschlagung einer Erbschaft, die einer bestimmten Person zugutekommen soll, bisher auch noch nicht äußern konnte, obwohl diese Situation sicher auch nicht ganz selten ist. [Anm. d. Schriftleitung: zwischenzeitlich zu dem Themenkreis BGH, Beschluss vom 22.03.2023, IV ZB 12/22]

2 DNotZ 2001, 149.

3 MittBayNot 2019, 595.

ebenso selbstverständlich; es ist ja eine Entscheidung für seinen Nachlass.

Da dies sicher meine letzte öffentliche Meinungsäußerung ist, erlaube ich mir,⁴ mein Vertrauen zur Rechtsprechung des BGH mit der Hoffnung auf die Berichtigung eines Irrtums zu verbinden. „Ceterum censeo“: Die von der notariellen Praxis aus Bequemlichkeit leider vielfach aufgenommene Anregung des BGH, die Auflassung im Grundstücksveräußerungsvertrag zu erklären, auch wenn die Gegenleistung noch nicht erbracht ist, missachtet das Trennungsprinzip und das Abstraktionsprinzip, auf denen das BGB beruht, und § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB.

4 In Erinnerung an **Hans Wolfsteiner**.

13. Keine Zustimmung aller Miterben erforderlich für die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins

OLG Hamm, Beschluss vom 27.07.2022, 10 W 12/22

FamFG § 352a

LEITSÄTZE:

1. **Nach dem Wortlaut des § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG müssen für die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins „alle Antragsteller“ auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein verzichten. Die Zustimmung auch derjenigen Miterben, die selbst keinen Erbschein beantragt haben, ist nicht erforderlich.**
2. **Es gibt im Gesetz keinen Anhaltspunkt dafür, dass ein quotenloser Erbschein nur von allen Miterben beantragt werden kann.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten sind Geschwister und einzige Kinder der Eheleute F und B C.

2 Am 23.02.2014 errichteten die Eltern der Beteiligten ein gemeinschaftliches, handschriftliches Testament, in dem sie sich gegenseitig als Alleinerben einsetzten und hinsichtlich der Schlusserbeneinsetzung nach dem Tod des Letztversterbenden folgendes bestimmten:

„Schlusserben des länger von uns Lebenden werden unsere Kinder G, H, und I wie folgt:“

3 Anschließend ordneten die Erblasser an, welche Vermögensbestandteile welches ihrer Kinder erhalten sollte.

4 Der Vater der Beteiligten verstarb am (...), die Mutter der Beteiligten – die Erblasserin – verstarb am (...).

5 Am 12.05.2021 hat der Beteiligte zu 3 die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der ihn und die Beteiligten zu 1 und 2 als Erben der Erblasserin ausweist. Er hat erklärt, gemäß § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein zu verzichten. Die Zustimmung aller Miterben sei zur Erteilung eines quotenlosen Erbscheins nicht

erforderlich, da das Gesetz nur verlange, dass die Antragsteller auf die Aufnahme der Erbquoten in den Erbschein verzichteten. Antragsteller sei indes nur er selbst.

6 Der Beteiligte zu 2 ist dem Erbscheinsantrag entgegengetreten. Er hat die Ansicht vertreten, es sei ein gemeinschaftlicher Erbschein mit einer Quote von je $\frac{1}{3}$ für jeden Erben zu beantragen. Ein quotenloser Erbschein könne nicht erteilt werden, weil dieser voraussetze, dass alle in Betracht kommenden Miterben auf die Aufnahme der Erbanteile in dem Erbschein verzichteten.

7 Die Beteiligte zu 1 erhob gegen den Erbscheinsantrag keine Einwendungen und verzichtete ihrerseits auf die Aufnahme der Erbanteile in den Erbschein.

8 Mit Beschluss vom 07.09.2021 hat das AG – Nachlassgericht – Lübbecke den Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 3 zurückgewiesen. Für die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins sei nach der systematischen Stellung des § 352a Abs. 2 FamFG und dem grammatikalischen Bezug erforderlich, dass alle Miterben auf die Angabe der Erbteile verzichten. Das sei hier nicht der Fall, sodass der Antrag zurückzuweisen gewesen sei.

9 Hiergegen wendet sich der Beteiligte zu 3 mit seiner Beschwerde, mit der er in der Hauptsache die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins weiterverfolgt und hilfsweise die Erteilung eines Erbscheins beantragt, nach dem die Erblasserin durch ihn zu $\frac{7}{15}$, den Beteiligten zu 2 zu $\frac{3}{15}$ und die Beteiligte zu 1 zu $\frac{5}{15}$ beerbt worden sei. Weder aus dem Wortlaut des Gesetzes noch aus dem Gesetzgebungsverfahren ergebe sich, dass die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins die Zustimmung aller in Betracht kommenden Miterben erfordere.

10 II. Die nach § 58 Abs. 1 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde ist begründet.

11 Der Beteiligte zu 3 kann die Erteilung eines sog. quotenlosen Erbscheins verlangen, ohne dass hierfür die Zustimmung auch des Beteiligten zu 2 erforderlich ist.

12 I. Die Beteiligten zu 1 bis 3 sind in dem gemeinschaftlichen Testament der Erblasserin und ihres Ehemannes vom 23.02.2014 zu Schlusserben des Letztversterbenden eingesetzt worden, sie sind daher Miterben der am (...) zuletzt verstorbenen Erblasserin.

13 Zweifel an der Erbeinsetzung sämtlicher Beteiligter ergeben sich nicht durch den Umstand, dass die Eheleute C ihre Kinder nicht zu bestimmten Quoten als Erben eingesetzt, sondern diesen näher bestimmte Bestandteile ihres Vermögens zugewendet haben.

14 Zwar ist nach der Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB im Zweifel nicht von einer Erbeinsetzung, sondern der Anordnung von Vermächtnissen auszugehen, wenn der Erblasser dem oder den Bedachten nur einzelne Vermögensbestandteile zugewendet hat. Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn der Erblasser mit diesen Zuwendungen praktisch sein gesamtes Vermögen unter den Bedachten aufteilt. Denn die Auslegungsregel des § 2087 Abs. 2 BGB würde in diesen Fällen ansonsten zu dem mutmaßlich

nicht gewollten Ergebnis führen, dass das Testament gar keine Erbeinsetzung enthält (BeckOGK-BGB/Gierl, Stand: 01.06.2022, § 2087 Rdnr. 28 m. w. N.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 05.08.2016, I-3 Wx 74/16, juris Rdnr. 23 m. w. N.). Da hier die Erblasser über ihr gesamtes Vermögen verfügt haben, ist mithin davon auszugehen, dass die ausdrücklich erfolgte Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 bis 3 auch dem Willen der Erblasser entsprach.

15 2. Nach § 352a Abs. 2 Satz 1 FamFG sind in einem Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins grundsätzlich die Erben und ihre Erbanteile anzugeben. Die Angabe der Erbteile ist nach Satz 2 dann nicht erforderlich, wenn alle Antragsteller in dem Antrag auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein verzichten.

16 Danach ist eine Angabe der Erbteile der Miterben in dem Erbschein nicht erforderlich, da der Beteiligte zu 3 als alleiniger Antragsteller hierauf verzichtet hat.

17 Der Erteilung des beantragten quotenlosen Erbscheins steht nicht entgegen, dass der Beteiligte zu 2 dem widersprochen hat, denn die Zustimmung aller Miterben ist hierfür nicht erforderlich. Das ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des Gesetzes, da nach § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG nur erforderlich ist, dass „alle Antragsteller“ auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein verzichten.

18 Diese Formulierung ist auch nicht gleichbedeutend mit „alle Miterben“, denn das Gesetz verwendet in § 352a FamFG sowohl den Begriff der (Mit-)Erben als auch den der Antragsteller, woraus sich bereits eine Differenzierung durch den Gesetzgeber ergibt. Nachdem gemäß Abs. 2 Satz 1 in dem Erbscheinsantrag „die Erben“ anzugeben sind, wäre zu erwarten gewesen, dass es auch in Satz 2 lautet „wenn die Erben in dem Antrag (...) verzichten“, wenn dies dem Willen des Gesetzgebers entsprochen hätte. Dies gilt umso mehr, weil aus § 352a Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 FamFG folgt, dass der Antrag auf Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins von jedem Erben allein gestellt werden kann.

19 Es gibt auch keinen Anhaltspunkt dafür, dass entgegen dieser Regelungen ein quotenloser Erbschein nur von allen Miterben gemeinsam beantragt werden können sollte und deshalb die Formulierung „alle Antragsteller“ mit „alle Miterben“ gleichzusetzen wäre. Ein solcher Anhaltspunkt ergibt sich nicht aus dem verwendeten Plural „Antragsteller“, denn damit wird nur zum Ausdruck gebracht, dass bei mehreren Antragstellern jeder von ihnen auf die Aufnahme der Erbanteile in den Erbschein verzichten muss. Hieraus kann jedoch angesichts des klaren Wortlauts von § 352a Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1 FamFG nicht gefolgert werden, dass alle Miterben den Erbschein beantragen müssen.

20 Auch der Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 18/4201, S. 60, 61) lässt sich nicht entnehmen, dass entweder nur alle Miterben einen quotenlosen Erbschein beantragen können oder jedenfalls die Zustimmung aller Miterben zu einem quotenlosen Erbschein erforderlich ist. Zum einen differenziert auch die Gesetzesbegründung zwischen den Begriffen der Miterben und der Antragsteller, ohne diese synonym zu verwenden. Zum an-

deren bezweckte die Gesetzesänderung jedenfalls auch die Beschleunigung von Erbscheinsverfahren, in denen – wie hier – die Miterben unzweifelhaft feststehen, deren Erbquoten jedoch nicht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.12.2019, I-25 Wx 55/19, NJW-RR 2020, 388). Dieser Zweck des Gesetzes könnte nicht erreicht werden, wenn entgegen seinem Wortlaut nicht nur die Zustimmung jedes Antragstellers, sondern auch jedes Miterben erforderlich wäre.

(...)

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

14. Keine Eintragung des Gewinnabführungsvertrags im Handelsregister der Obergesellschaft

BGH, Beschluss vom 31.01.2023, II ZB 10/22 (Vorinstanz: OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 11.02.2022, 20 W 47/21)

AktG § 294 Abs. 1 Satz 11. Hs.

GmbHG § 53 Abs. 1, § 54 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3

LEITSATZ:

Der zwischen zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung bestehende Gewinnabführungsvertrag kann nicht im Handelsregister der Obergesellschaft eingetragen werden.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragstellerin, eine GmbH, ist alleinige Gesellschafterin der E GmbH. Beide Gesellschaften schlossen im März 2020 einen Gewinnabführungsvertrag, durch den sich die E GmbH verpflichtete, ihren gesamten Gewinn an die Antragstellerin abzuführen. Die Gesellschafter der Antragstellerin und der E GmbH beschlossen im Mai 2020 bzw. Juni 2020 die Zustimmung zum Gewinnabführungsvertrag, der am 05.08.2020 im Handelsregister der E GmbH eingetragen wurde.

2 Mit Urkunde vom 09.06.2020 hat die Antragstellerin den Gewinnabführungsvertrag zur Eintragung im Handelsregister angemeldet. Das Registergericht hat den Antrag abgelehnt. Die Beschwerde der Antragstellerin hat das Beschwerdegericht zurückgewiesen. Mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Antragstellerin ihren Eintragungsantrag weiter.

3 II. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

41. Das Beschwerdegericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Das Registergericht habe die Eintragungsfähigkeit des Gewinnabführungsvertrags aus zutreffenden Gründen verneint. Der (isolierte) Gewinnabführungsvertrag überschreite aufseiten der zur Gewinnabführung verpflichteten Gesellschaft wegen des Eingriffs in das Gewinnbezugsrecht der Gesellschafter gemäß § 29 GmbHG und das Recht der Gesellschafterversammlung zur

Entscheidung über die Gewinnverwendung die Grenze zur materiellen Satzungsänderung mit der Folge, dass er für seine Wirksamkeit entsprechend §§ 53, 54 GmbHG bei ihr der Eintragung im Handelsregister bedürfe. Bei der berechtigten Gesellschaft habe der Gewinnabführungsvertrag jedoch keinen satzungsüberlagernden, ihre rechtliche Grundstruktur verändernden Charakter, sodass kein Grund für die entsprechende Anwendung von § 54 Abs. 3 GmbHG bestehe.

5 Für eine gesetzlich nicht vorgesehene Eintragung bestehe kein Gewohnheitsrecht, auch wenn es vereinzelt zu entsprechenden Eintragungen kommen möge. Ein erhebliches Bedürfnis für eine derartige Eintragung bestehe nicht. An ihr könnten zwar vielfältige Interessen Dritter bestehen, die sich auf einfache Weise über das Bestehen eines Gewinnabführungsvertrags mit den aus den §§ 302, 303 AktG ergebenden Risiken (Verlustübernahme, Gläubigerschutz durch Sicherheitsleistung) informieren könnten. Dabei handele es sich aber um unmittelbar rein wirtschaftliche Interessen, für die auch angesichts der Publizitätsfunktion des Handelsregisters kein erhebliches Bedürfnis bestehe. Die mit einem Gewinnabführungsvertrag verbundenen Risiken seien nicht anders als Risiken aus sonstigen vertraglichen Bindungen, die bis zu einer Existenzgefährdung führen könnten und deren Eintragung nach allgemeinen registerrechtlichen Grundsätzen nicht verlangt werden könne.

6 Eine Eintragung vor dem Hintergrund einer tatsächlich schon oder gerade noch nicht bestehenden wirtschaftlichen „Relevanz“ lasse sich mit dem vorrangigen Grundsatz der Registerklarheit nicht in Einklang bringen und sei überdies mit einer erheblichen zusätzlichen Eintragungsfülle im Handelsregisterblatt einer GmbH verbunden. Soweit der BGH in einem Beschluss vom 30.01.1992 ausgeführt habe, der aus den Besonderheiten und Gefahren derartiger Unternehmensverträge herrührende Informationsbedarf sei unabhängig von der Rechtsform der herrschenden Gesellschaft gegeben, lasse dies keine Rückschlüsse auf die Frage der Eintragungsfähigkeit bei der berechtigten Gesellschaft zu. Es komme nicht darauf an, auf welchem sonstigen Weg, etwa über die zu veröffentlichende Bilanz der GmbH, sich Dritte Kenntnis vom Bestehen eines Gewinnabführungsvertrags verschaffen könnten.

7 2. Die vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Rechtsbeschwerdebefugnis der Antragstellerin ergibt sich bereits daraus, dass ihre Beschwerde gegen den Beschluss des Registergerichts zurückgewiesen wurde (vgl. BGH, Beschluss vom 20.09.2011, II ZB 17/10, BGHZ 191, 84 Rdnr. 5; Beschluss vom 26.06.2018, II ZB 12/16, ZIP 2018, 1591 Rdnr. 7; Beschluss vom 27.07.2020, II ZB 26/19, ZIP 2020, 1658 Rdnr. 12; Beschluss vom 17.05.2022, II ZB 11/21, ZIP 2022, 1594 Rdnr. 6).

8 3. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts hält der rechtlichen Prüfung stand.

9 a) Ob der zwischen zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung abgeschlossene Unternehmensvertrag im Han-

delsregister der Obergesellschaft einzutragen ist, ist umstritten.

10 Die Eintragung wird teilweise als verpflichtend und als Voraussetzung für die Wirksamkeit des Unternehmensvertrags angesehen (LG Bonn, GmbHR 1993, 443; LG Düsseldorf, MittRhNotK 1994, 153 [für eine eG als Obergesellschaft]; *Heckschen*, DB 1989, 29, 31; *Uwe H. Schneider*, WM 1986, 181, 187; *Hommelhoff*, Die Konzernleitungspflicht, 1982, S. 319 f.). Ein Teil der Rechtsprechung und des Schrifttums geht demgegenüber zwar nicht von einer Eintragung als Wirksamkeitsvoraussetzung aus, meint aber, es bestehe zumindest die Möglichkeit der Eintragung des Unternehmensvertrags bei der Obergesellschaft (LG Düsseldorf, RNotZ 2001, 171; *Kort*, Der Abschluss von Beherrschungs- und Gewinnabführungsverträgen im GmbH-Recht, 1986, S. 133; *Enders*, NZG 2015, 623, 625; *Priester*, ZGR-Sonderheft 6, 151, 175; *Priester*, GmbHR 2015, 169, 171; *Ulrich*, GmbHR 2014, R 246; *Noack/Servatius/Haas/Beurskens*, GmbHG, 23. Aufl., KonzernR Rdnr. 110 [Fn. 350]; *Lutter/Hommelhoff/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl., Anh. zu § 13 Rdnr. 63; *Koch*, AktG, 16. Aufl., § 294 Rdnr. 1; *MünchKomm-GmbHG/Liebscher*, 4. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 800 f.; *Oetker/Preuß*, HGB, 7. Aufl., § 8 Rdnr. 45; *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Servatius*, GmbHG, 3. Aufl., Systematische Darstellung 4 Rdnr. 323; *BeckOK-GmbHG/Servatius*, Stand: 01.05.2021, Konzernrecht Rdnr. 110; *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts Band III/Kiefner*, 5. Aufl., § 70 Rdnr. 10) bzw. es bestehe jedenfalls keine Verpflichtung zur Löschung eines eingetragenen Unternehmensvertrags (OLG Celle, GmbHR 2014, 1047, 1048 [das auch gute Gründe für die Vornahme der Eintragung sieht]; *Emmerich/Habersack/Emmerich*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl., § 294 Rdnr. 5). Mitunter wird jedenfalls ein entsprechendes Informationsbedürfnis aus der Sicht künftiger Gesellschafter der Obergesellschaft hervorgehoben (*Lutter/Hommelhoff*, NJW 1988, 1240, 1242). Schließlich wird die Eintragungsfähigkeit eines Unternehmensvertrags bei der Obergesellschaft auch verneint (AG Duisburg, DB 1993, 2522; AG Erfurt, GmbHR 1997, 75; *E. Vetter*, AG 1994, 110, 114 f.; *BeckOGK-HGB/Beurskens*, Stand: 01.10.2021, § 8 Rdnr. 172; *Staub/Koch*, HGB, 5. Aufl., § 8 Rdnr. 66; *Schmidt-Kessel/Leutner/Müther/Müther*, Handelsregisterrecht, § 8 HGB Rdnr. 9; *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas/Ries*, HGB, 5. Aufl., § 8 Rdnr. 27; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Schaub*, HGB, 4. Aufl., § 8 Rdnr. 106; *Rowedder/Pentz/Schnorbus*, GmbHG, 7. Aufl., Anh. § 52 Rdnr. 103; *Henssler/Strohn/Verse*, GesR, 5. Aufl., Anh. § 13 GmbHG Rdnr. 77a; *Bork/Schäfer/Weller/Lieberknecht*, GmbHG, 5. Aufl., Anh. zu § 13, Rdnr. 27; *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl., Rdnr. 1111; *Wachter/Heckschen/Kreußlein*, Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts, § 13 Rdnr. 47).

11 b) Die zuletzt genannte Auffassung ist richtig. Der zwischen zwei Gesellschaften mit beschränkter Haftung bestehende Gewinnabführungsvertrag kann nicht im Handelsregister der Obergesellschaft eingetragen werden.

12 a) Im Handelsregister werden grundsätzlich nur Tatsachen und Rechtsverhältnisse eingetragen, deren Eintragung gesetzlich – entweder als eintragungspflichtig oder

als eintragungsfähig – vorgesehen ist. Aufgrund der dem Handelsregister zukommenden Publizitätsfunktion, der Öffentlichkeit zu ermöglichen, sich über die Rechtsverhältnisse von Kaufleuten und Gesellschaften zu unterrichten, und Umstände zu verlautbaren, die für den Rechtsverkehr von erheblicher Bedeutung sind, lässt die Rechtsprechung außerdem auch gesetzlich nicht vorgesehene Eintragungen zu, wenn ein erhebliches Bedürfnis an der entsprechenden Information besteht. Mit Rücksicht auf die strenge Formalisierung des Registerrechts ist aber mit gesetzlich nicht vorgesehenen Eintragungen Zurückhaltung geboten (BGH, Beschluss vom 30.01.1992, II ZB 15/91, ZIP 1992, 395, 397; Beschluss vom 10.11.1997, II ZB 6/97, ZIP 1998, 152; Beschluss vom 14.02.2012, II ZB 15/11, ZIP 2012, 623 Rdnr. 16; Beschluss vom 04.04.2017, II ZB 10/16, ZIP 2017, 1067 Rdnr. 14). Dem kann dadurch Rechnung getragen werden, dass derartige Eintragungen auf die Fälle der Auslegung gesetzlicher Vorschriften, der Analogiebildung sowie der richterlichen Rechtsfortbildung beschränkt werden (BGH, Beschluss vom 30.01.1992, II ZB 15/91, ZIP 1992, 395, 397). Das Handelsregister darf allerdings nicht unübersichtlich werden oder zu Missverständnissen Anlass geben (BGH, Beschluss vom 10.11.1997, II ZB 6/97, ZIP 1998, 152). Die Eintragungsfähigkeit kann auch gewohnheitsrechtlich begründet werden. Gewohnheitsrecht steht als Rechtsquelle gleichwertig neben dem Gesetzesrecht, sodass es auch Grundlage einer registerrechtlichen Eintragung sein kann (BGH, Beschluss vom 04.04.2017, II ZB 10/16, ZIP 2017, 1067 Rdnr. 22 m. w. N.).

13 bb) Der Gewinnabführungsvertrag zwischen der Antragstellerin und der E GmbH ist aufseiten der Antragstellerin, wie das Beschwerdegericht zutreffend angenommen hat, weder eine eintragungspflichtige noch eine eintragungsfähige Tatsache.

14 (1) Die Wirksamkeit des Gewinnabführungsvertrags ist nicht von der Eintragung im Handelsregister der Obergesellschaft abhängig. Gegenteiliges macht die Rechtsbeschwerde auch nicht geltend.

15 Der Gewinnabführungsvertrag als Unternehmensvertrag im Sinne des § 291 Abs. 1 Fall 2 AktG hat nur für den Fall der Verpflichtung einer Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien eine gesetzliche Regelung erfahren. Wird ein solcher Vertrag mit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung als Untergesellschaft abgeschlossen, sind die bei einer Änderung des Gesellschaftsvertrags geltenden Formvorschriften (§§ 53, 54 GmbHG) entsprechend anzuwenden, weil der durch einen Unternehmensvertrag bewirkte Eingriff in den Gesellschaftszweck, die Zuständigkeitskompetenz der Gesellschafter und ihr Gewinnbezugsrecht satzungsgleich die rechtliche Grundstruktur der sich der Beherrschung unterstellenden GmbH ändert und ihm auch eine einer Satzungsänderung entsprechende Bedeutung zukommt (BGH, Beschluss vom 24.10.1988, II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 338; Beschluss vom 30.01.1992, II ZB 15/91, ZIP 1992, 395, 397; Urteil vom 16.07.2019, II ZR 175/18, BGHZ 223, 13 Rdnr. 22; vgl. auch Urteil vom 31.05.2011, II ZR 109/10, BGHZ 190, 45 Rdnr. 19).

16 Unter Berücksichtigung der Eigenart des Unternehmensvertrags folgt daraus, dass die materielle Wirksamkeit des Vertrags von der Einhaltung der Schriftform für den Unternehmensvertrag, der notariellen Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses entsprechend § 53 Abs. 2 Satz 1 GmbHG und der Eintragung von Zustimmungsbeschluss und Unternehmensvertrag in das Handelsregister entsprechend § 54 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 GmbHG abhängig ist (BGH, Beschluss vom 24.10.1988, II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 341 f.; Urteil vom 05.11.2001, II ZR 119/00, ZIP 2002, 35, 36; Urteil vom 16.07.2019, II ZR 175/18, BGHZ 223, 13 Rdnr. 17). Auf der Seite der Obergesellschaft bedarf es zur Wirksamkeit des Vertrags entsprechend § 293 Abs. 2 Satz 1 AktG der Zustimmung der Gesellschafterversammlung (BGH, Beschluss vom 24.10.1988, II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 335 f.). Die Niederschrift der Beschlussfassung und der Vertrag sind entsprechend § 293g Abs. 2 Satz 2, § 294 Abs. 1 Satz 2 AktG der Anmeldung der Untergesellschaft beizufügen (vgl. BGH, Beschluss vom 30.01.1992, II ZB 15/91, ZIP 1992, 395, 396 f.; *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 1111).

17 Einer Eintragung des Gewinnabführungsvertrags im Handelsregister der Obergesellschaft bedarf es für die Wirksamkeit des Vertrags dagegen nicht (*E. Vetter*, AG 1994, 110, 113; *Altmeppen*, GmbHG, 10. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 45; *Emmerich/Habersack/Emmerich*, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 10. Aufl., § 293 Rdnr. 46; *Gehrlein/Born/Simon/Maul*, GmbHG, 5. Aufl., Anh. 2 Rdnr. 18; *MünchKomm-GmbHG/Harbarth*, 4. Aufl., § 53 Rdnr. 159; *Habersack/Casper/Löbbecke/Leuschner*, GmbHG, 3. Aufl., Anh. nach § 77 Rdnr. 179). Ein Eintragungserfordernis kann insoweit weder aus § 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG abgeleitet werden, weil der Abschluss des Beherrschungsvertrags aufseiten der Obergesellschaft nicht einer Änderung der Satzung entspricht (*Noack/Servatius/Haas/Beurskens*, GmbHG, KonzernR Rdnr. 110), noch aus § 294 Abs. 1 Satz 1 1. Hs. AktG, weil diese Norm ihrem Wortlaut entsprechend nur auf die Untergesellschaft anzuwenden ist (*MünchKomm-AktG/Altmeppen*, 5. Aufl., § 294 Rdnr. 12; *Koch*, AktG, 16. Aufl., § 294 Rdnr. 1; *Hölters/Deilmann*, AktG, 4. Aufl., § 294 Abs. 1; *KK-AktG/Koppensteiner*, 3. Aufl., § 294 Rdnr. 5; *K. Schmidt/Lutter/Langenbacher*, AktG, 4. Aufl., § 294 Rdnr. 2; *Großkomm. AktG/Mülbert*, 4. Aufl., § 294 Rdnr. 12; *Wachter/Müller*, AktG, 4. Aufl., § 294 Rdnr. 2; *Henssler/Strohn/Paschos*, GesR, § 294 AktG Rdnr. 2; *Bürgers/Körper/Lieder/Schenk*, AktG, 5. Aufl., § 294 Rdnr. 2; *Grigoleit/Servatius*, AktG, 2. Aufl., § 294 Rdnr. 3; *BeckOGK-AktG/Veill/Walla*, Stand: 01.10.2022, § 294 Rdnr. 3; *Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts Band IV/Krieger*, 5. Aufl., § 71 Rdnr. 56). Es wäre auch der Rechtssicherheit abträglich, das Zustandekommen des Unternehmensvertrags von Eintragungen in verschiedene Handelsregister abhängig zu machen (*KK-AktG/Koppensteiner*, § 294 Rdnr. 5). Richtig ist zwar, dass das Gesetz auch in anderen Fällen die Eintragung in verschiedene Register vorsieht, wie beispielsweise in § 16 Abs. 1 UmwG (vgl. *Uwe H. Schneider*, WM 1986, 181, 187). Das Gesetz enthält in diesem Fall aber ausdrückliche Regelungen zur Reihenfolge und Wirkung der Eintragungen, um die gebotene Rechtssicherheit zu gewährleisten (vgl. §§ 19, 130 UmwG). Der Gesetzgeber hat im Übrigen mit dem Gesetz

zur Bereinigung des Umwandlungsrechts vom 28.10.1994 (BGBl. 1994, S. 3210) die Vorschriften über den Abschluss, die Änderung und die Beendigung von Unternehmensverträgen um die §§ 293a ff. AktG, teilweise in Anlehnung an Vorschriften des UmwG ergänzt (BT-Drucks. 12/6699, S. 178 ff.), ohne hinsichtlich des Eintragungserfordernisses in § 294 Abs. 1 Satz 1 1. Hs. AktG Änderungs- oder Ergänzungsbedarf zu sehen.

18 (2) Das Beschwerdegericht hat ein gewohnheitsrechtlich begründetes Eintragungserfordernis mit Recht verneint. Hiergegen wendet sich die Rechtsbeschwerde ebenfalls nicht, weder mit der Rüge einer verfahrensfehlerhaften Ermittlung des Gewohnheitsrechts (§ 293 Satz 2 ZPO) noch macht sie geltend, das Beschwerdegericht habe den Begriff des Gewohnheitsrechts verkannt. Das Gewohnheitsrecht entsteht durch längere tatsächliche Übung, die eine dauernde und ständige, gleichmäßige und allgemeine ist und von den Beteiligten als verbindliche Rechtsnorm anerkannt wird (BGH, Urteil vom 16.02.2001, V ZR 422/99, NJW-RR 2001, 1208, 1209; Urteil vom 21.11.2008, V ZR 35/08, NJW-RR 2009, 311 Rdnr. 12; Urteil vom 19.03.2013, VI ZR 56/12, BGHZ 197, 1 Rdnr. 29; Urteil vom 18.11.2016, V ZR 266/14, BGHZ 213, 30 Rdnr. 23; Beschluss vom 04.04.2017, II ZB 10/16, ZIP 2017, 1067 Rdnr. 24). Es fehlt im Hinblick auf die Eintragungspraxis der Registergerichte schon an einer ständigen, gleichmäßigen und allgemeinen Übung (*Priester*, ZGR Sonderheft 6, 151, 175; *Uwe H. Schneider*, WM 1986, 181, 187). Im handelsrechtlichen Schrifttum ist ebenfalls nicht von einer gewohnheitsrechtlichen Anerkennung die Rede.

19 (3) Das Beschwerdegericht hat auch die Eintragungsfähigkeit der Tatsache aufgrund eines erheblichen Bedürfnisses im Ergebnis zutreffend verneint, weil diese geeignet wäre, zu Missverständnissen Anlass zu geben.

20 Gläubiger und auch künftige Gesellschafter der Obergesellschaft haben zwar ein Interesse an der Information über den Abschluss eines Gewinnabführungsvertrags, weil insbesondere die Verlustübernahmepflicht entsprechend § 302 Abs. 1 AktG und die Pflicht zur Sicherheitsleistung entsprechend § 303 Abs. 1 Satz 1 AktG für sie möglicherweise von erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung sind (*Priester*, ZGR Sonderheft 6, 151, 175; *Uwe H. Schneider*, WM 1986, 181, 187; *KK-AktG/Koppensteiner*, § 294 Rdnr. 5), und bei der berechtigten Gesellschaft eine Änderung in der Organisationsstruktur insofern eintritt, als die Geschäftsrisiken der Untergesellschaft nicht ihrer unmittelbaren Leitung unterliegen (vgl. BGH, Beschluss vom 24.10.1988, II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 336). Eine Eintragung im Handelsregister der Obergesellschaft mag auch Vorteile gegenüber anderweitigen Informationsmöglichkeiten haben, die der Rechtsverkehr insbesondere durch Angaben im Jahresabschluss, Anhang, Konzernabschluss und Konzernanhang (dazu *Vetter*, AG 1994, 110, 112) erlangen kann (*Priester*, GmbHR 2015, 169, 171; *Uwe H. Schneider*, WM 1986, 181, 187).

21 Eine fakultative Eintragung des Gewinnabführungsvertrags (*MünchKomm-GmbHG/Liebscher*, Anh. § 13 Rdnr. 800) wäre aber geeignet, bei Gläubigern oder künftigen Gesellschaftern der Obergesellschaft Missverständ-

nisse über den Bestand eines solchen Vertrags zu verursachen. Ihre Gestattung hätte zur Folge, dass die Einsichtnahme in das Handelsregister nicht zuverlässig über das Bestehen eines wirksamen Gewinnabführungsvertrags informieren würde. Das Gesetz sieht eintragungsfähige, nicht erzwingbar anmeldepflichtige Tatsachen insbesondere in Fällen vor, in denen an die Eintragung bestimmte Rechtsfolgen geknüpft werden (§ 2 Satz 1, § 3 Abs. 2, § 25 Abs. 2, § 28 Abs. 2 HGB). Entsprechend erhält auch die Eintragung des Gewinnabführungsvertrags im Handelsregister der verpflichteten Gesellschaft ihre Verbindlichkeit für den Rechtsverkehr dadurch, dass der Vertrag entsprechend § 54 Abs. 3 GmbHG mit der Eintragung wirksam wird (BGH, Beschluss vom 24.10.1988, II ZB 7/88, BGHZ 105, 324, 338; Urteil vom 05.11.2001, II ZR 119/00, ZIP 2002, 35, 36; Urteil vom 16.07.2019, II ZR 175/18, BGHZ 223, 13 Rdnr. 17; vgl. auch MünchKomm-HGB/*Krafka*, § 8 Rdnr. 43). Die Verlautbarung eines unabhängig von der Eintragung bei der Obergesellschaft wirksamen Gewinnabführungsvertrags könnte ihre Informationsfunktion gegenüber Gläubigern und künftigen Gesellschaftern nur dann effektiv erfüllen, wenn diese nicht nur durch die Eintragung auf das Bestehen des Gewinnabführungsvertrags hingewiesen würden, sondern im Fall der Nichteintragung auch ihr Vertrauen auf das Nichtbestehen eines Gewinnabführungsvertrags geschützt wäre (*Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 1596; BeckOGK-HGB/*Beurskens*, § 8 Rdnr. 172). Dies wäre bei einer für die Wirksamkeit des Vertrags nicht erforderlichen fakultativen Eintragung aber gerade nicht der Fall. Eine zuverlässige Information wäre nicht gewährleistet, weil Gläubiger oder künftige Gesellschafter bei fehlender Eintragung nicht darauf vertrauen könnten, dass keine Verpflichtungen aus einem Gewinnabführungsvertrag drohen.

15. Nachweis der Zustimmungsbefugnis des Testamentsvollstreckers für die Löschung einer Grundschuld bei verstorbenem GbR-Gesellschafter

BGH, Beschluss vom 10.02.2022, V ZB 87/20
(Vorinstanz: KG, Beschluss vom 15.09.2020, 1 W 1340/20)

BGB §§ 705, 727, 736, 738, 1922, 2202

GBO § 18 Abs. 1 Satz 1, §§ 19, 27 Satz 1, §§ 29, 40 Abs. 2, § 47 Abs. 2 Satz 2

HGB § 172 Nr. 2, § 174 Abs. 3

LEITSÄTZE:

1. **Nach dem Tod des Gesellschafters einer im Grundbuch als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragenen GbR stellt die Buchposition des Gesellschafters keine gesondert vererbliche Rechtsposition dar; die Rechtsnachfolge in die Gesellschaftstellung vollzieht sich insgesamt nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags.**
2. **Soll eine auf dem Grundstück einer GbR lastende Grundschuld nach dem Tod eines Gesellschafters mit**

Zustimmung des Testamentsvollstreckers und der verbliebenen Gesellschafter gelöscht werden, ohne zuvor das Grundbuch zu berichtigen, muss die Zustimmungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nachgewiesen werden (Abgrenzung zu Senat, Beschluss vom 13.07.2017, V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rdnr. 16 a. E. = BeckRS 2017, 128302).

3. **Der Nachweis der Zustimmungsbefugnis ist jedenfalls dann erbracht, wenn sich aus der in der Form des § 29 GBO eingereichten Zustimmungserklärung des Testamentsvollstreckers und der übrigen Gesellschafter ergibt, dass es keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag gibt und besondere gesellschaftsvertragliche Abreden für den Todesfall nicht getroffen worden sind, sofern keine konkreten Anhaltspunkte für Zweifel an diesen Angaben bestehen; eidesstattlicher Versicherungen bedarf es nicht.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Die Beteiligte zu 1, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), ist als Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Wohnungseigentums im Grundbuch eingetragen. Als Gesellschafter sind der Beteiligte zu 2 und der inzwischen verstorbene Dr. F Z eingetragen. Der Beteiligte zu 3 ist Testamentsvollstrecker über den Nachlass des Dr. F Z. Die Beteiligte zu 4, eine Bank, bewilligte mit notarieller Urkunde die Löschung einer zu ihren Gunsten in Abteilung III des Grundbuchs eingetragenen brieflosen Grundschuld. Für die Beteiligte zu 1 stimmten mit notarieller Urkunde der Beteiligte zu 2 als Mitgesellschafter und der Beteiligte zu 3 als Testamentsvollstrecker der Löschung zu.

2 Den Antrag der Beteiligten zu 1 auf Löschung der Grundschuld hat das Grundbuchamt zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 den Löschantrag weiter.

3 B. Nach Ansicht des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung u. a. in ZfIR 2020, 864 veröffentlicht ist, ist die Löschung der Grundschuld zu Recht abgelehnt worden. Die gemäß § 27 Satz 1 GBO für die Löschung erforderliche Zustimmung der GbR als der Wohnungseigentümerin sei neben dem Beteiligten zu 2 von den Rechtsnachfolgern des verstorbenen Mitgeschafters abzugeben. Vor der Löschung müssten diese gemäß § 39 Abs. 1 GBO in das unrichtig gewordene Grundbuch eingetragen werden. Die Voreintragung sei nicht gemäß § 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO entbehrlich. Es fehle an dem dafür erforderlichen Nachweis, dass die Bewilligung des Beteiligten zu 3 als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des verstorbenen Mitgeschafters gegen dessen Erben wirksam sei. Nach dem Tod des Gesellschafters einer GbR sei der Testamentsvollstrecker zwar dann unter Ausschluss der Erben verfassungsbefugt, wenn die Gesellschaft gemäß § 727 Abs. 1 BGB aufgelöst werde. Von diesem gesetzlichen Regelfall könne aber nicht ohne Weiteres ausgegangen werden. Vorliegend bestünden zudem besondere Anhaltspunkte dafür, dass die Gesellschafter die Auflösung der Gesellschaft nicht gewollt und die Fortführung mit den Erben des verstorbenen Ge-

sellschafters vereinbart hätten. Das Hindernis in Gestalt der fehlenden Voreintragung lasse sich nicht rückwirkend beseitigen. Zwar sei die Eintragung der Erben bzw. der aus mehreren Miterben bestehenden Erbengemeinschaft allein durch den Beteiligten zu 3 zu bewilligen, weil die Buchposition immer nach erbrechtlichen und nicht nach gesellschaftsrechtlichen Regelungen übergehe. Diese Bewilligung wirke aber nicht zurück und könne deshalb nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein.

4 C. I. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig (§ 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG). Im Rahmen der Zulässigkeit ist zugunsten der GbR zu unterstellen, dass sie durch die Beteiligten zu 2 und 3 wirksam vertreten wird. Denn die Rechtsbeschwerde legt schlüssig dar, dass die GbR lediglich als Liquidationsgesellschaft fortbesteht und der Beteiligte zu 3 als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des verstorbenen Mitgesellschafters die Gesellschafterbefugnisse des Verstorbenen ausübt. Dies ist für die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde ausreichend (vgl. Senat, Beschluss vom 06.05.1999, V ZB 15/99, NJW 1999, 2369, 2370; allgemein BGH, Beschluss vom 30.11.1988, IVa ZB 12/88, BGHZ 106, 96, 99 m. w. N.).

5 II. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

6 1. Mit der von dem Beschwerdegericht gegebenen Begründung kann ein rückwirkend nicht behebbares Eintragungshindernis im Sinne des § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GBO nicht angenommen werden.

7 a) Im Ausgangspunkt darf eine Grundschuld gemäß § 27 Satz 1 GBO nur mit Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks – hier also der GbR – gelöscht werden. Das Zustimmungserfordernis ist neben der – hier vorliegenden – Löschungsbewilligung des Grundschuldgläubigers notwendig, um den Eigentümer davor zu bewahren, ein durch Zahlungen auf das Grundpfandrecht entstandenes, aus dem Grundbuch nicht ersichtliches Eigentümergrundpfandrecht bzw. seine Anwartschaft auf Erwerb des Eigentümergrundpfandrechts gegen seinen Willen zu verlieren (Senat, Beschluss vom 12.10.2017, V ZB 131/16, NJW 2018, 710 Rdnr. 7). Die von einer GbR als Eigentümerin zu erteilende Zustimmung ist grundsätzlich von allen gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern abzugeben; denn gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO werden die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter einer GbR verfahrensrechtlich wie Berechtigte behandelt.

8 b) Keinen Bestand haben kann aber die Begründung, mit der das Beschwerdegericht im Hinblick auf den verstorbenen Gesellschafter die Voreintragung der Erben verlangt. Zu Unrecht unterscheidet es insoweit zwischen dem Erfordernis der Voreintragung einerseits und der Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers andererseits.

9 aa) Das Beschwerdegericht nimmt – seiner ständigen Rechtsprechung folgend (zuvor bereits KG, ZEV 2016, 338 Rdnr. 3; ZEV 2020, 707 Rdnr. 14) – an, dass die Buchposition des verstorbenen Gesellschafters einer GbR stets nach erb- und nicht nach gesellschaftsrechtlichen Regelungen auf den Erben oder die Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit übergeht (im Anschluss an *Ertl*, MittBayNot

1992, 11, 16 f.; nur im Ergebnis zustimmend *Staudinger/Kunz*, Stand: 30.04.2021, § 1922 Rdnr. 190b). Wegen der Testamentsvollstreckung sei hier allein der Beteiligte zu 3 beauftragt, die Eintragung des Erben bzw. der Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zu bewilligen, was jedoch nicht rückwirkend geschehen könne. Anders beurteilt das Beschwerdegericht hingegen das Erfordernis der Voreintragung; (nur) hinsichtlich der Frage, ob die Bewilligung des Testamentsvollstreckers gegen die Erben wirksam und die Voreintragung deshalb gemäß § 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO entbehrlich ist, hält es die Vorgaben des Gesellschaftsvertrags für maßgeblich. Da nicht feststehe, dass der Testamentsvollstrecker die gesellschaftsrechtlichen Befugnisse ausüben dürfe, sei die Voreintragung des Erben bzw. der Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit erforderlich.

10 bb) Diese Differenzierung findet im Gesetz keine Stütze.

11 (1) Nach dem Tod des Gesellschafters einer im Grundbuch als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragenen GbR stellt die Buchposition des Gesellschafters keine gesondert vererbliche Rechtsposition dar; die Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung vollzieht sich insgesamt nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags (so bereits BayObLGZ 1992, 259, 263 f. in Ablehnung von *Ertl*, MittBayNot 1992, 11, 16 f.; ebenso OLG München, FGPrax 2017, 250, 251; OLG Zweibrücken, MittBayNot 1995, 210, 211; *Weber*, ZEV 2020, 710, 711). Wegen der Vermutung des § 891 BGB ist für die Bewilligungsberechtigung zwar grundsätzlich die Grundbuchposition maßgeblich. Die Buchposition ist aber kein selbstständig vererblicher Vermögenswert, sondern sie beruht grundsätzlich auf der materiellen Berechtigung, die durch sie verlautbart wird (vgl. nur BayObLGZ 1992, 259, 263). Ist das Grundbuch unrichtig und die Vermutung des § 891 BGB widerlegt, muss der wahre Berechtigte, also der Inhaber des betroffenen Rechts, die Eintragung gemäß § 19 GBO bewilligen (Senat, Urteil vom 20.01.2006, V ZR 214/04, NJW-RR 2006, 888 Rdnr. 14) bzw. gemäß § 27 Satz 1 GBO der Löschung zustimmen (vgl. BayObLGZ 1992, 341, 342; BeckOK-GBO/*Holzer*, Stand: 01.11.2021, § 27 Rdnr. 7); die Zustimmung gemäß § 27 Satz 1 GBO stellt nämlich einen Unterfall der Bewilligung gemäß § 19 GBO dar (vgl. *Bauer/Schaub/Schäfer*, GBO, 4. Aufl., § 27 Rdnr. 27; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 27 Rdnr. 20). Für die Gesellschafter einer GbR und die Vermutung des § 891a Satz 1 BGB gilt das gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO entsprechend. Steht fest, dass ein im Grundbuch eingetragener Gesellschafter einer GbR verstorben ist, ist die Vermutung des § 891 BGB widerlegt. Infolgedessen müssen anstelle des verstorbenen Gesellschafters nunmehr dessen Rechtsnachfolger in den Gesellschaftsanteil die Zustimmung erklären; eine von dem Gesellschaftsvertrag losgelöste Vererbung der Buchposition findet nicht statt. Nach den Vorgaben des Gesellschaftsvertrags beurteilt sich auch, wer bei Anordnung der Testamentsvollstreckung bewilligungsbefugt ist (näher dazu unten Rdnr. 15 ff.).

12 (2) Nichts anderes gilt im Hinblick auf das gemäß § 39 Abs. 1 GBO grundsätzlich bestehende Erfordernis der Vor-

eintragung der Rechtsnachfolger. Richtig ist zwar, dass gemäß § 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO von einer Voreintragung nur abgesehen werden kann, wenn die Bewilligung eines Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben wirksam ist. Über die Zustimmungs- oder Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers hinaus, die von Amts wegen zu prüfen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 28.04.1961, V ZB 17/60, BGHZ 35, 135, 139), stellt dies jedoch kein eigenständiges materielles Prüfungskriterium dar (vgl. Bauer/Schaub/Bauer, GBO, § 40 Rdnr. 27; BeckOK-GBO/Zeiser, § 40 Rdnr. 29). Sollte die Bewilligungsbefugnis des Beteiligten zu 3 nachgewiesen sein, wäre seine Zustimmung also ausreichend, und zugleich stünde fest, dass es gemäß § 40 Abs. 2 Alt. 1, § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO nicht der Voreintragung der Erben bedürfte. Der Beschwerdeentscheidung lässt sich im Übrigen, wie die Rechtsbeschwerde zu Recht rügt, nicht entnehmen, wer aus Sicht des Beschwerdegerichts nach erfolgter Eintragung des Erben bzw. der Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit (§ 47 Abs. 1 GBO) die Zustimmung erteilen müsste, und welche Voraussetzungen die Beteiligten insoweit erfüllen müssten.

13 2. Die Entscheidung erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 74 Abs. 2 FamFG).

14 a) Nach den obigen Ausführungen kommt es zunächst entscheidend darauf an, wer bei der Erteilung der Zustimmung gemäß § 27 Satz 1 GBO befugt ist, die Gesellschafterbefugnisse des verstorbenen Mitgesellschafters auszuüben.

15 aa) Im Ausgangspunkt führt die von dem verstorbenen Mitgesellschafter einer GbR angeordnete Testamentsvollstreckung über seinen Nachlass nicht in jedem Fall dazu, dass die Verfügungsbefugnis der Rechtsnachfolger ausgeschlossen ist und die Gesellschafterbefugnisse von dem Testamentsvollstrecker wahrzunehmen sind. Insoweit sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden.

16 (1) Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 13.07.2017 (V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rdnr. 16 m. w. N.) zu einem Nachlassinsolvenzverwalter ausgeführt hat, vollzieht sich die Vererbung von Anteilen im Fall der Auflösung der Gesellschaft gemäß § 727 Abs. 1 BGB an der nach dem Erbfall fortbestehenden Liquidationsgesellschaft nach rein erbrechtlichen Regeln. Die Einschränkungen, die sich aus der Sondervererbung von Gesellschaftsanteilen ergeben, bestehen insoweit nicht, sondern Gesellschafter ist der Erbe bzw. sind die Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Erbengemeinschaft. Mit der Annahme des Amts durch den Testamentsvollstrecker gemäß § 2202 Abs. 1 BGB nimmt dieser entsprechend § 146 Abs. 1 HGB unter Ausschluss der Erben die Befugnisse des Abwicklers wahr (vgl. MünchKomm-BGB/Zimmermann, 8. Aufl., § 2205 Rdnr. 31). Sollte es sich bei der Beteiligten zu 1 um eine Liquidationsgesellschaft handeln, übte also der Beteiligte zu 3 als Testamentsvollstrecker die Gesellschafterbefugnisse des verstorbenen Mitgesellschafters aus und wäre zustimmungsbefugt.

17 (2) Enthält der Gesellschaftsvertrag hingegen eine Regelung gemäß § 736 Abs. 1 BGB, wonach die Gesellschaft un-

ter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (sog. Fortsetzungsklausel), wächst der Anteil des verstorbenen Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen gemäß § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB den übrigen Gesellschaftern zu. In den von dem Testamentsvollstrecker verwalteten Nachlass fällt lediglich der schuldrechtliche Abfindungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. Bengel/Reimann/Pauli, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl., § 5 Rdnr. 151). Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Personengesellschaft führt zur Übernahme der Aktiva und Passiva durch den verbleibenden Gesellschafter, der Gesamtrechtsnachfolger der beendeten Gesellschaft wurde (vgl. BGH, Urteil vom 16.12.1999, VII ZR 53/97, NJW 2000, 1119 f. zur Kommanditgesellschaft). Im Ergebnis geht die Zustimmungsberechtigung des Verstorbenen also auf den oder die Mitgesellschafter über. Das wäre hier der Beteiligte zu 2, der bereits zugestimmt hat.

18 (3) Anders ist es jedoch, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Regelung enthält, wonach die Gesellschaft im Fall des Todes eines Gesellschafters nicht aufgelöst, sondern mit allen oder einzelnen Erben fortgesetzt wird (sog. einfache bzw. qualifizierte Nachfolgeklausel). Dann gehört der im Wege der Einzelrechtsnachfolge unmittelbar auf den oder die Gesellschafter-Erben übergehende Anteil der Personengesellschaft zwar zum Nachlass. Der Testamentsvollstrecker kann über die mit der Gesellschaftsbeteiligung verbundenen Vermögensrechte – insbesondere den Anspruch auf das künftige Auseinandersetzungsguthaben – verfügen. Wegen der Besonderheiten der zwischen den Gesellschaftern gebildeten Arbeits- und Haftungsgemeinschaft stehen ihm aber nicht solche Befugnisse zu, die unmittelbar die Mitgliedschaftsrechte der Erben berühren (vgl. BGH, Beschluss vom 12.01.1998, II ZR 23/97, MDR 1998, 423 m. w. N.). Dazu gehört die Wahrnehmung der Rechte des Gesellschafter-Erben bei der Geschäftsführung (§ 709 BGB) und damit auch bei der Verfügung über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens (vgl. Senat, Beschluss vom 13.07.2017, V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rdnr. 19). In diesem Fall üben der oder die Gesellschafter-Erben je für sich (und nicht der Testamentsvollstrecker) die Gesellschafterbefugnisse des Verstorbenen aus, zu denen auch die Erteilung der Zustimmung gemäß § 27 Satz 1 GBO gehört. Infolgedessen müssten also der oder die Gesellschafter-Erben (je für sich und nicht als Erbengemeinschaft) zustimmen.

19 bb) Die bislang erteilte Zustimmung der Beteiligten zu 2 und 3 reicht – wie das Beschwerdegericht im Hinblick auf die Voreintragung zutreffend erkennt – für sich genommen nicht aus, weil es an dem Nachweis der Zustimmungsbefugnis des Beteiligten zu 3 fehlt. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde hat das Grundbuchamt bei Eintragungen in das Grundbuch nicht grundsätzlich die Auflösung der Gesellschaft gemäß § 727 Abs. 1 BGB – was hier die Zustimmungsbefugnis des Beteiligten zu 3 als Testamentsvollstrecker zur Folge hätte (vgl. oben Rdnr. 16) – zugrunde zu legen.

20 (1) Allerdings hat der Senat für die Eintragung eines Insolvenzvermerks in das Grundbuch entschieden, dass mangels anderer Anhaltspunkte von dem gesetzlichen „Normalfall“ des § 727 Abs. 1 BGB auszugehen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 13.07.2017, V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rdnr. 16 a. E.). Diese Aussage lässt sich aber nicht verallgemeinern, sondern sie beschränkt sich ihrem Kontext entsprechend auf die Eintragung eines Insolvenzvermerks. Insoweit ist § 32 Abs. 1 Nr. 1 InsO entsprechend anzuwenden, wenn über den Nachlass eines verstorbenen Mitgesellschafters das Insolvenzverfahren eröffnet wurde; das Insolvenzgericht hat daher, soweit ihm aus dem Grundbuch hervorgehende Gesellschaftsanteile bekannt werden, das Grundbuchamt von Amts wegen um die Eintragung des Vermerks zu ersuchen (§ 32 Abs. 2 Satz 1 InsO) oder der Insolvenzverwalter hat sie beim Grundbuchamt zu beantragen (§ 32 Abs. 2 Satz 2 InsO). Zweck der Vorschrift ist es, die Insolvenzmasse vor Beeinträchtigungen durch einen gutgläubigen Erwerb zu schützen, indem die Verfügungsbeschränkungen, denen der Insolvenzschuldner unterliegt (§ 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 InsO), im Grundbuch verlautbart werden (Senat, Beschluss vom 19.05.2011, V ZB 197/10, NJW-RR 2011, 1030 Rdnr. 10). Durch die Eintragung wird der öffentliche Glaube des Grundbuchs beseitigt, soweit dieser gemäß § 899a BGB das Fehlen von Verfügungsbeschränkungen (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB) der eingetragenen Gesellschafter umfasst. Es ist deshalb im Interesse der gesamten Gläubigerschaft erforderlich, zur Sicherung der Masse den Insolvenzbeschluss umgehend im Grundbuch offenkundig zu machen (vgl. MünchKomm-InsO/Busch, 4. Aufl., §§ 32, 33 Rdnr. 1 m. w. N.). Dieses gesetzgeberische Ziel würde verfehlt, wenn das Insolvenzgericht vor dem Ersuchen die gesellschaftsvertraglichen Regelungen prüfen bzw. der Insolvenzverwalter deren Inhalt in seinem Antrag nachweisen müsste. Sind allerdings abweichende gesellschaftsvertragliche Abreden positiv bekannt, die dazu führen, dass ein Insolvenzvermerk nicht einzutragen ist, dürfen – selbstverständlich – weder das Insolvenzgericht das Grundbuchamt um die Eintragung ersuchen noch der Insolvenzverwalter diese beantragen. Andernfalls darf zum Schutz der Insolvenzmasse insoweit von dem gesetzlichen „Normalfall“ des § 727 Abs. 1 BGB ausgegangen werden; das gilt auch für das Grundbuchamt, das die Eintragung vorzunehmen hat.

21 (2) Anders verhält es sich aber bei dem Nachweis der Bewilligungsbefugnis zur Berichtigung des Grundbuchs nach dem Tod eines Gesellschafters der GbR. Denn der (eilbedürftige) Insolvenzvermerk führt weder Rechtsänderungen herbei noch ermöglicht er deren Vornahme; er beseitigt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, während die Berichtigung diesen herbeiführt. Für den Nachweis der Bewilligungsbefugnis entspricht es daher im Ansatz einhelliger und zutreffender Auffassung, dass nicht ohne Weiteres die Rechtsfolge des § 727 Abs. 1 BGB anzunehmen ist, sondern dass regelmäßig neben der Bewilligung die gesellschaftsvertraglichen Folgen des Versterbens des Mitgesellschafters mindestens schlüssig dargelegt werden müssen (vgl. KG, ZEV 2020, 707 Rdnr. 17; ZEV 2016, 338 Rdnr. 4; OLG München, NZG 2020, 191 Rdnr. 14; FGPrax 2017, 250, 252; OLGR Jena 2001, 282, 283; BeckOK-BGB/

Eckert, § 899a Rdnr. 9; BeckOGK-BGB/*Hertel*, Stand: 15.04.2021, § 899a Rdnr. 51; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 41 und § 47 Rdnr. 31.1; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 4274; *Reymann*, DNotZ 2021, 103, 130 f.; *Schöner*, DNotZ 1998, 815, 818).

Das gilt auch für die Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers (vgl. zu dieser *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 56 ff., § 52 Rdnr. 18 ff.).

22 (3) Diese Anforderungen sind auch hier maßgeblich. Soll eine auf dem Grundstück einer GbR lastende Grundschuld nach dem Tod eines Gesellschafters mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers und der verbliebenen Gesellschafter gelöscht werden, ohne zuvor das Grundbuch zu berichtigen, muss die Zustimmungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nachgewiesen werden. Das ist erforderlich, weil die Grundschuld gelöscht werden soll, ohne zuvor das Grundbuch wegen der eingetretenen Veränderungen in dem Gesellschafterbestand zu berichtigen (§ 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO, § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO). Die Regelung in § 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO entbindet lediglich von dem Erfordernis der Voreintragung nach § 39 Abs. 1 GBO. Weitere Erleichterungen ergeben sich aus der Vorschrift nicht. Da die mit der Eintragung verbundene erleichterte Legitimationsprüfung durch das Grundbuchamt durch den Verzicht auf die Voreintragung entfällt, muss dem Grundbuchamt die Bewilligungsbefugnis und -befugnis wie bei einer Berichtigungsbewilligung zur Voreintragung nachgewiesen werden (vgl. *Bauer/Schaub/Bauer*, GBO, § 40 Rdnr. 4, 27; *Demharter*, GBO, § 40 Rdnr. 2).

23 cc) Dieser Mangel ließe sich jedoch rückwirkend beheben. Da die Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers – wie gezeigt (vgl. Rdnr. 15 ff.) – von den gesellschaftsvertraglichen Abreden abhängt, kommt es darauf an, wie diese dem Grundbuchamt nachzuweisen sind.

24 (1) Wie die Bewilligungsbefugnis bzw. -befugnis nach dem Tod des Gesellschafters der GbR im Grundbuchverfahren nachgewiesen werden soll, ist allerdings in jeder Hinsicht umstritten. Das hängt damit zusammen, dass jeweils die gesellschaftsvertraglichen Regelungen maßgeblich sind, die aber regelmäßig nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachweisbar sind. Nach dem Vortrag der Rechtsbeschwerde, der für das Rechtsbeschwerdeverfahren als richtig zu unterstellen ist, gibt es hier weder einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag noch sind besondere Abreden für den Tod getroffen worden. Damit ist entscheidend, welche Anforderungen insoweit an den Nachweis der Bewilligungs- bzw. Zustimmungsbefugnis zu stellen sind; der Senat hat diese Frage bislang offengelassen (vgl. Beschluss vom 13.07.2017, V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rdnr. 22). Im Ergebnis entspricht es einhelliger Ansicht, dass die schlüssige Darlegung des nachfolgerelevanten Inhalts des Gesellschaftsvertrags jedenfalls dann ausreichen muss, wenn ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag nicht existiert; die Meinungen gehen aber im Hinblick auf die hierfür erforderlichen Nachweise auseinander.

25 (a) Teils werden weitere Beweismittel unter Rückgriff auf die „Mediatisierungsfunktion“ des § 47 Abs. 2 GBO (vgl.

dazu auch Senat, Beschluss vom 28.04.2011, V ZB 194/10, BGHZ 189, 274 Rdnr. 20 ff.) stets als entbehrlich und die Bewilligung bzw. Zustimmung der Gesellschafter und der Erben als ausreichend angesehen, sofern der nachfolgerelevante Inhalt des Gesellschaftsvertrags in grundbuchmäßiger Form in der Bewilligungserklärung schlüssig dargelegt wird (so *Reymann*, DNotZ 2021, 103, 130 f.; *ders.*, FGPrax 2017, 252, 253; *Weber*, ZEV 2015, 200, 201 f.; ähnlich BeckOGK-BGB/*Hertel*, § 899a Rdnr. 51 f.; *Meikel/Böhringer*, GBO, 12. Aufl., § 47 Rdnr. 260; *Schöner/ Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4274; jedenfalls für das Fehlen eines schriftlichen Vertrags im Ergebnis ebenso BayObLGZ 1992, 259, 261; OLG Dresden, ZEV 2012, 339, 340; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 622 f.; *Kremer*, RNotZ 2004, 239, 251).

26 (b) Nach verbreiteter Ansicht soll dagegen im Grundsatz die Vorlage bestätigender Urkunden erforderlich sein, und zwar nicht nur bei der Berichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gemäß § 22 GBO, sondern auch bei der Berichtigung aufgrund Bewilligung gemäß § 19 GBO (so ausdrücklich *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 41 f. m. w. N.). Gibt es keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag, könne das Grundbuchamt infolgedessen die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen über den Inhalt des mündlich geschlossenen Vertrags verlangen (vgl. BayObLG, NotBZ 2001, 33, 34; OLG München, FGPrax 2017, 250, 251; OLG Schleswig, NotBZ 2012, 189, 191; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 41 f.; *Schöner/ Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4275; *Bauer/Schaub/Bayer/ Lieder*, GBO, Allg. Teil, J Rdnr. 41; BeckOK-GBO/*Reetz*, § 47 Rdnr. 104b; *van de Loo*, NotBZ 2012, 192, 193 f.).

27 (c) Nach beiden Auffassungen ist bei einer Testamentsvollstreckung allerdings noch nicht beantwortet, ob neben dem verbliebenen Gesellschafter der Testamentsvollstrecker und/oder die Erben die erforderlichen Erklärungen abgeben müssen.

28 (2) Richtigerweise ist der Nachweis der Zustimmungsbefugnis jedenfalls dann erbracht, wenn sich aus der in der Form des § 29 GBO eingereichten Zustimmungserklärung des Testamentsvollstreckers und der übrigen Gesellschafter ergibt, dass es keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag gibt und besondere gesellschaftsvertragliche Abreden für den Todesfall nicht getroffen worden sind, sofern keine konkreten Anhaltspunkte für Zweifel an diesen Angaben bestehen; eidesstattlicher Versicherungen bedarf es nicht.

29 (a) Im Ausgangspunkt hat das Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfen, ob sich der Testamentsvollstrecker in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis gehalten hat (vgl. oben Rdnr. 12; *Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 23). Das dargestellte Nachweisproblem lässt sich im Falle der Testamentsvollstreckung jedenfalls nicht dadurch lösen, dass stets alle in Betracht kommenden Personen – hier also sowohl die Beteiligten zu 2 und 3 als auch die Erben des verstorbenen Gesellschafters – zustimmen müssen. Sollte es sich so verhalten, wie die Beteiligten zu 2 und 3 vortragen, ist die Gesellschaft also aufgelöst, verlöre die Testamentsvollstreckung nämlich ihren Sinn, wenn stets auch die Zustimmung der Erben erforderlich wäre; die Testamentsvollstreckung soll ja gerade eine Nachlassabwicklung unter Ausschluss der Erben ermöglichen.

30 (b) Ein vergleichbares Problem stellt sich, wenn nachgewiesen werden muss, dass von dem Testamentsvollstrecker getätigte Verfügungen nicht im Sinne von § 2205 Satz 3 BGB unentgeltlich und daher von der Verfügungsbefugnis umfasst sind. Insoweit hat der Senat anerkannt, dass einfache Erklärungen des Testamentsvollstreckers genügen können, wenn keine begründeten Zweifel daran bestehen, allerdings nur, soweit es praktisch unmöglich ist, Urkunden beizubringen (vgl. Senat, Beschluss vom 24.09.1971, V ZB 6/71, BGHZ 57, 84, 95). Im Ergebnis ist dem Grundbuchamt hier eine freie Beweiswürdigung gestattet, sofern und soweit ein Nachweis in der Form des § 29 GBO nicht möglich ist; dabei hat es jedoch keine eigenen Nachforschungen und Ermittlungen anzustellen und darf nur bei konkreten Zweifeln weitere Nachweise verlangen (vgl. *Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 24 f.).

31 (c) So ist auch hier zu verfahren. Zum Nachweis der Verfügungsbefugnis reicht es aus, wenn der Testamentsvollstrecker und der oder die Mitgesellschafter in der Form des § 29 GBO Erklärungen beibringen, wonach ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag nicht besteht und besondere Vereinbarungen für den Todesfall nicht getroffen sind. Dabei kann die Erklärung des Testamentsvollstreckers auch dahin gehen, dass ihm der Inhalt des Gesellschaftsvertrags unbekannt ist (vgl. BayObLGZ 1992, 259, 261). Auf diese Weise wird dem Grundbuchamt der aktuelle Stand der in dem Gesellschaftsvertrag enthaltenen Regelung vermittelt; in aller Regel werden über die zuletzt getroffenen mündlichen Abreden ohnehin nur die verbliebenen Gesellschafter verlässlich Auskunft geben können.

32 (d) Einfache Erklärungen sind insoweit ausreichend (vgl. auch Senat, Beschluss vom 24.09.1971, V ZB 6/71, BGHZ 57, 84, 95). Einer eidesstattlichen Versicherung bedarf es nicht. In Antragsverfahren lässt § 29 GBO im Grundsatz nur den Nachweis durch Urkunden zu (vgl. BayObLG, MittBayNot 1993, 211, 212; *Böhringer*, NotBZ 2012, 241; *Demharter*, GBO, § 1 Rdnr. 71, § 29 Rdnr. 23). Eine richterrechtlich zugelassene Versicherung an Eides statt könnte nur dann eine (im Vergleich zu einer einfachen Erklärung) höhere Richtigkeitsgewähr bieten, wenn sie strafbewehrt wäre. Die Strafbarkeit gemäß §§ 156, 161 StGB hängt aber davon ab, dass das Grundbuchamt als eine zur Abnahme einer Versicherung an Eides statt zuständige Behörde anzusehen ist. Dazu muss die Behörde, bei der der Beweis zu erbringen ist, befugt sein, die eidesstattliche Versicherung gerade in dem Verfahren abzunehmen, in dem sie abgegeben wurde, und über den Gegenstand, auf den sie sich bezieht (st. Rspr., vgl. BGHSt 7, 1 f.; 17, 303; BGH, Beschluss vom 07.02.1989, 5 StR 26/89, wistra 1989, 181 f.). Zweifel an einer solchen Befugnis bestehen im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG. Denn die Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung durch das Grundbuchamt ist nur in gesetzlich besonders geregelten Ausnahmefällen vorgesehen (vgl. insbesondere § 35 Abs. 3 Satz 2 GBO; vgl. auch OLG Oldenburg, ZfIR 2010, 726, 728; OLG Saarbrücken, ZfIR 2010, 329, 332). Ob eidesstattliche Versicherungen insoweit ein taugliches Mittel sind, als die Erbfolge nachgewiesen werden soll (§ 35 GBO), insbesondere im Hinblick auf den Ausschluss negativer Tatsachen

(vgl. dazu *Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 63, § 35 Rdnr. 41; *Böhringer*, ZEV 2017, 68, 69), bedarf hier keiner Entscheidung.

33 b) Danach kann der Nachweis durch eine Erklärung der Beteiligten zu 2 und 3 zu den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen über die Folgen des Versterbens eines Gesellschafters in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO erbracht werden. Insoweit kann eine Zwischenverfügung gemäß § 18 Abs. 1 GBO erfolgen. Das setzt voraus, dass der Mangel des Antrags rückwirkend geheilt werden kann (Senat, Beschluss vom 01.10.2020, V ZB 51/20, ZfIR 2021, 32 Rdnr. 7 m. w. N.), wovon hier auszugehen ist.

34 aa) Die von dem Beschwerdegericht geäußerten Zweifel an dem Bestehen einer Liquidationsgesellschaft stehen dem nicht entgegen. Insoweit hat das Beschwerdegericht aus dem Umstand, dass der verstorbene Gesellschafter unter der Anschrift des Wohnungseigentums wohnhaft war, gefolgert, dass er das Wohnungseigentum selbst genutzt habe und die Liquidation der GbR bei Versterben seines Mitgesellschafters infolgedessen nicht gewollt gewesen sein könne. Es ist schon zweifelhaft, ob eine solchermaßen vage Vermutung ausreicht, um konkrete Zweifel zu begründen und das Grundbuchamt zu weiteren Überprüfungen zu veranlassen (hierzu oben Rdnr. 30). Jedenfalls durfte das Beschwerdegericht seine Vermutung nicht zur Entscheidungsgrundlage machen, ohne den Beteiligten zuvor rechtliches Gehör zu gewähren und ggf. weitere Nachweise anzufordern. Nach dem als richtig zu unterstellenden Vortrag der Rechtsbeschwerde ist die tatsächliche Prämisse des Beschwerdegerichts unzutreffend; danach hat der Verstorbene unter derselben Anschrift eine in seinem Alleineigentum stehende Eigentumswohnung bewohnt.

35 bb) Infolgedessen ist der Beteiligten zu 1 durch Zwischenverfügung gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO aufzugeben, die fehlenden Erklärungen in angemessener Frist beizubringen. Da dem Grundbuchamt (lediglich) die Bewilligungsbefugnis nachzuweisen ist, ist die bereits erklärte Zustimmung nach § 27 Satz 1 GBO wirksam, sofern sich aus den beizubringenden Erklärungen ergeben sollte, dass der Beteiligte zu 3 anstelle des verstorbenen Gesellschafters die Befugnisse des Abwicklers in der Liquidationsgesellschaft wahrnimmt. Eine Berichtigung des Grundbuchs ist in diesem Fall gemäß § 40 Abs. 2 Alt. 1, § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO entbehrlich.

36 c) Schließlich scheidet die Beschwerde nicht daran, dass der Beteiligte zu 3 bislang lediglich eine beglaubigte Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses beigebracht hat. Allerdings muss das Testamentsvollstreckerzeugnis dem Grundbuchamt grundsätzlich in Urschrift oder Ausfertigung vorliegen (vgl. OLG Hamm, ZEV 2016, 640 f.; BeckOK-GBO/*Wilsch*, § 35 Rdnr. 137 jew. m. w. N.). Die Rechtsbeschwerde verweist aber zu Recht darauf, dass es ausreicht, wenn in dem Antrag auf die bei demselben AG geführten Nachlassakten und das darin enthaltene Testamentsvollstreckerzeugnis Bezug genommen wird (vgl. BeckOK-GBO/*Wilsch*, § 35 Rdnr. 137; *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 60 a. E.; *Schaub*, ZEV 2000, 49 f.). So liegt es hier; die notarielle Urkunde, die die Zustimmung der Beteiligten zu 2

und 3 enthält, nimmt auf die bei demselben AG geführten Nachlassakten Bezug.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Konrad Lautner**, München

Der Beschluss des BGH ist uneingeschränkt zu begrüßen, liefert er doch praxisgerechte Lösungen zu Teilaspekten einer im Einzelnen äußerst umstrittenen¹ Materie. Allerdings wird er in seinen wesentlichen Aussagen wie die gesamte Thematik aufgrund des am 01.01.2024 in Kraft tretenden Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetzes (MoPeG)² nur noch kurze Zeit von Relevanz sein.³

1. Sachverhalt

An einem im Eigentum einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) stehenden Wohnungseigentum war eine Buchgrundschuld für eine Bank eingetragen. Die Bank hatte die Löschung der Grundschuld bewilligt. Die GbR war gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO als Eigentümerin im Grundbuch unter Nennung ihrer beiden Gesellschafter eingetragen; einer davon war zwischenzeitlich verstorben und hatte in seinem Testament Testamentsvollstreckung angeordnet. Das Grundbuch war hinsichtlich des verstorbenen Gesellschafters noch nicht berichtigt worden. Nunmehr stimmten der überlebende Gesellschafter und der Testamentsvollstrecker, nicht aber die Erben des verstorbenen Gesellschafters, der Löschung der Grundschuld gemäß § 27 Satz 1 GBO in der erforderlichen Form zu und beantragten unter Verweis auf das Testamentsvollstreckerzeugnis in den Nachlassakten den Vollzug der Löschung im Grundbuch; ein wenigstens schriftlicher Gesellschaftsvertrag existierte nicht. Das Grundbuchamt und ihm folgend das KG⁴ als Beschwerdeinstanz wiesen den Löschantrag mangels Voreintragung (§ 39 Abs. 1 GBO) der aufgrund des Todes des verstorbenen Gesellschafters erforderlichen Grundbuchberichtigung zurück. Wegen der Vererblichkeit der Buchposition des verstorbenen Gesellschafters⁵ hätte diese zwar vom Testamentsvollstrecker bewilligt werden können. § 40 Abs. 2

- 1 Siehe dazu mit Nachweisen zum Streitstand nur: BeckOK-GBO/*Hügel/Holzer*, Stand: 02.01.2023, § 22 Rdnr. 67, 74 f.; *Bauer/Schaub/Bayer/Lieder*, GBO, 4. Aufl. 2018, AT J Rdnr. 36 ff.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 4273 ff.
- 2 BGBl. 2021 I, S. 3436 ff.
- 3 Nach der Neuregelung des § 47 Abs. 2 GBO n. F. werden die Gesellschafter der GbR nicht mehr im Grundbuch eingetragen, sondern nur noch im Gesellschaftsregister, §§ 707 ff. BGB n. F. Zu den Übergangsvorschriften: Art. 229 § 21 EGBGB n. F.
- 4 Beschluss vom 15.09.2020, 1 W 1340/20, MittBayNot 2021, 368.
- 5 So auch: KG, Beschluss vom 29.03.2016, 1 W 907/15, MittBayNot 2016, 328; Beschluss vom 08.07.2020, 1 W 35/20, MittBayNot 2022, 42; zurückgehend auf: *Ertl*, MittBayNot 1992, 11, 16 f.

Alt. 1 GBO erspare die Berichtigung aber nicht, da allein mit dem Testamentsvollstreckerzeugnis nicht nachgewiesen sei, dass die Bewilligung den Erben gegenüber wirksam sei.

2. Vorrang des Gesellschaftsrechts

Im Ausgangspunkt stellt der BGH klar, dass es gemäß § 27 Satz 1, § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO zur Löschung der Grundschuld der Zustimmung aller im Grundbuch gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO eingetragenen Gesellschafter der GbR bedarf. Die entsprechende Zustimmung sei aufgrund der auch für das Grundbuchamt geltenden Vermutung des § 899a Satz 1 BGB grundsätzlich von allen buchberechtigten Gesellschaftern abzugeben. Sei aber die Vermutung durch den feststehenden Tod eines Gesellschafters widerlegt, gehe die Zustimmungsberechtigung auf den wahren Berechtigten über.

Dabei verwirft der BGH die zuletzt ständige Rechtsprechung des KG,⁶ dass die Buchposition des verstorbenen Gesellschafters ein selbstständig vererbbares Recht sei, und deshalb alleine das Erbrecht entscheide, wer bewilligungsberechtigt sei. Vielmehr stellt der BGH im Einklang mit der bayerischen und pfälzischen Rechtsprechung⁷ heraus, dass allein das Gesellschaftsrecht über die Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung und damit auch in die Buchposition des verstorbenen Gesellschafters entscheide. Das gelte ebenso für die Frage, wer bei Anordnung von Testamentsvollstreckung bewilligungsbefugt sei.

3. § 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO

§ 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO regelt, dass die Voreintragung des Erben entbehrlich ist, wenn der Testamentsvollstrecker eine Eintragung gleich welcher Art⁸ bewilligt, sofern die Bewilligung gegen den Erben wirksam ist. Mit der ganz herrschenden Meinung⁹ stellt der BGH hierzu richtigerweise klar, dass dieses Tatbestandsmerkmal kein besonderes Prüfungserfordernis des Grundbuchamts statuiert, sondern lediglich die Zustimmungs- bzw. Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers meint, die ohnehin im Rahmen des § 27 GBO (bzw. der §§ 19, 20, 22 GBO) zu prüfen ist. § 40 Abs. 2 GBO entbindet dabei aber auch nur vom Erfordernis der Voreintragung; im Übrigen muss die Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers wie

bei einer Berichtigungsbewilligung nachgewiesen werden.¹⁰

4. Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers

Ob nun aber der Testamentsvollstrecker zustimmungs- bzw. bewilligungsbefugt sei, hänge von den Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag ab:

- Ist im Gesellschaftsvertrag nichts Abweichendes geregelt und führt demnach der Tod des Gesellschafters gemäß § 727 Abs. 1 BGB zur Auflösung der Gesellschaft, bestimmt sich die Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung allein nach erbrechtlichen Regeln.¹¹ Die Beteiligung an der dann entstehenden Liquidationsgesellschaft geht ungeteilt auf den oder die Erben in gesamthänderischer Verbundenheit über, §§ 1922, 2032 ff. BGB. Der Testamentsvollstrecker nimmt die Befugnisse des Abwicklers anstelle der Erben gemäß § 2205 Satz 1 BGB, § 146 Abs. 1 HGB analog wahr¹² und wäre daher zustimmungsbefugt.
- Haben dagegen die Gesellschafter gemäß § 736 Abs. 1 BGB eine Fortsetzungsklausel vereinbart, scheidet der verstorbene Gesellschafter aus der Gesellschaft aus und die Gesellschaft wird von den übrigen Gesellschaftern fortgesetzt, denen der Anteil des verstorbenen Gesellschafters gemäß § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB anwächst. Wenn nur noch ein Gesellschafter vorhanden ist, wächst diesem das Gesellschaftsvermögen mit allen Aktiva und Passiva im Wege der Gesamtrechtsnachfolge an. Zum vom Testamentsvollstrecker verwalteten Nachlass des verstorbenen Gesellschafters gehört dann nur der schuldrechtliche Abfindungsanspruch, § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB. In diesem Fall wäre also der Testamentsvollstrecker nicht zustimmungsbefugt, aber die Zustimmung des verbleibenden Gesellschafters als Rechtsnachfolger wäre ausreichend gewesen.
- Enthält der Gesellschaftsvertrag dagegen eine – einfache oder qualifizierte – Nachfolgeklausel, geht also die Gesellschafterstellung des verstorbenen Gesellschafters unter Fortbestand der Gesellschaft im Wege der Sondererfolge auf die Erben oder bestimmte einzelne Erben über, gehört zwar der Gesellschaftsanteil des verstorbenen Gesellschafters zum vom Testamentsvollstrecker verwalteten Nachlass. Wegen der Besonderheiten des Gesellschaftsrechts¹³ („Arbeits- und Haftungsgemeinschaft der Gesellschafter“) nimmt der Testamentsvollstrecker aber nicht die mit der Gesellschafterstellung verbundenen Mitgliedschaftsrechte wahr, zu denen auch die Geschäftsführung (§ 709 BGB) und damit die Zustimmung zur Lö-

6 KG, Beschluss vom 29.03.2016, 1 W 907/15, MittBayNot 2016, 328; Beschluss vom 15.09.2020, 1 W 1340/20, MittBayNot 2021, 368; Beschluss vom 08.07.2020, 1 W 35/20, MittBayNot 2022, 42.

7 BayObLG, Beschluss vom 13.08.1992, 2 Z BR 60/92, Bay-ObLGZ 1992, 259, 263; OLG München, Beschluss vom 04.07.2017, 34 Wx 123/17, MittBayNot 2018, 138 m. Anm. Goslich; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 28.03.1995, 3 W 42/95, MittBayNot 1995, 210, 211.

8 Bauer/Schaub/Bauer, GBO, § 40 Rdnr. 5.

9 Bauer/Schaub/Bauer, GBO, § 40 Rdnr. 27; BeckOK-GBO/Hüggel/Zeiser, § 40 Rdnr. 29; Demharter, GBO, 32. Aufl. 2021, § 40 Rdnr. 21.

10 Bauer/Schaub/Bauer, GBO, § 40 Rdnr. 4.

11 BGH, Beschluss vom 13.07.2017, V ZB 136/16, DNotZ 2018, 312.

12 BGH, Urteil vom 24.11.1980, II ZR 194/79, NJW 1981, 749, 750.

13 BGH, Beschluss vom 12.01.1998, II ZR 23/97, NZG 1998, 221; Urteil vom 30.03.1967, II ZR 201/65, BGHZ 47, 293.

schung einer Grundschuld an Grundbesitz der Gesellschaft gehört. In diesem Fall wäre also der Testamentsvollstrecker nicht zustimmungsbefugt, sondern die einzelnen Erben jeweils für sich.

5. Keine Vermutung für den gesetzlichen Regelfall des § 727 Abs. 1 BGB

Da nun die Frage der Zustimmungs- bzw. Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers je nach Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags unterschiedlich zu beurteilen ist, kommt es auf den Nachweis des Inhalts des Gesellschaftsvertrags gegenüber dem Grundbuchamt an. Zu Recht weist der BGH aber zunächst angesichts der in der Rechtswirklichkeit sehr häufig anzutreffenden Fortsetzungs- und Nachfolgeklauseln darauf hin, dass das Grundbuchamt nicht einfach von der gesetzlichen Rechtsfolge des § 727 Abs. 1 BGB ausgehen könne, wenn ein Nachweis über den Inhalt des Gesellschaftsvertrags nicht geführt worden sei. Allerdings hatte der 5. Senat selbst im Zusammenhang mit der Eintragung eines Insolvenzvermerks bei Nachlassinsolvenz eines Gesellschafters (§ 32 Abs. 1 Nr. 1 InsO) anders entschieden.¹⁴ Hierzu stellt er überzeugend klar, dass dies den Besonderheiten des Insolvenzverfahrens geschuldet und nicht auf den Fall des Nachweises der Bewilligungsberechtigung zu übertragen sei: Im Insolvenzverfahren komme es darauf an, die Insolvenzmasse durch Offenlegung der Verfügungsbeschränkungen des Insolvenzschuldners (§ 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 InsO) im Grundbuch vor Beeinträchtigungen durch einen gutgläubigen Erwerb (§ 892 Abs. 1 Satz 2, § 899a Satz 2 BGB) möglichst rasch zu schützen, sodass dem Insolvenzgericht bzw. dem Insolvenzverwalter eine unter Umständen aufwendige Prüfung der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen erspart werden müsse. Anders sei es bei der Bewilligungsbefugnis; hier solle der öffentliche Glaube des Grundbuchs durch die Grundbuchberichtigung nach dem Tod des Gesellschafters gerade erst herbeigeführt werden und eine vergleichbare Eilbedürftigkeit bestehe nicht.

6. Nachweis der Bewilligungsbefugnis bei Fehlen eines schriftlichen Gesellschaftsvertrags

Der 5. Senat hält es richtigerweise jedenfalls in dem Fall, dass ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag fehlt, für ausreichend, wenn durch schlüssige Erklärung des Testamentsvollstreckers und der verbleibenden Gesellschafter in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO dargelegt wird, dass es keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag gibt und besondere Abreden für den Todesfall nicht getroffen worden sind, sofern keine konkreten Anhaltspunkte für Zweifel an diesen Angaben bestehen, ohne dass es dazu einer eidesstattlichen Versicherung bedürfte.

Die entsprechende Erklärung müsse dabei auch nur vom Testamentsvollstrecker und den übrigen Gesellschaftern, nicht aber den Erben abgegeben werden. Anderenfalls

würde die Testamentsvollstreckung, durch die die Erben ja gerade von der Verwaltung des Nachlasses ausgeschlossen sein sollen, entwertet. In vergleichbarer Weise werde im Grundbuchverfahren bei der ebenso den Umfang der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers betreffenden Frage der Entgeltlichkeit seiner Verfügungen, § 2205 Satz 3 BGB, vorgegangen. Schließlich erteilt der BGH der teilweise in der Rechtsprechung¹⁵ und Literatur¹⁶ geforderten Notwendigkeit einer Versicherung der genannten Tatsachen an Eides statt eine Absage. Und zwar zu Recht: Einer eidesstattlichen Versicherung kann nur dann eine erhöhte Richtigkeitsgewähr zukommen, wenn sie strafbewehrt ist, §§ 156, 161 StGB. Und das ist sie nach dem Gesetz nur, wenn sie vor einer zur Abnahme der Versicherung zuständigen Behörde abgegeben wird. Die Behörde muss hierzu befugt sein, die eidesstattliche Versicherung gerade in dem Verfahren abzunehmen, in dem sie abgegeben wurde, und über den Gegenstand, auf den sie sich bezieht.¹⁷ Anderenfalls bestünden verfassungsrechtliche Bedenken aus Art. 103 Abs. 2 GG. Für das Grundbuchamt findet sich aber nur in der Ausnahmevorschrift des § 35 Abs. 3 Satz 2 GBO eine explizite Befugnis zur Abnahme eidesstattlicher Versicherungen.¹⁸

7. Ausblick

Fraglich ist, inwieweit über die konkreten Aussagen des BGH hinaus daraus Schlüsse für die Praxis gezogen werden können.

a) Der Ablehnung der eidesstattlichen Versicherung als Beweismittel im Grundbuchverfahren dürfte grundsätzliche Bedeutung zukommen, auch wenn der BGH ausdrücklich offenlässt, ob er sie im Rahmen des Nachweises der Erbfolge (§ 35 GBO) hinsichtlich des Fehlens negativer Tatsachen (zum Beispiel bei Pflichtteilsstrafklauseln) für ein taugliches Nachweismittel hält. Mangels gesetzlicher Grundlage hierfür und wegen Nichtanwendbarkeit des § 31 Abs. 1 FamFG kann ich mir angesichts der Begründung des 5. Senats aber nicht vorstellen, dass er in derartigen Fällen zu einem anderen Ergebnis gelangen würde.¹⁹

b) Es spricht viel dafür, dass der BGH in dem Fall, dass ein zumindest privatschriftlicher Gesellschaftsver-

¹⁴ BGH, Beschluss vom 13.07.2017, V ZB 136/16, DNotZ 2018, 312.

¹⁵ BayObLG, Beschluss vom 02.11.2000, 2 Z BR 111/00, NZG 2001, 124, 125; OLG München, Beschluss vom 04.07.2017, 34 Wx 123/17, MittBayNot 2018, 138 m. insoweit zu Recht krit. Anm. Goslich, MittBayNot 2018, 141, 143; OLG Schleswig, Beschluss vom 04.01.2012, 2 W 186/11, FGPrax 2012, 62, 64.

¹⁶ Bauer/Schaub/Bayer/Lieder, GBO, AT J Rdnr. 41; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 4275.

¹⁷ BGH, Urteil vom 09.11.1954, BGHSt 7, 1 f.; Urteil vom 19.06.1962, 5 StR 189/62, BGHSt 17, 303.

¹⁸ OLG Oldenburg, Beschluss vom 19.07.2010, 12 W 133/10, DNotI-Report 2010, 149.

¹⁹ Wobei offenbleibt, ob das im Rahmen des § 35 GBO zu einer strengeren (immer Erbschein) oder lockereren (einfache Erklärung genügt) Handhabung führt, Stegbauer, FGPrax 2022, 101.

trag vorliegt, dessen Vorlage zum Nachweis der Bewilligungsberechtigung fordern würde;²⁰ die rein erbrechtliche Lösung des KG²¹ lehnt er ja gerade ab. Und die bloße Erklärung der Beteiligten scheint er in einem solchen Fall auch nicht genügen lassen zu wollen, was der Verweis auf die Handhabung bei § 2205 Satz 3 BGB nahelegt

c) Schlüsse auf die Frage, welche Anforderungen der BGH an einen Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO stellen würde, lässt die Entscheidung dagegen nicht zu.²²

20 Ebenso: Mayer, DNotZ 2022, 530, 543 f.

21 KG, Beschluss vom 29.03.2016, 1 W 907/15, MittBayNot 2016, 328; Beschluss vom 15.09.2020, 1 W 1340/20, MittBayNot 2021, 368; Beschluss vom 08.07.2020, 1 W 35/20, MittBayNot 2022, 42.

22 Ebenso: Mayer, DNotZ 2022, 530, 542.

16. Eintragung eines nichtrechtsfähigen Idealvereins als Eigentümer im Grundbuch vor Inkrafttreten des MoPeG

KG, Beschluss vom 16.03.2023, 1 W 445/22 und 448/22

BGB §§ 21, 54, 56

GBO §§ 13, 19, 20, 47

MoPeG

ZPO § 50

LEITSÄTZE:

1. Die Eintragung eines nichtrechtsfähigen Idealvereins als Eigentümer im Grundbuch kommt jedenfalls bis zum 31.12.2023 in Betracht, wenn zugleich seine Mitglieder unter Hinweis auf das zwischen ihnen bestehende Gemeinschaftsverhältnis – Gesamthandsgemeinschaft – eingetragen werden.
2. Daran ändert nichts, dass nach dem Inkrafttreten des MoPeG am 01.01.2024 die für einen so im Grundbuch eingetragenen Idealverein Handelnden ihre Mitgliedschaft und Vertretungsbefugnis nicht mehr unter Bezug auf ihre Eintragung im Grundbuch gegenüber dem Grundbuchamt nachweisen können werden.

17. Sozialversicherungsrechtlicher Status des Geschäftsführers einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft

LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 23.11.2022, L 5 BA 3206/21

GmbHG §§ 2, 5a, 7

SGB IV § 7

LEITSATZ:

Für Geschäftsführer einer haftungsbeschränkten Unternehmergesellschaft (UG) gelten die Maßstäbe für die Statusbeurteilung, die nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung für Geschäftsführer einer GmbH anzuwenden sind.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

25 Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG erfordert das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht auch eingeschränkt und zur „dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess“ verfeinert sein (dazu BSG, Urteil vom 18.12.2001, B 12 KR 10/01 R, juris). Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, sie in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (BSG, Urteil vom 19.06.2001, B 12 KR 44/00 R, juris). Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie das Unternehmerrisiko gekennzeichnet (vgl. BSG, Urteil vom 14.03.2018, B 12 KR 13/17 R, juris). Letzteres besteht meist in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital zu verlieren oder nicht ausreichend nutzen zu können; ihm entspricht die Aussicht auf Gewinn, wenn das Unternehmen wirtschaftlichen Erfolg hat. Abhängig Beschäftigte tragen demgegenüber das Arbeitsplatzrisiko, das in der Gefahr besteht, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens die Arbeitsstelle einzubüßen.

26 Das für eine selbstständige Tätigkeit typische Unternehmerrisiko ist nicht mit einem Kapitalrisiko gleichzusetzen. Ein Kapitalrisiko, das nur zu geringen Ausfällen führt, wird das tatsächliche Gesamtbild einer Beschäftigung nicht wesentlich bestimmen (BSG, Beschluss vom 16.08.2010, B 12 KR 100/09 B, juris). Maßgebendes Kriterium für das Vorliegen eines Unternehmerrisikos ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbst-

ständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen (BSG, Urteil vom 25.04.2012, B 12 KR 24/10 R, juris).

27 Die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ist auch in der Rechtsprechung des Senats ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit. Es steht allerdings nicht für sich allein. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (st. Rspr.; vgl. zum Ganzen zum Beispiel BSG, Urteil vom 16.08.2017, B 12 KR 14/16 R und Urteil vom 31.03.2017, B 12 R 7/15 R; zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit BVerfG, Beschluss vom 20.05.1996, 1 BvR 21/96, alle zitiert nach juris). Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit setzt voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalles als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, d. h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil vom 23.05.2017, B 12 KR 9/16 R, juris).

28 Ausgangspunkt der Prüfung der Statusbeurteilung sind die (der jeweiligen Tätigkeit zugrunde liegenden) Vereinbarungen, die die Beteiligten – schriftlich oder ggf. auch nur mündlich – getroffen haben. Behörden und Gerichte müssen den Inhalt dieser Vereinbarungen feststellen. Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, so ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind. Diese sind ebenfalls nur maßgebend, soweit sie rechtlich zulässig sind. Schließlich ist auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen und auszuschließen, dass es sich hierbei um einen bloßen „Etikettenschwindel“ handelt, der unter Umständen als Scheingeschäft des § 117 BGB zur Nichtigkeit dieser Vereinbarungen und der Notwendigkeit führen kann ggf. den Inhalt des durch das Scheingeschäft verdeckten Rechtsgeschäftes festzustellen. Erst auf der Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der (der jeweiligen Tätigkeit zugrunde liegenden) Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder zum Typus der selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (BSG, Urteil vom 14.03.2018, a. a. O.; Urteil vom 18.11.2015, B 12 KR 16/13 R, juris).

29 b) Diese Maßstäbe gelten nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch für Geschäftsführer einer GmbH (vgl. BSG, Urteil vom 23.02.2021, B 12 R 18/18 R, juris Rdnr. 14 f. m. w. N.; Urteil vom 11.11.2015, B 12 KR 10/14 R, juris), und zwar ungeachtet der konkreten Bezeichnung des der Geschäftsführertätigkeit zugrunde liegenden Vertrages. Bei einem Fremdgeschäftsführer scheidet eine selbstständige

Tätigkeit grundsätzlich aus (BSG, Urteil vom 23.02.2021, B 12 R 18/18 R, juris Rdnr. 15; Urteil vom 18.12.2001, B 12 KR 10/01 R, juris). Die frühere sog. „Kopf und Seele“-Rechtsprechung, wonach ein Fremdgeschäftsführer einer Familiengesellschaft und ausnahmsweise auch ein Angestellter unterhalb der Geschäftsführerebene, der mit den Gesellschaftern familiär verbunden ist, ausnahmsweise als selbstständig angesehen worden ist, wenn er faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen konnte und geführt hat, ohne dass ihn die Gesellschafter daran hinderten, hat das BSG ausdrücklich aufgegeben (BSG, Urteil vom 14.03.2018, B 12 KR 13/17 R, juris). Die Maßgeblichkeit des rein faktischen, nicht rechtlich gebundenen und daher jederzeit änderbaren Verhaltens der Beteiligten ist mit dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände nicht zu vereinbaren. Eine „Schönwetter-Selbstständigkeit“ lediglich in harmonischen Zeiten, während im Fall eines Zerwürfnisses die rechtlich bestehende Weisungsgebundenheit zum Tragen käme, ist nicht anzuerkennen (BSG, Urteil vom 29.07.2015, B 12 KR 23/13 R, juris). Ist ein GmbH-Geschäftsführer zugleich als Gesellschafter am Kapital der Gesellschaft beteiligt, sind der Umfang der Kapitalbeteiligung und das Ausmaß des sich daraus für ihn ergebenden Einflusses auf die Gesellschaft ein wesentliches Merkmal bei der Abgrenzung von abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit. Ein Gesellschafter-Geschäftsführer ist nicht per se kraft seiner Kapitalbeteiligung selbstständig tätig, sondern muss, um nicht als abhängig Beschäftigter angesehen zu werden, über seine Gesellschafterstellung hinaus die Rechtsmacht besitzen, durch Einflussnahme auf die Gesellschafterversammlung die Geschicke der Gesellschaft bestimmen zu können. Eine solche Rechtsmacht ist bei einem Gesellschafter gegeben, der mehr als 50 v. H. der Anteile am Stammkapital hält. Ein Geschäftsführer, der nicht über diese Kapitalbeteiligung verfügt und damit als Mehrheitsgesellschafter ausscheidet, ist grundsätzlich abhängig beschäftigt. Er ist ausnahmsweise nur dann als Selbstständiger anzusehen, wenn er exakt 50 v. H. der Anteile am Stammkapital hält oder ihm bei einer geringeren Kapitalbeteiligung nach dem Gesellschaftsvertrag eine umfassende („echte“ oder „qualifizierte“), die gesamte Unternehmens-tätigkeit erfassende Sperrminorität eingeräumt ist bzw. er kraft seiner Stellung als Gesellschafter einer anderen Gesellschaft in der Lage ist, Einfluss auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen der von ihm geführten Gesellschaft zu nehmen. Denn der selbstständig tätige Gesellschafter-Geschäftsführer muss eine Einflussmöglichkeit auf den Inhalt von Gesellschafterbeschlüssen haben und zumindest ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern können. Demgegenüber ist eine „unechte“, auf bestimmte Gegenstände begrenzte Sperrminorität nicht geeignet, die erforderliche Rechtsmacht zu vermitteln (vgl. BSG, Urteil vom 01.02.2022, B 12 R 20/19 R; Urteil vom 08.07.2020, B 12 R 26/18 R; Urteil vom 14.03.2018, B 12 KR 13/17 R; Urteil vom 11.11.2015, B 12 R 2/14 R; Urteil vom 11.11.2015, B 12 KR 10/14 R; Urteil vom 29.06.2016, B 12 R 5/14 R; Urteil vom 24.09.1992, 7 RA R 12/92, alle zitiert nach juris). Die für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit not-

wendige Rechtsmacht, die den Gesellschafter-Geschäftsführer in die Lage versetzt, die Geschicke der Gesellschaft bestimmen oder zumindest ihm nicht genehme Weisungen der Gesellschafterversammlung verhindern zu können, muss gesellschaftsrechtlich eingeräumt sein; sie muss im Gesellschaftsrecht wurzeln (BSG, Urteil vom 08.07.2020, B 12 R 18/18 R, juris). Außerhalb von Gesellschaftsverträgen (Satzungen) bestehende wirtschaftliche Verflechtungen (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 29.07.2015, B 12 KR 23/13 R, juris), Stimmbindungsabreden (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 11.11.2015, B 12 KR 13/14 R, juris) oder Veto-Rechte (vgl. hierzu BSG, Urteil vom 11.11.2015, B 12 KR 10/14 R, juris) zwischen einem Gesellschafter-Geschäftsführer sowie anderen Gesellschaftern und/oder der GmbH sind nicht zu berücksichtigen. Sie vermögen die sich aus dem Gesellschaftsvertrag ergebenden Rechtsmachtverhältnisse nicht mit sozialversicherungsrechtlicher Wirkung zu verschieben. Unabhängig von ihrer Kündigung genügen die das Stimmverhalten regelnden Vereinbarungen nicht dem Grundsatz der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände. Im Interesse sowohl der Versicherten als auch der Versicherungsträger ist die Frage der (fehlenden) Versicherungspflicht wegen Selbstständigkeit oder abhängiger Beschäftigung schon zu Beginn der Tätigkeit zu klären, weil es darauf nicht nur für die Entrichtung der Beiträge, sondern auch für die Leistungspflichten der Sozialversicherungsträger und die Leistungsansprüche des Betroffenen ankommt (BSG, Urteil vom 11.11.2015, B 12 KR 13/14 R, juris).

30 c) Nichts anderes gilt für Geschäftsführer einer UG. Die Unternehmergeellschaft ist eine Gesellschaft mit Haftungsbeschränkung, die dadurch gekennzeichnet ist, dass sie bereits mit einer Mindesteinlage von 1 € gegründet werden kann und sich bei Erreichen einer Stammeinlage von 25.000 € automatisch in eine Voll-GmbH umwandelt (siehe § 5a GmbHG). Sie kann in einem vereinfachten Verfahren nach Musterprotokoll gegründet werden, wenn sie höchstens drei Gesellschafter und (nur) einen Geschäftsführer hat (siehe § 2 Abs. 1a GmbHG). Damit stellt die UG lediglich eine Rechtsformvariante der GmbH dar; alle Vorschriften des GmbHG und des gesamten deutschen Rechts, die die GmbH betreffen, gelten ohne Weiteres auch für diese Gesellschaft mit Ausnahme der ausdrücklichen Sonderregelungen des § 5a GmbHG (vgl. Begründung des Regierungsentwurfs zum Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen <MoMiG> vom 23.10.2008, BT-Drucks 16/6140, S. 31; Bartl/Bartl/Beine/Koch/Schlarb/Schmitt/H. Bartl, GmbH-Recht, 8. Aufl. 2019, § 5a Unternehmergeellschaft, Rdnr. 20 f.).

(...)

18. Prüfungspflicht des Registergerichts bei Anmeldung eines Geschäftsführerwechsels

KG, Beschluss vom 30.09.2022, 22 W 54/22

FamFG §§ 26, 382

GmbHG § 39

HGB § 8

LEITSÄTZE:

- 1. Im Rahmen der Anmeldung eines Geschäftsführerwechsels nach § 39 Abs. 1 GmbHG prüft das Registergericht die Ordnungsgemäßheit der Anmeldung, ob diese also formgerecht erfolgt ist und die begehrte Eintragung eintragungsfähig ist und ob erforderliche Urkunden beigelegt sind. Dabei muss sich aus den Urkunden nach § 39 Abs. 2 GmbHG das Ausscheiden eines Geschäftsführers und die Neubestellung eines anderen Geschäftsführers schlüssig ergeben.**
- 2. Eine darüber hinausgehende Pflicht zur Amtsermittlung nach §§ 26, 382 FamFG besteht nur dann, 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.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte ist seit dem Jahr 2017 im Handelsregister B des AG Charlottenburg eingetragen. Als Geschäftsführer mit Einzelvertretungsbefugnis ist Herr D Sch (nachfolgend auch nur: „G1“) eingetragen. Ausweislich der letzten in den Registerordner aufgenommenen Liste der Gesellschafter hat die Gesellschaft 21 Gesellschafter. In § 7 des Gesellschaftsvertrages (nachfolgend auch nur: „GV“) finden sich hinsichtlich der Gesellschafterversammlungen u. a. folgende Regelungen:

„7.1 Die Gesellschafterversammlung wählt einen Vorsitzenden mit der einfachen Mehrheit aller Stimmen der von allen Gesellschaftern gehaltenen Geschäftsanteile. Der Vorsitzende leitet die Versammlung und kann eine von der Ankündigung der Tagesordnung abweichende Reihenfolge der Verhandlungsgegenstände sowie die Art und Form der Abstimmung bestimmen.

7.2 Jede Gesellschafterversammlung ist durch die Geschäftsführung durch eingeschriebenen Brief (mit Rückschein), Telefax oder per E-Mail an jeden Gesellschafter unter der der Gesellschaft zuletzt schriftlich bekannt gegebenen Anschrift, Telefaxnummer und/oder E-Mail-Adresse mit einer Frist von mindestens zwei (2) Wochen für ordentliche Gesellschafterversammlungen und mit einer Frist von mindestens einer (1) Woche für außerordentliche Gesellschafterversammlungen einzuberufen (...).

7.3 Mit Zustimmung aller Gesellschafter kann die Versammlung rechtswirksame Beschlüsse auch ohne Einhaltung der vorstehenden Formen und Fristen fassen, wenn sämtliche Gesellschafter anwesend oder vertre-

ten sind und auf die Einhaltung der gesellschaftsvertraglichen Form- und Fristbestimmungen verzichten. In gleicher Weise können Beschlüsse auch schriftlich, telefonisch, per Telefax oder E-Mail gefasst werden, wenn sich alle Gesellschafter an der Beschlussfassung beteiligen und kein Gesellschafter der Art der Beschlussfassung widerspricht.

7.4 Formlos gefasste Beschlüsse sind den Gesellschaftern von der Geschäftsführung schriftlich zu bestätigen; Ziffer 7:12 gilt sinngemäß.

(...)

7:12 Soweit über Gesellschafterbeschlüsse keine notarielle Niederschrift aufgenommen wird, ist über jeden gefassten Beschluss (unabhängig davon, ob innerhalb oder außerhalb einer Gesellschafterversammlung gefasst) unverzüglich eine Niederschrift anzufertigen (zu Beweiszwecken, nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung), welche den Tag und die Form der Beschlussfassung, den Inhalt des Beschlusses, die Stimmabgaben, die Tagesordnung und Anträge zu enthalten hat. Die Niederschrift ist vom Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung zu unterzeichnen. Jedem Gesellschafter ist unverzüglich nach der Gesellschafterversammlung eine Abschrift der Niederschrift durch E-Mail oder per Brief zuzuleiten.“

2 Mit notariell beglaubigter Anmeldung vom 05.07.2022 hat Herr Dr. D S (nachfolgend auch nur: „G2“) die Abberufung von G1 als Geschäftsführer und seine Berufung als einzelvertretungsbefugter und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer zur Eintragung angemeldet. Der Anmeldung beigelegt war ein unter dem 01.07.2022 von G1 und G2 unterzeichnetes Dokument, das mit „Niederschrift über einen Umlaufbeschluss der [Beteiligten] mit dem Sitz in Berlin“ überschrieben war (nachfolgend auch nur: „Niederschrift“). Darin war vermerkt, dass die Geschäftsführung im Wege des Umlaufverfahrens nach Nr. 7.3 GV einen Antrag zur Abstimmung gestellt habe, wonach G1 als Geschäftsführer abberufen und G2 zum Geschäftsführer mit Einzelvertretungsbefugnis unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bestellt werde.

3 Unter der Überschrift „II Feststellungen“ hieß es weiter:

„Dieser Beschlussantrag wurde an alle Gesellschafter am 17.06.2022 übermittelt.

Der Art der Beschlussfassung hat kein Gesellschafter widersprochen. An der Beschlussfassung haben sich alle Gesellschafter beteiligt. Die Abstimmung wurde am 30.06.2022 abgeschlossen.

Dem Beschlussvorschlag wurde einstimmig zugestimmt. Es wird festgestellt, dass der Beschlussvorschlag damit angenommen worden ist.“

4 Mit Schreiben vom 27.07.2022 hat das AG der Beteiligten mitgeteilt, dem Registergericht sei die Mitwirkung aller Gesellschafter und deren Stimmabgabe an dem Beschluss über die Abberufung des alten und der Bestellung des neuen Geschäftsführers nachzuweisen. Die Einreichung ledig-

lich der Niederschrift genüge nicht den Anforderungen des § 39 Abs. 2 GmbHG.

5 Nachdem die Beteiligte daraufhin mitgeteilt hatte, sie teile diese Rechtsauffassung nicht und bitte um Übersendung eines rechtsmittelfähigen Bescheides, hat das AG mit Schreiben vom 12.08.2022 der Beteiligten mitgeteilt, dass dem Registergericht die Beteiligung aller Gesellschafter an der Beschlussfassung nachzuweisen sei; hierfür werde eine Erledigungsfrist von sechs Wochen „seit Zugang dieser Verfügung“ gesetzt. Das Schreiben war mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen, wonach „gegen diese Zwischenverfügung“ das Rechtsmittel der Beschwerde statthaft sei. Das Schreiben ist dem Notar am 17.08.2022 zugestellt worden.

6 Mit Schreiben vom selben Tage, eingegangen beim AG am 29.08.2022, hat die Beteiligte Beschwerde „gegen die Zwischenverfügung“ eingelegt.

7 Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Im Nichtabhilfebefehl hat das AG ausgeführt, Nachweise über die abgegebenen Stimmen der Gesellschafter seien nicht eingereicht worden, weswegen dem Registergericht die Beteiligung der Gesellschafter an der Beschlussfassung nicht nachgewiesen sei.

8 II. Das Rechtsmittel hat Erfolg.

9 1. Die Beschwerde ist zulässig.

10 a) Die Beschwerde ist nach § 58 Abs. 2 FamFG i. V. m. § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG der statthafte Rechtsbehelf gegen die Zwischenverfügung vom 12.08.2022.

11 b) Die Beschwerde der Beteiligten ist form- (vgl. § 64 Abs. 2 FamFG) und fristgerecht (vgl. § 63 Abs. 1 FamFG) eingelegt. Die Beteiligte ist auch beschwerdebefugt, da die Anmeldung, die Gegenstand der angefochtenen Zwischenverfügung ist, auf eine Eintragung gerichtet ist, die die Beteiligte betrifft. Die Anmeldung bezieht sich zudem auf die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft, sodass angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Eintragungen auch der notwendige Beschwerwert nach § 61 Abs. 1 FamFG erreicht wird (vgl. zu dieser Frage etwa Senat, Beschluss vom 18.12.2019, 22 W 52/19, juris Rdnr. 8).

12 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg, denn das vom AG angenommene und zum Gegenstand der Zwischenverfügung gemachte Eintragungshindernis besteht nicht. Durch die Vorlage der Niederschrift ist – entgegen der Ansicht des AG – den Anforderungen des § 39 Abs. 2 GmbHG genügt.

13 a) Gemäß § 39 Abs. 2 GmbHG sind der Anmeldung über die Änderung in der Person des Geschäftsführers die Urkunden über die Bestellung der Geschäftsführer oder über die Beendigung der Vertretungsbefugnis in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

14 b) Das Registergericht prüft vor der Eintragung die Ordnungsgemäßheit der Anmeldung, ob diese also formgerecht erfolgt ist und die begehrte Eintragung eintragungsfähig ist und ob erforderliche Urkunden beigelegt sind

(vgl. etwa KG, Beschluss vom 16.04.2012, 25 W 23/12, juris Rdnr. 23; Noack/Servatius/Haas/Beurskens, GmbHG, 23. Aufl., § 39 Rdnr. 16; *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl., Rdnr. 1097). In materieller Hinsicht hat das Registergericht bei einem Geschäftsführerwechsel jedenfalls zu prüfen, ob die angemeldete Änderung in der Person des Geschäftsführers durch die gemäß § 39 Abs. 2 GmbHG einzureichende Urkunde nachgewiesen ist (vgl. etwa KG, a. a. O.; OLG Hamm, Beschluss vom 07.09.2010, I-15 W 253/10, juris Rdnr. 7; BeckOK-GmbHG/*Heilmeyer*, Stand: 01.08.2022, § 39 Rdnr. 55). Da Änderungen bei den Geschäftsführern in den Zuständigkeitsbereich der Gesellschafterversammlung fallen (vgl. § 46 Nr. 5 GmbHG), wird dieser Nachweis mittels einer Dokumentation des Gesellschafterbeschlusses geführt (vgl. Thüringer OLG, RNotZ 2003, 138, 139; Henssler/Strohn/*Oetker*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., § 39 GmbHG Rdnr. 15).

15 c) Unter Anlegung dieser Maßstäbe stehen der Eintragung des Geschäftsführerwechsels weder in formeller noch in materieller Hinsicht Eintragungshindernisse entgegen. Insbesondere dokumentiert die eingereichte Niederschrift den angemeldeten Geschäftsführerwechsel hinreichend.

16 aa) Die Gesellschafterversammlung der Beteiligten hat vorliegend das Verfahren gemäß § 7.3 Satz 2 GV (Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren) gewählt. Solche Beschlüsse sind gemäß § 7.4 GV schriftlich zu bestätigen, wobei die Regelung in § 7.12 GV „sinngemäß“ gelten soll. In Zusammenschau dieser beiden Bestimmungen wird ein im schriftlichen Verfahren gefasster Beschluss der Gesellschafterversammlung dokumentiert, indem unverzüglich nach der Beschlussfassung von der „Geschäftsführung“ eine Niederschrift anzufertigen ist, aus der sich Tag und Form der Beschlussfassung, die Stimmabgaben, die Tagesordnung und die Anträge ergeben. Diese Niederschrift ist durch „die Geschäftsführung“ zu unterzeichnen.

17 bb) Diese Anforderungen sind vorliegend erfüllt: Die Niederschrift ist vom alten wie vom neuen Geschäftsführer unterzeichnet, sodass kein Zweifel besteht, dass eine Fertigung und Unterzeichnung durch „die Geschäftsführung“ vorliegt. In der Niederschrift ist vermerkt, dass sich alle Gesellschafter an der Beschlussfassung beteiligt haben und kein Gesellschafter der Art der Beschlussfassung widersprochen hat. Aus der Niederschrift ist ersichtlich, wann der Beschlussantrag den Gesellschaftern übermittelt worden, wann die Abstimmung beendet worden ist und dass alle Gesellschafter dem ebenfalls aus der Niederschrift ersichtlichen Beschlussantrag zugestimmt haben. Damit sind die Erfordernisse, die die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag der Beteiligten vereinbart haben, erfüllt.

18 cc) Anhand der in der Niederschrift mitgeteilten Tatsachen ist eine Prüfung möglich, ob der Beschluss ordnungsgemäß zustande gekommen ist (vgl. zu dieser Frage Senat, Beschluss vom 03.06.2016, 22 W 20/16, juris Rdnr. 8; KG, Beschluss vom 16.04.2012, 25 W 23/12, juris Rdnr. 23). Aus der Niederschrift ergibt sich, dass über den Geschäftsführerwechsel mit der Gesellschafterversammlung das zuständige Gremium entschieden hat. Der Beschluss ist mit den Stimmen aller Gesellschafter und damit mit der not-

wendigen Mehrheit gefasst worden. Wie oben bereits ausgeführt, ist auch das nach dem Gesellschaftsvertrag vorgesehene Abstimmungsverfahren eingehalten worden.

19 d) Ob allein ausreichend ist, dass die gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen über die Dokumentation von Gesellschafterbeschlüssen eingehalten sind (in diese Richtung wohl MünchKomm-GmbHG/*Stephan/Tieves*, 3. Aufl., § 39 Rdnr. 34 sowie *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 1030), muss vorliegend nicht entschieden werden, da an der Richtigkeit der in der Niederschrift mitgeteilten Tatsachen kein Zweifel besteht.

20 Ohne besondere Veranlassung hat das Registergericht grundsätzlich von der Wahrheit der angemeldeten Tatsachen auszugehen (*Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 1025). Eine Pflicht zur Amtsermittlung nach §§ 26, 382 FamFG besteht vielmehr nur dann, 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 (vgl. BGH, Beschluss vom 21.06.2011, II ZB 15/10, juris Rdnr. 10; BayObLG, Beschluss vom 19.09.1991, BReg 3 Z 97/91, juris Rdnr. 34; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.12.2000, 3 Wx 432/00, juris Rdnr. 14). Beides ist hier nicht der Fall. Sowohl Anmeldung als auch Niederschrift sind formgerecht erstellt und eingereicht. Es sind keine Anhaltspunkte aufgezeigt oder ersichtlich, dass die Angaben in der im Einklang mit den gesellschaftsvertraglichen Vorschriften erstellten Niederschrift unrichtig wären.

21 3. Die Zwischenverfügung ist aufzuheben. Eine Anweisung zur Eintragung kommt nicht in Betracht, weil die Sache nur hinsichtlich des mit der Zwischenverfügung aufgezeigten Eintragungshindernisses beim Senat angefallen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 17.03.2022, 22 W 10/22, juris Rdnr. 19; OLG Nürnberg, Beschluss vom 12.04.2018, 12 W 669/18, juris Rdnr. 31; Beschluss vom 24.05.2017, 12 W 643/17, juris Rdnr. 18; Dutta/Jacoby/Schwab/*Müther*, FamFG, 4. Aufl., § 69 FamFG Rdnr. 11).

(...)



19. Keine Pflicht des Notars zur Einreichung einer Gesellschafterliste nach Durchführung einer Kapitalerhöhung aus genehmigtem Kapital

KG, Beschluss vom 08.08.2022, 22 W 39/22

GmbHG § 40 Abs. 2, § 55a

LEITSATZ:

Die Pflicht zur Einreichung einer Gesellschafterliste nach § 40 Abs. 2 GmbHG ergibt sich nicht allein deshalb, weil der Notar die Anmeldung der Kapitalerhöhung oder die Übernahmeerklärung beglaubigt.

Die Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2023, 215.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

20. Bestimmung der nach § 97 BNotO gebotenen Disziplinarmaßnahme

BayObLG, Gerichtsbescheid vom 27.10.2022, 501 DsNot 3/22

BNotO § 94 Abs. 1 Satz 1, § 97 Abs. 1 Nr. 1

LEITSÄTZE:

1. Das Gericht hat bei einer Klage gegen eine Disziplinarverfügung neben der Rechtmäßigkeit auch die Zweckmäßigkeit der angefochtenen Disziplinarverfügung zu überprüfen. Es ist nicht auf die Prüfung beschränkt, ob die dem Kläger zum Vorwurf gemachte Verhaltensweise (Lebenssachverhalt) tatsächlich gegeben und disziplinarrechtlich als Dienstvergehen zu würdigen ist, sondern hat – bejahendenfalls – auch darüber zu entscheiden, welches die angemessene Disziplinarmaßnahme ist. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Anders als sonst bei einer Anfechtungsklage ist das Gericht nicht gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO darauf beschränkt, eine rechtswidrige Verfügung aufzuheben; es trifft in Anwendung der in § 13 Abs. 1 BDG i. V. m. § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO niedergelegten Grundsätze innerhalb der durch die Verfügung vorgegebenen Disziplinarmaßnahmenobergrenze vielmehr eine eigene „Ermessensentscheidung“. Es kann die angefochtene Disziplinarverfügung zugunsten des Klägers abändern und anstelle der verhängten eine mildere Disziplinarmaßnahme aussprechen. Dies umfasst auch die Befugnis, statt einer Disziplinarmaßnahme eine bloße Missbilligung gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 BNotO auszusprechen, die zwar einen Tadel beinhaltet, jedoch keinen disziplinarischen Charakter hat. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Die objektive Schwere der Pflichtenverstöße und der Grad des Verschuldens bestimmen maßgeblich das Ob und Wie einer disziplinarrechtlichen Ahndung. Dabei sind das Gesamtverhalten des Notars und auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen.

Zugunsten eines Betroffenen kann berücksichtigt werden, dass er bereits durch ein Gespräch mit dem Präsidenten und dem Geschäftsführer der örtlichen Notarkammer eindringlich auf die Einhaltung der dienstrechtlichen Vorschriften hingewiesen wurde. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

36 Die zulässige Klage hat Erfolg. Die angegriffene Disziplinarverfügung ist mit der Maßgabe aufzuheben, dass dem Kläger eine Missbilligung ausgesprochen wird.

(...)

38 2. Die Klage ist auch begründet und führt zu der aus dem Tenor ersichtlichen Abänderung der angefochtenen Verfügung, weil der Beklagte zwar zu Recht von schuldhaften Dienstpflichtverletzungen des Klägers ausgegangen ist, aus Sicht des Senats als adäquate Ahndung indes kein Verweis, sondern eine Missbilligung geboten ist.

39 Gemäß § 97 Abs. 1 und 2 BNotO können gegen einen amtierenden hauptberuflichen Notar als Maßnahmen im Disziplinarverfahren verhängt werden ein Verweis, eine Geldbuße (auch neben einem Verweis), die Entfernung vom bisherigen Amtssitz und die Entfernung aus dem Amt. Gegen den Kläger wurde ein Verweis nach § 97 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BNotO verhängt durch Disziplinarverfügung der Aufsichtsbehörde (§ 98 Satz 1 BNotO). Nach Auffassung des Senats ist jedoch aufgrund der festgestellten Pflichtverletzungen eine Missbilligung noch ausreichend, weil es sich auch in der Gesamtschau um solche leichter Art handelt (§ 94 Abs. 1 Satz 1 BNotO).

40 Der Senat geht bei seiner Entscheidung aufgrund des weitgehend übereinstimmenden Sachvortrags der Parteien davon aus, dass der Kläger die in der Disziplinarverfügung angeführten Pflichtverletzungen begangen hat. Insoweit ist lediglich Folgendes anzumerken:

41 Die tatsächlichen Umstände hat der Kläger eingräumt. Sie stehen vorliegend nicht im Streit.

42 Soweit dem Kläger in der Disziplinarverfügung vorgeworfen wird, er habe „vorsätzlich die rechtzeitige Durchführung der abstrakten Risikoanalyse“ unterlassen und „diese erst am 11.10.2018, mithin fünf Monate nach dem Rundschreiben der LNotK“ vorgenommen, hat der Kläger ausgeführt, er habe die „sich aus dem GWG und dem Rundschreiben ergebenden Anforderungen an die einzelfallbezogene Risikoanalyse [...] sofort umgesetzt“ und auch „die entsprechende Fortbildung der Mitarbeiter [sei] unverzüglich“ erfolgt. Es sei lediglich „die Dokumentation zur abstrakten Risikoanalyse“ verspätet erfolgt. Gleichwohl seien „im Rahmen der einzelfallbezogenen Maßnahmen auch die Risikofaktoren berücksichtigt [worden], die sich aus den Verhältnissen der Notarstelle abstrakt ergeben“. Dem ist der Beklagte in der Klageerwiderung nicht substantiiert entgegengetreten. Auch aus dem Bericht über die Amtsprüfung vom (...) ergibt sich nichts substantiiert anderes. Im Schreiben des Präsidenten der LNotK vom (...) an den Beklagten wird ent-

sprechend angemerkt, dass der Kläger die „konkrete Risikobewertung [...] nach den Feststellungen des Amtsprüfungsberichts umgesetzt“ habe. Daher ist davon auszugehen, dass sich die Pflichtverletzung des Klägers letztlich darauf beschränkt, dass er vorübergehend seine Pflichten in Bezug auf die abstrakte Risikoanalyse nicht ausreichend erfüllt hat. Diese Pflichten haben zwar besondere Bedeutung, denn der Gesetzgeber hat sich bezüglich der Bekämpfung der Geldwäsche bewusst für eine Stärkung des risikobasierten Ansatzes entschieden und demzufolge dafür, dass die geldwäscherechtlich Verpflichteten über ein ihrer Geschäftstätigkeit angemessenes Risikomanagement verfügen, ihr jeweiliges Risiko der Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung vor allem unter Berücksichtigung der Kundenstruktur und der angebotenen Produkte und Dienstleistungen prüfen und ihre Maßnahmen zur Minderung des Risikos danach ausrichten müssen (vgl. BT-Drucks. 18/11555, S. 1). Allerdings wurde der Kläger insbesondere auf die Bedeutung der abstrakten Risikoanalyse ausweislich des genannten Schreibens des Präsidenten der LNotK schon vor Erlass der Disziplinarverfügung „eingehend“ hingewiesen, sodass diesem der Stellenwert der Geldwäscheprävention „noch einmal verstärkt [...] bewusst“ geworden sei.

43 Entgegen der Einlassung des Klägers folgt der Senat der Auffassung des Beklagten, dass auch bezüglich des nicht fristgerechten Ausdrucks der Urkundenrolle und der nicht ausreichenden Überwachung in Bezug auf das Massen- und Verwahrungsbuch infolge der EDV-Umstellung eine schuldhaft (fahrlässige) Pflichtverletzung vorliegt. Die vom Kläger vorgetragene Umstände lassen eine Pflichtverletzung nicht entfallen. Bezüglich der übrigen Vorwürfe hat der Kläger eine solche (zutreffend) nicht in Abrede gestellt.

44 Soweit in der Disziplinarverfügung auch auf § 35 Abs. 1 BNotO abgestellt wird, kann eine Pflichtverletzung im vorliegenden Fall damit nicht begründet oder unterstrichen werden, weil diese Norm (deren Abs. 1 Satz 1 die Pflicht beschreibt, „Akten und Verzeichnisse so zu führen, dass deren Verfügbarkeit, Integrität, Transparenz und Vertraulichkeit gewährleistet sind“) im Prüfungszeitraum (im Jahr 2019) so nicht galt und in dieser Form erst am 01.01.2020 in Kraft trat (vgl. Art. 11 Abs. 5 Nr. 1 des Gesetzes zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der BNotK sowie zur Änderung weiterer Gesetze vom 01.01.2017 BGBl. I, S. 1396, 1411; Vertraulichkeit und Integrität waren allerdings in § 5 Abs. 3 Satz 2 DOnot a. F. erwähnt).

45 Ob die in § 33 Abs. 6 Satz 2 DOnot a. F. vorgesehene Anzeigepflicht keinen erkennbaren Zweck hatte, wie der Kläger meint (in diesem Sinn zum Beispiel auch BeckOK-BNotO/Bracker, Stand: 01.02.2021, § 33 Rdnr. 9), ist jedenfalls im Hinblick auf das Vorliegen einer Pflichtverletzung nicht erheblich, zumal auch bei der Neufassung der Dienstordnung auf diese Regelung nicht verzichtet wurde (§ 19 Abs. 5 Satz 2 DOnot n. F.).

46 Auch in der Gesamtschau der Pflichtverletzungen ist vorliegend eine Missbilligung (noch) ausreichend.

47 Nach § 60 Abs. 3 BDG i. V. m. § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO hat das Gericht bei einer Klage gegen eine Disziplinarverfügung neben der Rechtmäßigkeit auch die Zweckmäßigkeit der angefochtenen Disziplinentatscheidung zu überprüfen. Es ist nicht auf die Prüfung beschränkt, ob die dem Kläger zum Vorwurf gemachte Verhaltensweise (Lebenssachverhalt) tatsächlich gegeben und disziplinarrechtlich als Dienstvergehen zu würdigen ist, sondern hat – bejahendenfalls – unter Beachtung des Verschlechterungsverbots (vgl. § 88 VwGO i. V. m. § 3 BDG, § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO) im Interesse der Verfahrensbeschleunigung (§ 4 BDG i. V. m. § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO) auch darüber zu entscheiden, welches die angemessene Disziplinarmaßnahme ist. Anders als sonst bei einer Anfechtungsklage ist das Gericht danach nicht gemäß § 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO darauf beschränkt, eine rechtswidrige Verfügung aufzuheben; es trifft in Anwendung der in § 13 Abs. 1 BDG i. V. m. § 96 Abs. 1 Satz 1 BNotO niedergelegten Grundsätze innerhalb der durch die Verfügung vorgegebenen Disziplinarmaßnahmenobergrenze vielmehr eine eigene „Ermessensentscheidung“. Es kann die angefochtene Disziplinarverfügung zugunsten des Klägers abändern und anstelle der verhängten eine mildere Disziplinarmaßnahme aussprechen. Dies umfasst auch die Befugnis, statt einer Disziplinarmaßnahme eine bloße Missbilligung gemäß § 94 Abs. 1 Satz 1 BNotO auszusprechen, die zwar einen Tadel beinhaltet, jedoch keinen disziplinarischen Charakter hat. Da sie aber ebenso wie eine Disziplinarmaßnahme die Reaktion der Aufsichtsbehörde auf ein Dienstvergehen des Notars ist, ist auch das Disziplinargericht befugt, die Disziplinarverfügung durch eine Missbilligung zu ersetzen (zu allem: BGH, Beschluss vom 17.03.2014, NotSt (Brgf) 1/13, juris Rdnr. 3).

48 Maßgeblich für die Frage, ob eine disziplinarrechtliche Ahndung geboten ist, und zur Bestimmung der nach § 97 BNotO gebotenen Disziplinarmaßnahme ist die objektive Schwere der Pflichtenverstöße und der Grad des Verschuldens. Dabei sind das Gesamtverhalten des Notars und auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Von Bedeutung ist des Weiteren, inwieweit das Fehlverhalten geeignet ist, das Vertrauen in die Unabhängigkeit und das Ansehen des Notaramtes in der Öffentlichkeit zu schädigen (OLG Köln, Urteil vom 02.11.2020, Not 6/20, juris Rdnr. 23). Die Missbilligung kann bei ordnungswidrigem Verhalten und Pflichtverletzungen leichter Art ausgesprochen werden (§ 94 Abs. 1 Satz 1 BNotO). Dies kommt unter anderem in Betracht, wenn der Notar innerdienstlichen Vorschriften nicht Rechnung trug, ohne dass bleibende Schäden eingetreten sind oder eine Außenwirkung eingetreten ist. Aber auch bei einem Verhalten mit Außenwirkung kann eine Missbilligung ausgesprochen werden, wenn das Verschulden besonders leicht wiegt. Eine Maßnahme nach § 94 Abs. 1 Satz 1 BNotO kann dann insbesondere ausreichen, wenn zu erwarten ist, dass der Notar den betreffenden Fall zum Anlass nehmen wird, künftige Verstöße gleicher oder ähnlicher Art nicht mehr zu begehen und in der Vergangenheit nicht schon schärfere

Maßnahmen verhängt werden mussten (BGH, Beschluss vom 17.03.2014, NotSt (Bfng) 1/13, juris Rdnr. 4).

49 Im vorliegenden Fall ist zulasten des Klägers insbesondere zu berücksichtigen:

50 Es handelt sich um eine nicht unerhebliche Häufung von Pflichtverstößen (wenn auch wiederum nicht gerade eine „große Zahl“, wie der Beklagte meint), die zudem unterschiedliche Bereiche der notariellen Amtsführung betreffen.

51 Teilweise gab es ähnliche Beanstandungen bereits bei einer früheren Geschäftsprüfung.

52 Andererseits ist zugunsten des Klägers zu berücksichtigen:

53 Er ist disziplinarrechtlich bislang nicht in Erscheinung getreten, weder als Notarassessor (...) noch als Notar (...). Frühere Beanstandungen bei der Geschäftsprüfung wurden nicht zum Anlass genommen, eine Missbilligung auszusprechen.

54 Der Kläger hat die Vorwürfe eingeräumt und nimmt diese ausweislich seiner Schriftsätze erkennbar ernst, auch in Bezug auf sein nachfolgendes Verhalten.

55 Es handelt sich um Verstöße ohne Außenwirkung und Dritten ist kein Schaden entstanden (was andererseits nicht in Frage stellt, dass die formalen Vorgaben für die Amtsführung des Notars dem abstrakten Schutz der Rechtssuchenden dienen, indem sie zum Beispiel die Abläufe an den Notarstellen in begrenztem Umfang vereinheitlichen und die erforderliche Tatsachengrundlage für die Wahrnehmung der Aufsicht schaffen, wie der Beklagte zutreffend ausführt).

56 Sämtliche Verstöße sind als lediglich fahrlässige Verletzungen der Überwachungs und Organisationspflichten zu bewerten (abgesehen allenfalls von der unterbliebenen Dokumentation der abstrakten Geldwäscherisikoanalyse) und betreffen zudem nicht das eigentliche Kerngeschäft der Beurkundung.

57 Zumindest teilweise handelt es sich um Verstöße angesichts einer Ausnahmesituation, nämlich der EDV-Umstellung im Notariat.

58 Seit dem Zeitpunkt der Feststellung der Pflichtverstöße ist eine nicht unerhebliche Zeit vergangen, ohne dass seither – soweit ersichtlich – Beanstandungen aufgetreten sind (wobei nicht verkannt wird, dass seit Erlass der Disziplinarverfügung offenbar auch keine reguläre Geschäftsprüfung stattgefunden hat, bei der Verstöße oft erst festgestellt werden können).

59 Nach unwidersprochenem Vortrag wurde der Kläger bereits durch ein Gespräch mit dem Präsidenten und dem Geschäftsführer der LNotK Bayern eindringlich auf die Einhaltung der dienstrechtlichen Vorschriften hingewiesen (so auch das Schreiben des Präsidenten der LNotK an den Beklagten vom [...]).

60 Unter Berücksichtigung der für und gegen den Kläger sprechenden Umstände hält der Senat im vorliegenden

konkreten Fall eine Missbilligung (noch) für ausreichend (wie es zunächst im Übrigen auch der Präsident der LNotK in seiner Stellungnahme vom [...] und der Beklagte ausweislich eines Schreibens vom [...] beabsichtigt hatten).

(...)

21. Geltendmachung wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsansprüche u. a. wegen Inrechnungstellung einer Leistung beim Nichtkostenschuldner und Verwendung des Begriffs „Notariat“ auf der Homepage

LG Essen, Urteil vom 09.12.2022, 41 O 33/21

BNotO § 14 Abs. 3, §§ 19, 29

GNotKG §§ 17, 19, 29

UWG § 8 Abs. 1 und 3 Nr. 1; § 3, 3a

LEITSÄTZE:

1. Ein Notar, der entgegen der notariellen Kostenerhebungspflicht gemäß §§ 19, 29 GNotKG für die Beglaubigung von Unterschriften von der Erhebung von Notarkosten absieht und/oder Notarkosten von Personen erhebt, die ihm keinen Auftrag erteilt, bei ihm keinen Antrag gestellt bzw. die Kostenschuld nicht ihm gegenüber übernommen haben und auch nicht für die Kostenschuld kraft Gesetzes haften, kann wettbewerbsrechtlich auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden ist die Verwendung des Begriffs „Notariat“ auf der Homepage eines Notars, sofern hiermit nicht das Amt als Notar, sondern eine Geschäftsstelle einer Gemeinschaft von Rechtsanwälten und Anwaltsnotaren oder auch eine Gemeinschaft von hauptberuflichen Notaren bezeichnet werden soll. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 Die Parteien streiten um wettbewerbsrechtliche Unterlassungsansprüche.

2 Die Parteien sind Notare und beurkunden bundesweit Kaufverträge über Immobilien.

3 Am 22.04.2021 und 28.05.2021 beurkundete der Kläger jeweils einen Kaufvertrag über in I gelegene Immobilien. Beide Kaufverträge sahen vor, dass in Abteilung III des Grundbuchs noch eingetragene Zwangssicherungshypotheken gelöscht werden.

4 Die Vorlage der Lösungsunterlagen war jeweils Voraussetzung für die Fälligkeit der Kaufpreise. Unter § 11 Ziffer 2 der Verträge war jeweils geregelt:

5 „Die Kosten, die für eine etwaige Lastenfreistellung des Kaufobjektes von nicht übernommenen Belastungen entstehen (nur Gerichtskosten sowie Kosten bzw. geltend gemachte Auslagen der abzulösenden Grundpfandgläubiger), trägt der Verkäufer. Dieser trägt auch die Kosten für die Überwachung und Erfüllung der ggf. an den Notar gerichteten Treuhandaufträge der Gläubiger/Berechtigten.“

6 Mit dem jeweiligen Urkundenvollzug wurde der Kläger beauftragt. Im Rahmen des Vollzuges der vorgenannten Kaufverträge forderte der Kläger jeweils mit Schreiben vom 22.04.2021 und 28.05.2021 bei der Wohnungseigentümergeinschaft über die Verwalterin, die C GmbH, die Löschungsunterlagen zu den vorgenannten Zwangssicherungshypotheken an.

7 Mit Urkunden vom 02.06.2021 (UR-Nr.: [...] und [...]) beglaubigte der Beklagte unter den von ihm entworfenen löschungsfähigen Quittungen die Unterschriften einer von der C GmbH bevollmächtigten Person und sandte das Original der löschungsfähigen Quittungen jeweils der R und Partner mbB als Prozessbevollmächtigter der C GmbH zu, ebenso die für seine Tätigkeit erstellten Kostenrechnungen, ausgestellt auf die Verkäuferin aus den vorgenannten Kaufverträgen „über die R und Partner mbB“. Die R und Partner mbB sandte sodann mit Schreiben vom 14.06.2021 die löschungsfähigen Quittungen dem Kläger zu mit der Auflage, dass dieser von den löschungsfähigen Quittungen erst Gebrauch machen dürfe, wenn aus dem Kaufpreis u. a. die Kostenrechnungen des Beklagten unmittelbar an die G Rechtsanwälte Notare Steuerberater, in der der Beklagte als Notar tätig ist, überwiesen werden. (...)

8 Der Kläger vermerkte auf dem Schreiben der R und Partner mbB vom 14.06.2021 „Treuhandauftrag angenommen“. (...)

9 Mit Schreiben vom 19.07.2021 bestätigten R und Partner mbB die Zahlungseingänge gemäß dem Treuhandauftrag vom 14.06.2021 und entließen den Kläger aus dem Treuhandauftrag. (...)

10 Auf der Internetseite der Kanzlei, der der Beklagte angehört, fand sich unter dem Begriff „Fachangestellte“ der nachfolgende Hinweis:

„Wir arbeiten für unsere Mandanten in einem großen und eingespielten Team von Bürovorstehern, Rechts- und Notarfachwirtinnen und Rechtsanwalts- und Notariatsfachangestellten. Wenn wir Ihr Interesse wecken können, Ihre Qualifikation und Erfahrung in unserem Haus einzubringen, freuen wir uns auf Ihre Bewerbung. Bürovorsteher Notariat (...)“

Im Rahmen der Vorstellung des Teams (Rechtsanwälte, Notare und Steuerberater in [...] – www[...] hieß es unter dem Bild von Herrn (...): „Bürovorsteher, Notariat“. (...)

(...)

12 Mit Schreiben vom 05.07.2021 mahnte der Kläger den Beklagten aufgrund (...). Eine weitere Abmahnung vom 23.07.2021 betraf die Übersendung von notariellen Arbeitsergebnissen/Notarkostenrechnungen zur Zahlungsvermittlung und die Duldung der Bezahlung notarieller Kostenrechnungen durch Nichtschuldner.

13 Durch Urteil des LG Essen vom 23.07.2021 in dem Verfahren 41 O 22/21 wurde dem Beklagten im Rahmen des einstweiligen Rechtsschutzes untersagt, von ihm beauftragenden Wohnungsverwaltern als Kostenschuldner – entgegen der notariellen Kostenerhebungspflicht – für die Beglaubigung von Unterschriften von der Erhebung von Notarkosten abzusehen und/oder Notarkosten von Personen zu erheben, die bei ihm keinen Auftrag erteilt, keinen Antrag gestellt haben bzw. die Kostenschuld nicht ihm gegenüber übernommen haben und auch nicht für die Kostenschuld kraft Gesetzes haften, und/oder für die Tätigkeit als Notar mit der Bezeichnung „Notariat“ zu werben. Eine Abschlusserklärung hat der Beklagte nicht abgegeben. (...)

AUS DEN GRÜNDEN:

61 A. I. Die Klage ist zulässig. (...)

63 II. Die Klage ist in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang begründet.

64 1. Der Kläger hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Unterlassung in erkanntem Umfang gemäß § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, §§ 3, 3a UWG i. V. m. §§ 19, 29 GNotKG.

65 a. Der Kläger ist Mitbewerber des Beklagten, § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG, denn beide Parteien beurkunden bundesweit Immobilienverträge und werben entsprechend über das Internet um Mandanten.

66 b. Mit der aus (...) ersichtlichen Kostenberechnung gemäß § 29 GNotKG, ausgestellt auf Frau P, und deren Übermittlung „über R und Partner“ zum Zweck der Zahlungsvermittlung bei gleichzeitiger Nichterhebung der Kosten von dem eigenen Auftraggeber hat der Beklagte eine geschäftliche Handlung gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG vorgenommen.

67 c. Diese ist unlauter gemäß § 3a UWG, §§ 19, 29 GNotKG.

68 aa. Der Beklagte hat gegen §§ 19, 29 Nr. 1 GNotKG verstoßen, indem er es unterlassen hat, die Kosten der Unterschriftsbeglaubigung seinem Auftraggeber als Kostenschuldner in Rechnung zu stellen und indem er die Leistung einem Nichtkostenschuldner (Frau P) berechnete.

69 Als Kostenschuldner gemäß § 29 Nr. 1 GNotKG kommen vorliegend gemäß den Unterlagen (...) allein die Wohnungseigentümergeinschaft und die C GmbH als deren Verwalterin in Betracht. Beglaubigt wurde die Unterschrift der B für die D als Verwalterin der Gläubigerin betreffend die Löschungsbewilligung eingetragener Hypotheken. Der Wohnungseigentumsverwalter ist Vertreter mit eingeschränkter, aber insoweit unabdingbarer gesetzlicher Vertretungsmacht (§ 27 WEG). Zudem können ihm Aufgaben per Beschluss der Wohnungseigentümer übertragen werden. Schuldner sind mithin der oder die vertretenen Wohnungseigentümer. Sieht man allerdings generell oder im Einzelfall den Verwalter als Ermächtigten an, schuldet er selbst mit dem verwalteten Geldvermögen (Korintenberg/Gläser, GNotKG, 22. Aufl. 2022, § 29 Rdnr. 14).

70 Vorliegend kann dahinstehen, ob danach die Wohnungseigentümergeinschaft oder die Verwalterin Kostenschuldner ist. Denn beiden wurde unstreitig keine Rechnung gestellt. Die Rechnung des Beklagten lautet vielmehr auf Frau P, die keine Kostenschuldnerin ist, weil der Beklagte nicht von ihr beauftragt wurde. Von ihr hat der Beklagte Kosten erhoben, indem er die Rechnung an Frau P – über R und Partner – adressiert hat. Eine Kostenübernahmeerklärung im Sinne von § 29 Nr. 2 GNotKG lag nicht vor. Eine solche ist insbesondere nicht in der Kostenregelung in § 11 Ziffer 2 des notariellen Kaufvertrages mit dem Erwerber der Wohnung zu sehen. Grundsätzlich ist die Kostenübernahme eine Erklärung gegenüber dem Notar. Sie „gehört“ daher nicht in die Urkunde. Erklärungen in der Urkunde richten sich daher im Zweifel an den Vertragspartner, so insbesondere die in der notariellen Urkunde getroffene Regelung, wer die Kosten zu tragen hat (Korintenberg/Gläser, GNotKG, § 29 Rdnr. 26, vgl. auch Rundschreiben der BNotK Nr. 9/2018 vom 09.11.2018, [...]). Um einen solchen Fall handelt es sich hier. Auch in der von dem Kläger vorgetragene Erklärung der Frau P, den Vollzug der Urkunde fortzusetzen, liegt keine Übernahmeerklärung gegenüber dem Beklagten. Es fehlt an einer eindeutig formulierten Kostenübernahme (vgl. Korintenberg/Gläser, GNotKG, § 29 Rdnr. 25)

71 Frau P haftet auch nicht gemäß § 29 Nr. 3 GNotKG als Haftungsschuldner. Die Vorschrift erfordert eine gesetzliche Verpflichtung, für die Schuld eines anderen Dritten einzustehen, wobei sich diese Verpflichtung vornehmlich aus dem bürgerlichen Recht und Handelsrecht ergeben wird (Beispiel: § 128 HGB). Die Kostentragungspflicht gegenüber dem Vertragspartner (Beispiel: § 448 Abs. 2 BGB) genügt nicht (Korintenberg/Gläser, GNotKG, § 29 Rdnr. 33).

72 Eine Kostenhaftung der Frau P folgt auch nicht aus § 30 Abs. 3 GNotKG. Die Vorschrift beschränkt die Haftung auf die Kosten „dieses Beurkundungsverfahrens“. Der Übernahmeschuldner haftet also nur für die Kosten derjenigen Urkunde, welche die Übernahmeerklärung i. S. d. Abs. 3 enthält. Ohne Weiteres haftet der Übernahmeschuldner mithin nicht für die Kosten anderer Urkunden, etwa die Kosten für die Beglaubigung der Zustimmung des Verwalters nach § 12 WEG oder die Beglaubigung der Löschungsbewilligung eines Grundpfandrechtsgläubigers (Korintenberg/Gläser, GNotKG, § 30 Rdnr. 16 m. w. N.).

73 Vorliegend geht es mit der Löschungsbewilligung um die Kosten einer anderen Urkunde. Eine andere Bewertung ist deshalb auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil aus den E-Mails der Verwalterin vom 31.05.2021 an den Beklagten hervorgeht, dass die Kosten für die Erstellung der lösungsfähigen Quittung aus dem Verkaufserlös beglichen werden sollen. Gleiches gilt für den Umstand, dass die Löschung der aufgrund nicht ordnungsgemäß entrichteter Hausgelder von Frau P letztlich veranlassten Eintragung der Hypotheken in deren Interesse lag.

74 bb. Bei § 29 GNotKG handelt es sich um eine gesetzliche Vorschrift, die im Sinne von § 3a UWG auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Die verletzte Norm muss jedenfalls auch die Funktion haben, gleiche Voraussetzungen für die auf einem Markt tätigen Wettbewerber zu schaffen. Dieser Zweck muss nicht der einzige und nicht einmal der primäre sein. Die Norm muss aber eine auf die Lauterkeit des Wettbewerbs bezogene Schutzfunktion haben (BGH, GRUR 2017, 641; NJW-RR 2017, 419). Das GNotKG gehört zu den marktbezogenen Preisvorschriften (Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, UWG, 40. Aufl., § 4 Rdnr. 4.202). Damit handelt es sich bei § 29 GNotKG um eine Marktverhaltensvorschrift.

75 d. Der Verstoß ist auch spürbar. Er ist geeignet, das Interesse der Mitbewerber erheblich zu beeinträchtigen. Es ist anzunehmen, dass Verwalter von Wohnungseigentümergeinschaften oder die Wohnungseigentümergeinschaften selbst sich veranlasst sehen, die Notare zu beauftragen, die ihnen eine Beglaubigung der Erklärungen nicht in Rechnung stellen und damit letztlich für eine aus ihrer Sicht bequeme Abwicklung der Beurkundung Sorge tragen.

76 e. Die Wiederholungsfahr wird aufgrund des Verstoßes vermutet.

77 f. Der Beklagte hat es nach alledem zu unterlassen, entgegen der notariellen Kostenerhebungspflicht für die Beglaubigung von Unterschriften von der Erhebung von Notarkosten abzusehen und/oder Notarkosten von Personen zu

erheben, die ihm keinen Auftrag erteilt, bei ihm keinen Antrag gestellt haben bzw. die Kostenschuld nicht ihm gegenüber übernommen haben und auch nicht für die Kostenschuld kraft Gesetzes haften. (...)

78 g. Der Kläger ist mit seinem Anspruch auch nicht deshalb ausgeschlossen, weil er aufgrund der Annahme des Treuhandauftrags seinerseits in gleicher oder vergleichbarer Weise wettbewerbswidrig gehandelt hat. Zum einen dürften aufgrund der Rechnungsstellung Interessen Dritter betroffen sein. Zum anderen fehlt es an einem Wettbewerbsverstoß von gleichem Gewicht. Der Kläger selbst hat nicht gegen § 29 GNotKG verstoßen, sondern hat allenfalls den Beklagten bei seinem Verstoß unterstützt. Damit dürfte er allerdings ebenfalls die Vorgaben der BNotK in dem Schreiben vom 04.12.2020 nicht eingehalten haben. Der Kosteneinzug durch den beurkundenden Notar begründet den Anschein der Parteilichkeit und Abhängigkeit im Sinne von § 14 Abs. 3 BNotO. Der Kläger kann sich dabei auch nicht darauf berufen, dass die Verkäuferin ihn beauftragt habe, den Vollzug fortzusetzen. Auch unter Zugrundelegung dieses Vortrags fehlt es nämlich – wie bereits ausgeführt – an einer eindeutigen Übernahmeerklärung der Frau P.

(...)

80 Soweit der Kläger seinen Antrag entsprechend seinem Vorbringen in der mündlichen Verhandlung darauf stützt, dass ein Nichtschuldner den Beklagten (J oder Sozium) beauftrage, die Unterschriftsbeglaubigung des Konzerns zu entwerfen und die Kosten dafür zu übernehmen, ist auch dies nicht Gegenstand der (...) konkreten Verletzungsform. Im Übrigen wäre das entsprechende Verhalten ebenfalls von dem vorangegangenen Antrag umfasst, sollte es – was der Kläger geltend macht – an einer Beauftragung oder wirksamen Kostenübernahmeerklärung fehlen.

81 2. Der Kläger hat gegen den Beklagten dagegen keinen Anspruch gemäß § 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, §§ 3, 3a UWG i. V. m. § 29 BNotO auf Unterlassung hinsichtlich der Verwendung des Begriffes „Notariat“.

82 Nach Auffassung der Kammer fällt dem Beklagten ein Verstoß gegen § 29 BNotO nicht zur Last. Er hat auf der Webseite nicht berufswidrig mit dem Begriff „Notariat“ geworben. Allerdings gilt für alle Notare das Gebot, in ihrer Außendarstellung nur die Amtsbezeichnung des § 2 Satz 2 BNotO („Notar“) zu gebrauchen. Der Notar ist Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) und übt einen gebundenen Beruf aus. Ihm sind als selbstständigem Berufsträger gemäß § 1 BNotO Aufgaben der vorsorgenden Rechtspflege übertragen. Mit der ihm übertragenen Funktion steht er dem Richter nahe; ein großer Teil seiner Geschäfte könnte auch von den Gerichten erledigt werden. Insbesondere sind den Notarinnen und Notaren Zuständigkeiten übertragen, die nach der geltenden Rechtsordnung hoheitlich ausgestaltet sind. Vor diesem Hintergrund ist der Notar, was seine Amtsbefugnisse und die Regelung seiner Aufgaben angeht, in die Nähe des öffentlichen Dienstes gerückt. Dem entspricht die Ausgestaltung des Amtsverhältnisses, für das in weitem Umfang Vorschriften gelten, die denen des

Beamtenrechts nachgebildet sind. Der vom Gesetzgeber durch § 2 Satz 2 BNotO vorgegebenen Amtsbezeichnung kommt eine Doppelfunktion zu: Sie verdeutlicht nach außen die Bedeutung des Amtes des Notars unter Berücksichtigung des Amtsinhalts zur Unterscheidung von anderen Ämtern; gleichzeitig kennzeichnet sie den Inhaber des Amtes dahin, dass er nach Eignung und Leistung befähigt ist, ein Amt dieses Inhalts wahrzunehmen. Eine in dieser Weise angemessene und wirklichkeitsgerechte Amtsbezeichnung dient nicht nur dem Interesse des Inhabers eines Amtes. Sie trägt vielmehr im Interesse der Öffentlichkeit auch dazu bei, dass der Bürger erkennen kann, welche Qualifikation und Kompetenz dem Träger der Amtsbezeichnung zukommt. Es entspricht den Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege, dass Anwaltsnotar und Notar im Hauptberuf in einheitlicher und der personengebundenen Natur ihres Amtes entsprechender Weise gegenüber dem um notarielle Dienstleistungen nachsuchenden Publikum in Erscheinung treten. Vor diesem Hintergrund hat der BGH das Auftreten des Notars unter der Bezeichnung „Notariat“ stets beanstandet, weil sie von dem Träger des Amtes losgelöst ist. Sie bringt eine Institutionalisierung zum Ausdruck, die dem personengebundenen Amt des Notars nicht zukommt. Eine wirklichkeitsgerechte Bezeichnung stellt sie aus diesem Grund nicht dar. Hinzu tritt, dass es allein dem Gesetzgeber zukommt, die – durch § 132 Abs. 1 Nr. 1 StGB geschützte – Amtsbezeichnung für das öffentliche Amt des Notars (§ 1 BNotO) festzulegen. Der Notar hat sich an diese Vorgabe zu halten und darf für das ihm übertragene öffentliche Amt eine Amtsbezeichnung nicht gewissermaßen selbst erfinden und ohne Rechtsgrundlage verwenden (BGH, NJW 2018, 2567).

83 Vorliegend wurde der Begriff „Notariat“ allerdings auf der Webseite nicht als Bezeichnung für das Amt des Beklagten als Notar verwandt. Das Wort Notariat kann zweierlei Bedeutung haben. Einmal bezeichnet es das Rechtsgebiet, die Einrichtung des Notariats (Art. 138 GG) und seine Institutionen etwa in Begriffen wie „Notariatsverfassung“, „Notariatsrecht“, „Anwaltsnotariat“ und „Behördennotariat“. Zum anderen kann es das dem Notar übertragene konkrete Amt bezeichnen. In der Literatur wird ferner vertreten, dass das Wort „Notariat“ oder „Notariatskanzlei“ in neuerer Zeit auch für die Bezeichnung der Geschäftsstelle einer Gemeinschaft von Rechtsanwälten und Anwaltsnotaren (oder auch einer Gemeinschaft von hauptberuflichen Notaren) – insoweit wohl synonym mit dem von dem BGH für eine Sozietät zwischen einem Rechtsanwalt und einem Anwaltsnotar für zulässig gehaltenen Begriff „Anwalts- und Notarkanzlei“ – gebraucht werde und in dieser Verwendung zulässig sei (BGH, a. a. O. m. w. N.). Dieser Auffassung schließt die Kammer sich an. Die Mitglieder der Kammer gehören zu dem von der streitgegenständlichen Webseite angesprochenen Verkehrskreis und verbinden mit dem Begriff „Notariat“ einen Verbund von mehreren Notaren oder aber deren Büro/Geschäftsstelle. In dieser Weise wurde der Begriff auch auf der Webseite verwandt. In der Sozietät des Beklagten sind mehrere Notare verbunden. Die Berufsträger werden (...) mit den Begriffen „Rechtsanwälte, Notare, Steuerberater“ bezeichnet. Lediglich im Zusammen-

hang mit dem als solchen bezeichneten Bürovorsteher Y findet sich der Begriff „Notariat“. Der Begriff wird deshalb nicht für das Amt des Notars verwandt, sondern bezeichnet das Büro der Gemeinschaft der Notare, deren Vorsteher und damit Ansprechpartner Herr Y ist. Eine irreführende Institutionalisierung des Notaramtes ist hiermit nach Auffassung der Kammer nicht verbunden.

84 Eine andere Bewertung ist auch nicht im Hinblick auf die Neufassung der BNotO geboten. Ursprünglich sollte allerdings in § 4a BNotO-E der Begriff „Notariatsstelle“ (anstelle des derzeit in der BNotO benutzten Begriffs „Notarstelle“) verwendet werden. Damit sollte bewusst nicht der aus der bisherigen Rechtsprechung des BGH erkennbaren Tendenz gefolgt werden. In der Begründung zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BR-Drucks. 20/21, S. 123 f.) heißt es:

85 „Soweit der BGH in ständiger Rechtsprechung die Benutzung des Wortes ‚Notariat‘ für das Amt oder die Geschäftsstelle von Notarinnen oder Notaren als unzulässig ansieht, hat er dabei zumindest früher insbesondere auch auf die Verwechslungsgefahr mit dem damals in Baden-Württemberg noch bestehenden behördlichen Notariat abgestellt (vgl. BGH, NJW 2005, 2693, 2694). Diese besteht seit der 2018 in Baden-Württemberg durchgeführten Notariatsreform jedoch nicht mehr, sodass dieses Argument hinfällig geworden ist. Trotzdem hält der BGH auch in seiner neueren Rechtsprechung (Beschluss vom 23.04.2018, DNotZ 2018, 930; ihm folgend LG I, Urteil vom 27.04.2020, GRUR-RS 2020, 9138) an seiner Rechtsprechung fest. Dabei stellt er insbesondere darauf ab, dass durch die Verwendung des Begriffs ‚Notariat‘ der Eindruck einer vom Amtsträger losgelösten Institution erweckt werde (am angegebenen Ort, S. 935). Zudem hat der BGH in früheren Entscheidungen ausgeführt, dass die BNotO angeblich das Wort ‚Notariat‘ praktisch nicht und wenn dann nur ‚verkürzend‘ verwende (NJW 2005, 2693, 2694). Dieses Argument erschien schon bisher in Anbetracht der in der BNotO zahlreich verwendeten Begriffe ‚Notariatsverwalter‘, ‚Notariatsakten‘, ‚Notariatsrecht‘ und ‚Notariatsgeschäfte‘ wenig überzeugend und kann jedenfalls dadurch entkräftet werden, dass der Gesetzgeber durch eine noch weitergehende Verwendung des Begriffes ‚Notariat‘ deutlich macht, dass er möglicherweise bisher intendierte Beschränkungen der Bedeutung des Begriffes nicht mehr verfolgt. Die Rechtsprechung des BGH wird im Schrifttum schon länger kritisiert (vgl. dazu die Nachweise in BGH, DNotZ 2006, 152 und DNotZ 2018, 934). Die Kritik kann sich dabei zu Recht darauf stützen, dass sich der allgemeine Sprachgebrauch in der Vergangenheit immer weiter dahin gehend entwickelt hat, dass das der Notarin oder dem Notar übertragene Amt und insbesondere die von der Notarin oder dem Notar unterhaltene Geschäftsstelle als ‚Notariat‘ bezeichnet wird. Dass damit bei den Bürgerinnen und Bürgern für sie nachteilige Fehlvorstellungen hervorgerufen werden, erscheint eher fernliegend. Zumindest am Rande ist zudem zu berücksichtigen, dass die Verwendung des Begriffes ‚Notar‘

(auch in Wortverbindungen) nicht einer geschlechtergerechten Sprache entspricht, sodass es dort, wo es ohne Verlust an Verständlichkeit vermieden werden kann, auch nicht benutzt werden sollte. Insgesamt begegnet es daher keinen durchgreifenden Bedenken, außerhalb der durch § 2 Satz 2 BNotO definierten konkreten Amtsbezeichnung der Notarin oder des Notars den Begriff ‚Notariat‘ zu benutzen.“

86 Dem hat sich die BNotK in ihrer Stellungnahme vom 21.08.2020 wie folgt angeschlossen:

87 „Positiv hervorzuheben ist die eindeutige Distanzierung von der zum Begriff ‚Notariat‘ ergangenen höchstgerichtlichen Rechtsprechung und die Klarstellung des Gesetzgebers in der Entwurfsbegründung, dass er möglicherweise bisher intendierte Beschränkungen des Begriffs ‚Notariat‘ nicht mehr verfolgt. Zutreffend führt er hierzu aus, dass sich der allgemeine Sprachgebrauch dahin gehend entwickelt hat, dass das der Notarin oder dem Notar übertragene Amt als ‚Notariat‘ bezeichnet wird“.

88 Auch der Deutsche Notarverein hat in seiner Stellungnahme vom 21.08.2020 auf S. 7 die eindeutige Positionierung gegen die zum Begriff „Notariat“ ergangene Rechtsprechung des BGH unter Hinweis auf den allgemeinen Sprachgebrauch begrüßt, aber zugleich darauf hingewiesen, dass die Bedeutung des Amtsinhabers und der höchstpersönliche Charakter des notariellen Amtes nicht in den Hintergrund treten dürften. Vor diesem Hintergrund wurde ange-regt, die Formulierung Notariatsvertreter noch einmal zu überdenken. Dass der Begriff Notariatsstelle nicht in die endgültige Gesetzesfassung von § 4a BNotO übernommen wurde, bedeutet angesichts der vorgenannten Stellungnahmen nach Auffassung der Kammer daher nicht, dass die Verwendung des Begriffs „Notariat“ grundsätzlich als unzulässig zu erachten ist. Vielmehr kommt es auf die konkrete Verwendung an. Es obliegt danach der Rechtsprechung zu entscheiden, ob mit der konkreten Verwendung eine irreführende Werbung verbunden ist. Das ist hier – wie bereits ausgeführt – nicht der Fall.

(...)

Hinweis der Schriftleitung: Zum Thema "Kostenerhebung bei Dritterklärungen" sei auf das Rundschreiben der BNotK Nr. 04/2020 vom 04.12.2020 sowie das Rundschreiben der LNotK Bayern Nr. 03/2021 vom 19.03.2021 verwiesen.

ÖFFENTLICHES RECHT

22. Unterwertveräußerungen bayerischer Kommunen

BayObLG, Beschluss vom 14.09.2022, 101 ZRR 180/21

BGB § 134

GO Art. 75 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3

LEITSÄTZE:

1. Nach Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO dürfen Vermögensgegenstände bayerischer Gemeinden in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden. Voller Wert im Sinne der Vorschrift ist der Verkehrswert im Sinne von Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BayEG, § 194 BauGB.
2. Gemäß Art. 75 Abs. 3 Satz 1 GO ist es unzulässig, Gemeindevermögen zu verschenken oder unentgeltlich zu überlassen. Eine Verschenkung ist nicht nur dann anzunehmen, wenn die Veräußerung vollkommen unentgeltlich erfolgt, sondern auch dann, wenn wegen eines massiven Unterschreitens des Verkehrswerts ein derart grobes Missverhältnis zwischen dem Verkehrswert und dem Entgelt besteht, dass die Veräußerung einer Verschenkung gleichkommt. Gegen dieses Verbot verstoßende Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäfte der Gemeinde sind nach § 134 BGB nichtig.
3. Nichts anderes gilt grundsätzlich bei einem Verstoß gegen das in Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO enthaltene Gebot, Vermögensgegenstände in der Regel nicht unter ihrem Wert zu veräußern.
4. Da Art. 75 Abs. 3 Satz 2 GO bestimmt, dass die Veräußerung von Gemeindevermögen, wenn es sich um eine Verschenkung handelt, nur dann zulässig ist, wenn sie in Erfüllung von Gemeindeaufgaben oder herkömmlicher Anstandspflichten erfolgt, ist bei einem Unterwertverkauf zunächst festzustellen, ob eine Verschenkung im Sinne des Art. 75 Abs. 3 Satz 1 GO vorliegt. Ist dies der Fall, ist das Veräußerungsgeschäft nur dann zulässig, wenn die Veräußerung des gemeindlichen Vermögensgegenstandes in Erfüllung von Gemeindeaufgaben oder herkömmlicher Anstandspflichten erfolgt.
5. In gleicher Weise ist ein bloßer Unterwertverkauf dann als zulässige Ausnahme vom Gebot der Veräußerung zum vollen Wert und somit als Sonderfall im Sinne des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO anzusehen, wenn er in Erfüllung von Gemeindeaufgaben oder herkömmlicher Anstandspflichten erfolgt.
6. Demgegenüber scheidet die Annahme eines zulässigen Sonderfalls stets aus, wenn ein Unterwertverkauf an Private vorliegt, der unter keinerlei Gesichtspunkten als durch die Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben im Rahmen einer an den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit orientierten Verwaltung gerechtfertigt erachtet werden kann. Ein Geschäft, das diese

Voraussetzung erfüllt, ist wegen Verstoßes gegen ein gesetzliches Verbot als nichtig zu werten.

- 7. Ob in einer Konstellation, die nicht einem dieser beiden sich gegenüberstehenden Grenzbereiche unterfällt, Nichtigkeit gemäß § 134 BGB anzunehmen ist, ist eine Frage der Bewertung der gesamten Umstände des jeweiligen Einzelfalls.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Die Parteien streiten um die Wirksamkeit der Eigentumsübertragung eines gemeindlichen Grundstücks.

2 Die Klägerin und Beschwerdegegnerin ist eine Gemeinde in Bayern. Mit notariellem Kaufvertrag vom 20.12.2013 veräußerte sie an den Beklagten und Beschwerdeführer ein im Gemeindegebiet liegendes Grundstück zu einem Kaufpreis von 45.000 €. Der Beklagte wurde am 15.07.2014 als neuer Eigentümer in das Grundbuch eingetragen. Im April 2016 beanstandete das Landratsamt (...) den Verkauf gemäß Art. 112 i. V. m. Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO für den Freistaat Bayern als sog. Unterwertverkauf, da nach Schätzung des Gutachterausschusses für den Stichtag Dezember 2013 von einem Verkehrswert von 150.000 € auszugehen sei. Nachdem die Klägerin den Beklagten erfolglos zur Rückabwicklung des Kaufvertrags aufgefordert hatte, erhob sie Klage zum LG Traunstein.

3 Das LG hat den Beklagten nach Erholung eines Sachverständigengutachtens zum Verkehrswert des Grundstücks verurteilt, der Berichtigung des Grundbuchs Zug um Zug gegen Rückzahlung des Kaufpreises i. H. v. 45.000 € in der Weise zuzustimmen, dass nicht er, sondern die Klägerin Eigentümerin des Grundstücks sei. Zudem habe der Beklagte der Klägerin das Grundstück geräumt herauszugeben und ihr außerdem vorgerichtliche Kosten zu erstatten. Der Kaufvertrag sei wegen Verstoßes gegen Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO gemäß § 134 BGB nichtig und daher rückabzuwickeln. Vermögensgegenstände bayerischer Gemeinden dürften in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden. Das Grundstück habe einen Verkehrswert von 80.000 €. Das Gericht folge den Ausführungen des Sachverständigen, der einen Bodenwert von 265.000 € errechnet habe, von dem er 185.000 € (brutto) Freilegungs-/Abbruchkosten abgezogen habe. Die Veräußerung des gemeindlichen Grundstücks unter Wert führe zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts. Gegen eine Nichtigkeit spreche auch nicht, wie der Beklagte meine, Art. 75 Abs. 3 Satz 2 GO, worauf die Klägerin bereits in der Replik hingewiesen habe. Der Beklagte habe es unterlassen, hierzu konkrete und nachvollziehbare Ausführungen zu machen. Worin die finanziellen und sicherheitsrelevanten Risiken lägen, erschließe sich dem Gericht nicht, insbesondere sei das Gebäude in der Folge weder abgerissen noch dessen Standesicherheit verändert worden.

4 Im Tatbestand des Urteils wird ausgeführt, der Beklagte habe geltend gemacht, dass das Grundstück ein Sicherheits- und Kostenrisiko für den jeweiligen Eigentümer dargestellt habe. Außerdem habe er vorgebracht, es greife Art. 75 Abs. 3 Satz 2 GO, weil die Veräußerung des pro-

blembehafteten Grundstücks unter Abwälzung unwägbarer finanzieller und sicherheitsrelevanter Risiken die Klägerin befähigt hätte, ihren Aufgaben nachzugehen.

5 Die Berufung des Beklagten hat das OLG München durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Zur Begründung hat es auf seinen Hinweisbeschluss vom 07.01.2021 Bezug genommen. Die Gegenerklärung vom 09.02.2021 gebe zu einer Änderung keinen Anlass. In seinem Hinweisbeschluss hatte das Berufungsgericht auf die Ausführungen des angefochtenen Urteils verwiesen, die es sich in vollem Umfang zu eigen mache. Das Berufungsvorbringen des Beklagten gebe unter anderem Veranlassung zu der Ergänzung, dass der Verstoß des Kaufvertrags gegen Art. 75 GO dazu führe, dass sowohl das Verpflichtungs- als auch das dingliche Verfügungsgeschäft unwirksam seien.

6 Gegen die Entscheidung des Berufungsgerichts wendet sich der Beklagte mit der beim BGH eingelegten Nichtzulassungsbeschwerde, mit der er unter anderem eine Verletzung seines Anspruchs auf rechtliches Gehör rügt. Mit Beschluss vom 14.10.2021 hat der BGH festgestellt, dass er für die Entscheidung nicht zuständig sei, und die Sache an das BayObLG zur weiteren Behandlung und Entscheidung abgegeben (Az. V ZR 41/21).

7 B. Die Nichtzulassungsbeschwerde hat Erfolg und führt gemäß § 544 Abs. 9 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Beschlusses und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Berufungsgericht. Der angefochtene Beschluss beruht auf einer Verletzung des Anspruchs des Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs aus Art. 103 Abs. 1 GG, da sich das Berufungsgericht mit zentralem Vorbringen des Beklagten zur Statthaftigkeit des Unterwertverkaufs als Ausnahme von der Regel des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO in seiner Entscheidung nicht auseinandergesetzt hat.

8 I. Die Zulassung der Revision ist nicht zur Fortbildung des Rechts (§ 574 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 1 ZPO) angezeigt, weil der Einzelfall keine Veranlassung gibt, Leitsätze für die Auslegung von Gesetzesbestimmungen des materiellen oder formellen Rechts aufzustellen oder Gesetzeslücken auszufüllen.

9 1. Für die Aufstellung von Leitsätzen besteht nur dann Anlass, wenn es für die rechtliche Beurteilung typischer oder verallgemeinerungsfähiger Lebenssachverhalte an einer richtungweisenden Orientierungshilfe ganz oder teilweise fehlt (BGH, Beschluss vom 27.06.2016, II ZR 63/15, juris Rdnr. 4; Beschluss vom 04.07.2002, V ZB 16/02, BGHZ 151, 221, juris Rdnr. 6). Dies ist nicht der Fall, denn die Voraussetzungen für die Beurteilung der (Un-)Wirksamkeit eines Unterwertverkaufs nach Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO sind im Grundsätzlichen geklärt. Der vorliegende Einzelfall bietet keine Veranlassung, diese Rechtsprechung fortzuentwickeln. Vielmehr sind die besonderen Umstände des Falles anhand der entwickelten Maßstäbe abzuwägen. Diese Würdigung der den Streitfall kennzeichnenden Umstände ist Aufgabe des Tatrichters.

10 a) Nach Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO dürfen Vermögensgegenstände bayerischer Gemeinden in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden. Voller Wert im Sinne der

Vorschrift ist der Verkehrswert. Dieser wird durch den Preis bestimmt, der in dem Zeitpunkt, auf den sich die Ermittlung bezieht, im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach den rechtlichen Gegebenheiten und tatsächlichen Eigenschaften, der sonstigen Beschaffenheit und Lage des Grundstücks ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse zu erzielen wäre, vgl. Art. 10 Abs. 1 Satz 2 BayEG, § 194 BauGB (BayObLG, Urteil vom 05.03.2001, 5 Z RR 174/99, BayObLGZ 2001, 54, 56 f., juris Rdnr. 17).

11 Gemäß Art. 75 Abs. 3 Satz 1 GO, der auf das entsprechende verfassungsrechtlich normierte Verbot des Art. 12 Abs. 2 Satz 2 BV verweist, ist es unzulässig, Gemeindevermögen zu verschenken oder unentgeltlich zu überlassen. Eine gegen dieses gesetzliche Verbot verstoßende Verfügung der Gemeinde ist nach § 134 BGB nichtig (BayObLGZ 2001, 54, 58, juris Rdnr. 23; Beschluss vom 22.06.1995, 2 Z BR 42/95, BayObLGZ 1995, 225, 226, juris Rdnr. 11; Beschluss vom 12.04.1983, BReg 2 Z 21/83, BayObLGZ 1983, 85, 91). Dazu hat das BayObLG in den genannten Entscheidungen ausgeführt, nichts anderes gelte grundsätzlich bei einem Verstoß gegen das in Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO enthaltene Gebot, Vermögensgegenstände in der Regel nicht unter ihrem Wert zu veräußern (BayObLGZ 2001, 54, 58, juris Rdnr. 24; BayObLGZ 1995, 225, 226, juris Rdnr. 12).

12 b) Bei der Beurteilung, ob im Streitfall eine Ausnahme von der Regel des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO vorliegt, kann zur richtungsweisenden Orientierung auf folgende von der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung entwickelten Maßstäbe zur Auslegung der Bestimmung zurückgegriffen werden:

13 aa) Da Art. 75 Abs. 3 Satz 2 GO bestimmt, dass die Veräußerung von Gemeindevermögen, wenn es sich um eine Verschenkungen handelt, nur dann zulässig ist, wenn sie in Erfüllung von Gemeindeaufgaben oder herkömmlicher Anstandspflichten erfolgt, ist bei einem Unterwertverkauf zunächst festzustellen, ob eine Verschenkungen im Sinne des Art. 75 Abs. 3 Satz 1 GO vorliegt. Ist dies der Fall, ist das Veräußerungsgeschäft nur dann zulässig, wenn die Veräußerung des gemeindlichen Vermögensgegenstandes in Erfüllung von Gemeindeaufgaben oder herkömmlicher Anstandspflichten erfolgt. Sind diese Voraussetzungen nicht erfüllt, sind sowohl das Veräußerungs- als auch das Verfügungsgeschäft nichtig, § 134 BGB. Eine Verschenkungen ist nach höchstrichterlicher Rechtsprechung nicht nur dann anzunehmen, wenn die Veräußerung vollkommen unentgeltlich erfolgt, sondern auch dann, wenn ein grobes Missverhältnis zwischen dem Verkehrswert und dem Entgelt besteht. Es muss sich um eine Veräußerung so weit unter Wert handeln, dass sie einer Verschenkungen gleichkommt (vgl. BayVerfGH, Urteil vom 17.11.1994, 6 B 93.512, BeckRS 1994, 122233).

14 Handelt es sich bei der Veräußerung eines gemeindlichen Vermögensgegenstandes unter seinem vollen Wert nicht um eine Verschenkungen im Sinne des Art. 75 Abs. 3 Satz 1 GO, ist hieraus nicht der Schluss zu ziehen, dass das Veräußerungsgeschäft statthaft ist, denn die Bestimmung ordnet an, dass Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden dürfen. Wie sich aus

Wortlaut und Gesetzessystematik des Art. 75 GO ergibt, sind der Regelungsgehalt des Art. 75 Abs. 3 Sätze 1 und 2 und des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO nicht deckungsgleich.

15 bb) Für diejenigen Zuwendungen gemeindlicher Vermögensgegenstände, die keine Verschenkungen im Sinne des Art. 75 Abs. 3 Satz 1 GO sind, hat sich die vorzunehmende Betrachtung des Einzelfalls an folgenden Maßstäben zu orientieren:

16 Für die Bewertung, welche Umstände eine Ausnahme im Sinne des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO begründen können, lässt sich ein Erst-Recht-Schluss aus Art. 75 Abs. 3 Sätze 1 und 2 GO dahin ziehen, dass ein zulässiger Sonderfall jedenfalls dann in Betracht kommt, wenn die Veräußerung in Erfüllung von Gemeindeaufgaben oder herkömmlichen Anstandspflichten erfolgt. Eine Ausnahme von der Regel ist somit statthaft, wenn die Voraussetzungen für eine unentgeltliche Veräußerung nach Art. 75 Abs. 3 Satz 2 GO vorliegen (vgl. Widtmann/Grasser/Glaser/Heß, Bayerische Gemeindeordnung, Stand: Februar 2021, Art. 75 Rdnr. 4). Auch nach der Rechtsprechung des BayVerfGH, die zu einem sog. Einheimischenmodell zur Förderung des örtlichen Gewerbes ergangen ist, sind Veräußerungen unter Wert ausnahmsweise zulässig, wenn und soweit sie zur Erfüllung kommunaler Aufgaben dienen (vgl. BayVerfGH, Entscheidung vom 23.01.2007, Vf. 42-VI-06, juris Rdnr. 27).

17 Andererseits ist zu berücksichtigen, dass auch bei Unterwertveräußerungen zu einem Kaufpreis, der erheblich vom vollen Wert abweicht (ohne dass wegen eines groben Missverhältnisses zwischen Verkehrswert und Entgelt eine Verschenkungen im Sinne des Art. 75 Abs. 3 Satz 1 GO vorläge), im Staats- und Verwaltungsrecht der sich aus dem Verfassungsrecht ergebende Grundsatz zu beachten ist, dass der Staat kein Recht zu „Geschenken“ hat (BGHZ 47, 30, 39 f., juris Rdnr. 61 m. w. N.; BayObLGZ 2001, 54 a. a. O.; BayObLGZ 1995, 225, 226, juris Rdnr. 13). Die Veräußerung eines Vermögensgegenstandes durch eine Gemeinde zu einem erheblich unter dem Verkehrswert liegenden Preis bedeutet eine teilweise unentgeltliche Zuwendung (vgl. BGH, Urteil vom 30.01.1967, III ZR 35/65, BGHZ 47, 30, 39, juris Rdnr. 61; BayObLGZ 2001, 54, 59, juris Rdnr. 27). Zu Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO haben der BGH und das BayObLG in diesem Zusammenhang bereits entschieden, dass „viele dafür spreche“, das Verbot, Vermögensgegenstände unter ihrem Wert zu veräußern, zumindest insoweit als Verbotsgesetz im Sinne des § 134 BGB anzusehen, als es sich auf unentgeltliche Zuwendungen an Private beziehe, die unter keinerlei Gesichtspunkten als durch die Verfolgung legitimer öffentlicher Aufgaben im Rahmen einer an den Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit orientierten Verwaltung gerechtfertigt erachtet werden könnten (BGHZ 47, 30, 40, juris Rdnr. 61; BayObLGZ 2001, 54 a. a. O.). Liegt ein solcher Fall vor, scheidet die Annahme eines zulässigen Sonderfalls aus. Vielmehr muss in einem solchen Fall das Verbot, Vermögensgegenstände unter ihrem Wert zu veräußern, die privatrechtliche Unwirksamkeit der Vereinbarung zur Folge haben (vgl. BayObLGZ 2001, 54 a. a. O.; BayObLGZ 1995, 225, 227, juris Rdnr. 15). Auch eine gegen das Veräußerungsverbot verstoßende Verfügung der Gemeinde ist nach § 134 BGB

nichtig (BGH, Urteil vom 12.07.2013, V ZR 122/12, NJW 2013, 3779 Rdnr. 15; offenlassend: OLG München, Beschluss vom 09.10.2017, 34 Wx 221/17, juris Rdnr. 11 und 12 m. w. N.), es sei denn, es liegen Umstände vor, aus denen sich lediglich eine Teilnichtigkeit ergibt (BayObLGZ 2001, 54 a. a. O.).

18 Ob in einer Konstellation, die nicht einem dieser beiden sich gegenüberstehenden Grenzbereiche unterfällt, Nichtigkeit gemäß § 134 BGB anzunehmen ist, ist eine Frage der Bewertung der gesamten Umstände des jeweiligen Einzelfalles. Jedenfalls kann über die in Art. 75 Abs. 3 Satz 2 GO genannten Fälle hinaus auch sonst eine Veräußerung gegen ein unterwertiges Entgelt statthaft sein, zum Beispiel dann, wenn ein Vermögensgegenstand, den eine Gemeinde nicht mehr braucht, unverhältnismäßig hohe Aufbewahrungskosten verursacht, sich aber nur gegen ein unterwertiges Entgelt veräußern lässt (Widmann/Grasser/Glaser/Heß, Bayerische Gemeindeordnung, a. a. O.). In der Kommentarliteratur wird außerdem eine Ausnahme für denkbar gehalten, wenn absehbar ist, dass der Vermögensgegenstand in Zukunft nur noch wenig genutzt werden wird, er aber hohe Wartungs- und Instandhaltungskosten verursacht (BeckOK-Kommunalrecht Bayern/Sedlmaier, Stand: 01.08.2022, Art. 75 GO Rdnr. 7.2 und 14).

19 2. Im Rahmen der Fortbildung des Rechts ist auch nicht darüber zu entscheiden, ob – entsprechend der von Mayer in BayVBl 1994, 65 ff. vertretenen Auffassung – ein Verstoß gegen das Verbot der Unterwertveräußerung des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO nur dann vorliegt, wenn die Veräußerung selbst zu einer Gefährdung der Selbstverwaltung der Gemeinde führt, wie die Nichtzulassungsbeschwerde geltend macht. Das BayObLG hat sich in seinem Urteil vom 05.03.2001 (BayObLGZ 2001, 54, 59 f., juris Rdnr. 28) bereits mit der von Mayer im Hinblick auf den Wegfall der Genehmigungspflicht für die Veräußerung von gemeindlichen Vermögensgegenständen unter ihrem Wert durch Gesetz vom 10.08.1990 (GVBl., S. 268) vertretenen Auffassung, dass es sich um ein rein kommunalrechtliches Verbot handele, dessen Nichtbeachtung nicht zu einer zivilrechtlichen Nichtigkeit führe, befasst und diese Rechtsmeinung nicht geteilt. Der amtlichen Begründung dieses Gesetzes (LT-Drucks. 11/15729) ist als Motiv des Gesetzgebers für den Wegfall der Genehmigungspflicht zu entnehmen, dass diese als nicht mehr zeitgemäß angesehen wurde; die bayerischen Kommunen seien aufgrund ihrer personellen Ausstattung und ihrer Erfahrung in der Lage, die einschlägigen Fragen im Rahmen ihrer Selbstverwaltung in eigener Regie zu beurteilen. Der Wegfall des früher in Art. 75 Abs. 5 und 6 GO festgelegten Genehmigungsvorbehalts stellt sich somit als Teilaspekt einer kommunalen Funktionalreform dar. Eine Änderung der materiellen Rechtslage ist hierdurch nicht eingetreten (vgl. Ziffer 1 der Bekanntmachung des Bayerischen Staatsministeriums des Innern vom 15.05.1992, AII MBl. 1992, S. 535).

20 II. Allerdings rügt die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht eine entscheidungserhebliche Verletzung des Art. 103 Abs. 1 GG.

21 1. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt, der Einwand des

Beklagten in der Gegenerklärung vom 09.02.2021, Art. 75 GO sei ausnahmsweise nicht anwendbar, greife nicht durch. Nach Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO dürften Vermögensgegenstände in der Regel nur zu ihrem vollen Wert veräußert werden. Der Gesetzgeber bringe mit der Formulierung „in der Regel“ zwar zum Ausdruck, dass es Ausnahmen geben könne, bei denen ein Verkauf unter dem vollen Wert möglich sei. Eine solche Ausnahme sei jedoch entgegen der Ansicht des Beklagten nicht schon dann gegeben, wenn sich die Gemeinde in der Vergangenheit vergeblich um eine Veräußerung bemüht habe. Die eingeschränkte Veräußerlichkeit sei vielmehr bei der Bestimmung des Verkehrswerts und damit bei der Feststellung eines Unterwertverkaufs zu berücksichtigen. Der gerichtliche Sachverständige sei in seiner zusammenfassenden Beurteilung auf S. 18 des Gutachtens davon ausgegangen, dass das Grundstück aufgrund des Kostenrisikos für den Abbruch und die Neuerstellung eines zeitgemäßen Gebäudekörpers samt Genehmigung und der dafür notwendigen sachlichen Kompetenz nur eine verhältnismäßig kleine Käuferschicht anspreche. Damit habe die Schwierigkeit eines Verkaufs aufgrund der begrenzten Anzahl an Kaufinteressenten in dem Gutachten Berücksichtigung gefunden.

22 2. Die Nichtzulassungsbeschwerde macht zu Recht geltend, dass das Berufungsgericht damit das Vorbringen des Beklagten zu den Beweggründen des Grundstücksverkaufs im Kern missachtet hat.

23 a) Das Berufungsgericht hat den Vortrag des Beklagten zum möglichen Vorliegen einer Ausnahme von der Regel des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO allenfalls unzureichend zur Kenntnis genommen und zumindest nicht berücksichtigt.

24 aa) Eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör kann festgestellt werden, wenn sich aus den besonderen Umständen des einzelnen Falles deutlich ergibt, dass das Gericht Vorbringen entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei seiner Entscheidung nicht in Erwägung gezogen hat. Davon ist unter anderem dann auszugehen, wenn das Gericht auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvortrags eines Beteiligten zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, nicht eingegangen ist, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder aber offensichtlich unsubstantiiert gewesen ist (BGH in st. Rspr.; vgl. Beschluss vom 11.05.2021, VI ZR 1206/20, VersR 2022, 267, juris Rdnr. 13; Beschluss vom 09.01.2018, VI ZR 106/17, VersR 2018, 1147, juris Rdnr. 11 m. w. N.). Von der Verletzung der Pflicht, Vorbringen einer Partei, soweit es eine zentrale Frage des Verfahrens betrifft, in den Gründen zu bescheiden, ist auszugehen, wenn die Begründung der Entscheidung nur den Schluss zulässt, dass sie auf einer allenfalls den äußeren Wortlaut, aber nicht den Sinn des Vortrags der Partei erfassenden Wahrnehmung beruht (BGH, Beschluss vom 13.04.2021, VI ZR 493/19, NJW 2021, 1886 Rdnr. 8).

25 bb) So liegt es im Streitfall.

26 (1) Das Berufungsgericht hat zwar den Rechtsstandpunkt vertreten, dass es Ausnahmen vom Verbot des Unterwertverkaufs geben könne. Eine Ausnahme vom Verbot des

Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO („in der Regel“) sei aber „nicht schon dann“ gegeben, wenn sich die Gemeinde in der Vergangenheit vergeblich um eine Veräußerung bemüht habe, da die eingeschränkte Veräußerlichkeit (bereits) bei der Bestimmung des Verkehrswerts und damit bei der Feststellung des Unterwertverkaufs zu berücksichtigen sei.

27 (2) Dabei übergeht das Berufungsgericht – wie die Beschwerde zu Recht rügt – die Erläuterungen des Beklagten zu den Beweggründen der Gemeinde für den Unterwertverkauf in seiner – vom Berufungsgericht im Beschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO angeführten – Stellungnahme vom 09.02.2021 auf den Hinweisbeschluss des Berufungsgerichts. Der Beklagte hat in dem Schriftsatz vorgetragen, Grund für die Veräußerung an ihn, den Beklagten, sei gewesen, dass die Klägerin durch diese Veräußerung nicht mehr die Verkehrssicherungspflichten für das Gebäude getroffen hätte. Zum Beleg für seine Behauptung hat der Beklagte (nochmals) auf das dem notariellen Kaufvertrag beigeheftete Protokoll der Gemeinderatssitzung vom 27.01.2014 Bezug genommen, das Teil der von der Klägerin (...) vorgelegten und vom LG in Bezug genommenen Urkunde Urk. Rolle Nr. (...) / 2013 des beurkundenden Notars ist. Die Nichtzulassungsbeschwerde führt zu Recht aus, aus der Urkunde gehe hervor, dass in der Erörterung vor Erteilung der Genehmigung des Kaufvertrags die mit dem im Ortskern liegenden Gebäude verbundene Einsturzgefahr und der Umstand zur Sprache gekommen seien, dass bei einem Verkauf die Verkehrssicherungspflicht auf den Käufer übergehe. Ein Gemeinderatsmitglied habe erwähnt, dass bei einem Verkauf „die Ruine weg“ sei. Die Nichtzulassungsbeschwerde weist außerdem zutreffend darauf hin, dass der Beklagte bereits in der ersten Instanz mit Schriftsatz vom 23.03.2018 unter Berufung auf die Niederschrift der Sitzung des Gemeinderats geltend gemacht hat, das Grundstück sei mit einem einsturzgefährdeten Bauwerk bebaut, das ein Sicherheits- sowie Kostenrisiko für den jeweiligen Eigentümer darstelle. Die Gemeinde sei unter anderem bestrebt gewesen, sich der Verkehrssicherungspflicht zu entledigen.

28 Indem das Berufungsgericht auf die vom Beklagten genannten Gründe, warum das Grundstück von der Klägerin unter Wert veräußert bzw. der Kaufpreis von der Gemeinde als marktgerecht bewertet worden sei, nicht eingeht, sondern vielmehr das Vorbringen des Beklagten dahin gehend verengt („Eine Ausnahme ist [...] entgegen der Behauptung des Beklagten nicht schon dann gegeben [...]“), es sei lediglich vorgebracht worden, dass sich die Gemeinde in der Vergangenheit vergeblich um eine Veräußerung des Grundstücks bemüht habe, wobei dies vom Sachverständigen berücksichtigt worden sei, zeigt es deutlich, dass es den Kern des Vorbringens des Beklagten entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei seiner Entscheidung nicht in Erwägung gezogen hat.

29 (3) Zwar hat das Berufungsgericht im Hinweisbeschluss im Rahmen der Ausführungen, dass der Beklagte mit Rügen zur Fehlerhaftigkeit des Gutachtens nicht mehr gehört werden könne, da er trotz Fristsetzung des LG keine Einwände gegen das Gutachten vorgetragen habe, erwähnt, dass der

Sachverständige in seinem Verkehrswertgutachten die „Abbruchreife“ des Bestandsgebäudes und wegen der Höhe der zu erwartenden Abbruchkosten das vom Beklagten vorgelegte Angebot zugrunde gelegt habe. Damit hat es aber den Kern des Vorbringens des Beklagten, der unter Berufung auf die Niederschrift der Gemeinderatssitzung ins Feld geführt hat, dass das einsturzgefährdete Gebäude ein Sicherheitsrisiko für den jeweiligen Eigentümer dargestellt habe, die Klägerin sich der sie treffenden Verkehrssicherungspflichten habe entledigen wollen, sie bereits seit Jahren massive Schwierigkeiten gehabt habe, das Grundstück zum Verkehrswert zu veräußern, und dies den Grund für die Veräußerung an ihn, den Beklagten, zum Kaufpreis von 45.000 € dargestellt habe, ersichtlich in den Gründen nicht beschieden, woraus sich deutlich ergibt, dass das Gericht dieses zentrale Vorbringen entweder überhaupt nicht zur Kenntnis genommen oder bei seiner Entscheidung nicht in Erwägung gezogen hat. Mit der vom Beklagten zur Untermauerung seines Vorbringens in Bezug genommenen, dem notariellen Kaufvertrag beigehefteten Niederschrift der Gemeinderatssitzung haben sich weder das LG noch das Berufungsgericht befassen. Auf die Einsturzgefahr des Gebäudes, das ausweislich des vom Berufungsgericht wie auch vom LG in Bezug genommenen Verkehrswertgutachtens nicht mehr die statischen Vorschriften erfüllt und unmittelbar an den Gehweg einer Bundesstraße angrenzt, geht das Berufungsgericht ebenso wenig ein wie auf die notwendigen laufenden Maßnahmen zur Erfüllung einer Verkehrssicherungspflicht. Feststellungen hierzu und zum dadurch möglicherweise begründeten Interesse der Gemeinde an der Überwälzung der Verkehrssicherungspflicht sind vom LG nicht getroffen worden.

30 (4) Den Ausführungen des Berufungsgerichts ist mithin nicht zu entnehmen, dass eine ausdrückliche Auseinandersetzung mit den vom Beklagten angeführten Umständen des Verkaufs des Grundstücks zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Kaufpreis stattgefunden hat, obwohl das Berufungsgericht selbst davon ausgeht, es könne Ausnahmen geben, in denen das Verbot nicht eingreife. Dies gilt insbesondere im Hinblick auf das Vorbringen des Beklagten, die Klägerin habe die Verkehrssicherungspflicht für das einsturzgefährdete Gebäude getroffen, sie habe sich dieser entledigen wollen und durch den Verkauf sei sie auf den Beklagten übergegangen.

31 b) Der wesentliche Kern des Tatsachenvortrags des Beklagten war nach dem Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts, das (zutreffend) der Auffassung war, dass es Ausnahmen von dem Verbot des Art. 75 Abs. 1 Satz GO geben könne, nicht unerheblich.

32 aa) Hier hat die Klägerin das Grundstück an den Beklagten zwar unter dem vollen Wert im Sinne des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO veräußert.

33 bb) Das Berufungsgericht hat allerdings nicht festgestellt, dass eine unentgeltliche Veräußerung im Sinne des Art. 75 Abs. 3 Satz 1 GO vorliegt.

34 Wie oben bereits ausgeführt, ist eine Verschenkung im Sinne des Art. 75 Abs. 3 Satz 1 GO zwar nicht nur dann ge-

geben, wenn unentgeltlich geleistet wird, sondern auch dann, wenn das Entgelt grob unangemessen ist (BayVGH, Urteil vom 17.11.1994, 6 B 93.512, BeckRS 1994, 122233 Rdnr. 18; vgl. BGH, NJW 2013, 3779 Rdnr. 14; vgl. Beschluss vom 02.07.1968, V BLw 10/68, NJW 1968, 2056 zu § 9 Abs. 1 Nr. 3 GrdstVG). Hier weicht das Entgelt i. H. v. 45.000 € vom Verkehrswert i. H. v. 80.000 € zwar nicht unerheblich ab, nämlich um etwa 44 %, liegt jedoch nicht so weit unter dem Verkehrswert, dass die Veräußerung einer Verschwendung im Sinne des Art. 75 Abs. 3 Satz 1 GO gleichkäme. Ein grobes Missverhältnis zwischen Kaufpreis und dem vollen Wert ist nicht gegeben. Im Hinblick auf den Einwand des Beklagten, das Verfügungsgeschäft sei nicht richtig, kommt es daher nicht zwingend darauf an, ob der Ausnahmetatbestand des Art. 75 Abs. 3 Satz 2 GO eingreift, das Veräußerungsgeschäft also in Erfüllung gemeindlicher Aufgaben erfolgte. Jedenfalls fehlen landgerichtliche Feststellungen hierzu, sodass das Berufungsgericht eigene Feststellungen hätte treffen müssen (vgl. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

35 cc) Da das LG auch zu dem streitigen Punkt, ob eine Ausnahme im Sinne des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO gegeben ist, keine Feststellungen getroffen hat, hätte das Berufungsgericht – auch unter Berücksichtigung des Regel-Ausnahmeverhältnisses gemäß Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO – aufgrund eines im Berufungsverfahren festgestellten Sachverhalts beurteilen müssen, ob eine Konstellation vorliegt, in der eine Ausnahme von der Regel des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO anzunehmen ist (vgl. § 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO). Bei der Prüfung hätte es sich auch damit befassen müssen, dass die Klägerin mit der Weggabe des Grundstücks von schon seit Jahren mit Vermögensleistungen verbundenen gemeindlichen Aufgaben (Art. 6 bis 8, 57 und 58 GO sowie Art. 83 BV) entlastet (befreit) worden sein könnte (vgl. BeckOK-Kommunalrecht Bayern/*Sedlmaier*, Art. 75 GO Rdnr. 7.2 und 14). Das mit einem einsturzgefährdeten Gebäude – vom Sachverständigen als Ruine bezeichnet – bebaute Grundstück liegt zudem im Ortskern; die Erhaltung des Ortsbilds im Ortskern, die in der Gemeinderatssitzung zur Genehmigung des Kaufvertrags ebenfalls zur Sprache gekommen ist, stellt eine kommunale Aufgabe der Klägerin dar.

36 dd) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts hat nicht bereits der Sachverständige die „Probleme der Gemeinde bei der Veräußerung des Grundstücks in der Vergangenheit“ dadurch berücksichtigt, dass bei der Ermittlung des Verkehrswerts „von einem sehr kleinen Käuferkreis“ ausgegangen wurde. Hinsichtlich der Behauptung des Beklagten, entscheidendes Motiv für die Veräußerung an ihn zu dem vereinbarten Preis sei der Übergang der „lästigen“ Verkehrssicherungspflicht für das einsturzgefährdete Gebäude bei eingeschränkter Veräußerbarkeit der Immobilie gewesen, steht keine unzulässige Doppelwertung zum einen durch Berücksichtigung im Sachverständigengutachten und zum anderen zur Rechtfertigung eines Unterwertverkaufs als Ausnahme im Sinne des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO im Raum.

37 (1) Wie die Beschwerde zutreffend ausführt, hat der Sachverständige den objektiven Verkehrswert des Grundstücks unter Berücksichtigung des Umstands, dass sich das Ge-

bäude „in einem sehr schlechten, abbruchreifen Zustand“ (...) befinde, zum maßgeblichen Stichtag 20.12.2013 auf der Grundlage des Sachwerts des Grundstücks unter Abzug der üblichen Abbruchkosten („Freilegungskosten“) errechnet und bei der Ermittlung auf den Bodenrichtwert zurückgegriffen. Mit der Begründung, dass sich der Bodenrichtwert im Bereich der Lage des Grundstücks auf uneinheitlich erzielte Kaufpreise im Umfeld des Grundstücks erstrecke und die Kaufpreise selbst teilweise leicht unter bzw. leicht über dem Bodenrichtwert lägen, hat der Sachverständige in der Erkenntnis, dass keine deutliche Preissteigerung für Objekte im Umfeld des Grundstücks im Verhältnis zum Bodenrichtwert festzustellen sei, eine Anpassung des Bodenrichtwerts im Hinblick auf die allgemeine Entwicklung am Grundstücksmarkt nicht vorgenommen. Zum Bodenrichtwert hinzugerechnet hat der Sachverständige jedoch die Erschließungsbeträge unter Berücksichtigung ortsüblicher Sätze. Hiervon ausgehend hat der Sachverständige als Bodenwert einen Betrag von 265.000 € ermittelt, den er unter Hinweis auf § 16 Abs. 3 und 4 der Verordnung über die Grundsätze für die Ermittlung der Verkehrswerte von Grundstücken (Immobilienwertermittlungsverordnung – ImmoWertV) in der Fassung vom 19.05.2010, gültig vom 01.07.2010 bis 31.12.2021 zutreffend um die Abbruchkosten i. H. v. 185.000 € gemindert hat.

38 (2) Mit der bloßen Berücksichtigung der Abbruchkosten ist in die Verkehrswertermittlung zutreffend nicht eingeflossen, dass das unmittelbar an einen Gehweg und eine Bundesstraße angrenzende Gebäude einsturzgefährdet ist, mit der Folge, dass zum Zeitpunkt des Verkaufs eine nicht unerhebliche Gefahr für Leib und Leben Dritter bestanden haben könnte und die Klägerin als Eigentümerin die Verkehrssicherungspflichten traf, solange sie sich des Grundstücks nicht durch Verkauf entledigen konnte, was nach der Behauptung des Beklagten ein maßgeblicher Beweggrund für die Veräußerung zu dem von ihm angebotenen Preis gewesen sein soll.

39 Auf die Verkehrswertermittlung durch den Sachverständigen hat auch der Umstand, dass die Klägerin bereits seit Jahren keinen Käufer gefunden habe, der das Grundstück zum Verkehrswert zu erwerben bereit war, keinen Einfluss gehabt. Abschläge vom Bodenrichtwert hat der Sachverständige insoweit zu Recht nicht vorgenommen.

40 (3) Soweit der Sachverständige in der „Zusammenfassenden Beurteilung“ im Hinblick auf seine vorstehenden Ausführungen (Teil 1: „Allgemeine Angaben“; Teil 2: „Beschreibung und Beurteilung der Lage“; Teil 3: „Beschreibung und Beurteilung des Grund und Bodens“; Teil 4: „Rechtliche Situation und tatsächliche Nutzung“; Teil 5: „Beschreibung und Beurteilung der baulichen und sonstigen Anlagen“; Teil 6: „Flächen- und Massenangaben“; Teil 7: „Grundstücksmarkt und wirtschaftliche Angaben“) vor der konkreten Wertermittlung den Umstand erwähnt hat, dass das Objekt aufgrund des Kostenrisikos für den Abbruch sowie der Neuerstellung eines zeitgemäßen Gebäudekörpers samt Genehmigung und der dafür notwendigen sachlichen Kompetenz nur eine verhältnismäßig kleine Käuferschicht anspreche, hat er bei der Ermittlung des Verkehrswerts

einen Wertabschlag gerade nicht vorgenommen. Hinzu kommt, dass der Sachverständige seine Annahme, das Objekt spreche nur eine verhältnismäßig kleine Käuferschicht an, in seinen unmittelbar vorangegangenen Ausführungen (...) damit begründet, dass nach gutachterlicher Einschätzung das Wertermittlungsobjekt im Allgemeinen Geschäftsverkehr nur für einen Projektentwickler in Frage komme, der nach Abbruch der abbruchreifen ehemaligen Gastwirtschaft eine für den Standort angemessene Nutzung entwickle. Es trifft somit nicht zu, dass der Sachverständige bei der Ermittlung des Verkehrswerts des Grundstücks wegen seiner Ausführungen zu einer „verhältnismäßig kleinen Käuferschicht“ die Schwierigkeiten eines Verkaufs in den letzten Jahren wegen Einsturzgefahr des Gebäudes und der Verkehrssicherungspflichten berücksichtigt habe.

41 ee) Die Berücksichtigung des wesentlichen Kerns des Beklagtenvorbringens war entgegen der Meinung der Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung auch nicht deswegen entbehrlich, weil der Beklagte beim LG keine Einwendungen gegen das Sachverständigengutachten erhoben hat und bis zur Gegenerklärung vom 09.02.2021 der Auffassung gewesen ist, der Kaufpreis habe dem Verkehrswert des Grundstücks entsprochen, allerdings sei dieser niedriger festzusetzen.

42 (1) Das Berufungsgericht hat in den Gründen seiner Entscheidung schon nicht ausdrücklich ausgeführt, dass es der Auffassung sei, der Beklagte sei mit seinem Vortrag zu den objektiven Umständen, die die Klägerin zum Verkauf motiviert und gleichzeitig die erfolgreiche Umsetzung der Verkaufsabsicht zum Verkehrswert erschwert haben sollen, präkludiert, weil gegen das Sachverständigengutachten trotz Ausschlussfrist keine Einwendungen vorgebracht worden seien.

43 (2) Überdies war das Berufungsgericht verpflichtet, das Vorbringen des Beklagten nicht nur nach dem äußeren Wortlaut, sondern nach dem Sinn des Vortrags zu erfassen und auf die zulässige Berufung seine Prüfungspflicht auf alle konkreten Anhaltspunkte für Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der Tatsachenfeststellungen zu erstrecken (vgl. BGH, Beschluss vom 28.04.2020, VI ZR 347/19, NJW-RR 2020, 822 Rdnr. 8 f.). Hieraus folgt, dass es hätte erkennen müssen, dass Vortrag des Beklagten selbst bei Vorliegen eines objektiven Unterwertverkaufs eine Ausnahme von der Regel des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO rechtfertigen könnte.

44 (3) Schließlich hat sich der Beklagte in der Gegenerklärung vom 09.02.2021 ausdrücklich auf das Vorliegen einer Ausnahme vom Verbot des Unterwertverkaufs berufen, worauf die Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung nicht eingeht.

45 c) Der wesentliche Kern des Tatsachenvortrags des Beklagten war auch nicht offensichtlich unsubstantiiert.

46 aa) Die Nichtzulassungsbeschwerdeerwiderung kann mit ihrem Vorbringen nicht durchdringen, das Berufungsgericht habe „stillschweigend“ auf die Ausführungen des LG zu Art. 75 Abs. 3 Satz 2 GO Bezug genommen, wonach es der Beklagte unterlassen habe, im Hinblick auf die von ihm

genannten „finanziellen und sicherheitsrelevanten Risiken“ konkrete und nachvollziehbare Ausführungen zu machen; dies habe der Beklagte in der Berufungsbegründung nicht gerügt.

47 (1) Das Berufungsgericht hat sich mit dem Kern des Vorbringens des Beklagten in den Gründen der Entscheidung nicht ausdrücklich auseinandergesetzt, sodass nicht davon ausgegangen werden kann, es habe angenommen, dass es bei den Darlegungen des LG zum Vorbringen des Beklagten zu verbleiben habe, oder (auch) es selbst halte den Vortrag für unsubstantiiert.

48 (2) Überdies war das erstinstanzliche Vorbringen des Beklagten vom Berufungsgericht zu berücksichtigen und auch ausreichend substantiiert.

49 (a) Ist die Berufung zulässig, so gelangt grundsätzlich der gesamte aus den Akten ersichtliche Prozessstoff erster Instanz ohne Weiteres in die Berufungsinstanz. Dementsprechend wird im ersten Rechtszug nicht zurückgewiesenes Vorbringen ohne Weiteres Prozessstoff der zweiten Instanz; eines erneuten Vorbringens bedarf es insoweit grundsätzlich nicht. Das Berufungsgericht muss alle konkreten Anhaltspunkte, die Zweifel an der Richtigkeit oder Vollständigkeit der Tatsachenfeststellungen begründen, berücksichtigen, die ihre Grundlage im erstinstanzlichen Vorbringen der Parteien haben, auch wenn das Übergehen dieses Vortrags von dem Berufungskläger nicht zum Gegenstand einer Berufungsrüge gemacht worden ist (BGH, NJW-RR 2020, 822 Rdnr. 8 m. w. N.).

(b) Der Beklagte hat erstinstanzlich unter Bezugnahme auf das Protokoll der Niederschrift der Gemeinderatssitzung substantiiert Umstände beschrieben, die als Grundlage für eine mögliche Ausnahme von der Regel des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO in Betracht kommen: Er hat vorgetragen, dass kein Unterwertverkauf vorliege, weil das Grundstück mit einem einsturzgefährdeten Bauwerk bebaut sei, das ein Sicherheits- sowie auch ein Kostenrisiko für den jeweiligen Eigentümer dargestellt habe, dass die Klägerin bestrebt gewesen sei, sich der Verkehrssicherungspflicht zu entledigen, dass sie massive Schwierigkeiten gehabt habe, einen Käufer zu finden und dass die Veräußerung sowohl dem Grunde als auch der Höhe nach gerechtfertigt sei, da sich keine anderen Käufer hätten finden lassen.

50 (c) Das weitere Argument des LG, sicherheitsrelevante Risiken lägen nicht vor, da das Gebäude auch nach Abschluss des Kaufvertrags weder abgerissen noch dessen Standsicherheit verändert worden sei, ist nicht nachvollziehbar und steht im Widerspruch dazu, dass sowohl das LG als auch das Berufungsgericht ihren Entscheidungen das Sachverständigengutachten zugrunde gelegt haben, in dem nicht nur von der Abbruchreife des Gebäudes ausgegangen, sondern auch beschrieben wird, dass es sich bei dem Gebäude um eine nicht mehr sanierungsfähige Ruine handele, es über alle Bauteile und Gewerke stark beschädigt sei, die vorhandenen Fehlböden stark beschädigt und teilweise einsturzgefährdet seien und das Gebäude nicht mehr die statischen und brandschutzrechtlichen Vorschriften erfülle.

51 d) Dem Grundsatz der (materiellen) Subsidiarität, welcher auch im Nichtzulassungsbeschwerde- und Revisionsverfahren gilt, ist genügt. Dieser besagt, dass ein Beteiligter über das Gebot der Erschöpfung des Rechtswegs im engeren Sinne hinaus alle nach Lage der Sache zur Verfügung stehenden prozessualen Möglichkeiten ergreifen muss, um eine Korrektur der geltend gemachten Grundrechtsverletzung zu erwirken oder eine solche zu verhindern (vgl. zum Beispiel BGH, Beschluss vom 10.05.2022, VI ZB 4/20, NJW-RR 2022, 998 Rdnr. 13 m. w. N.).

52 Der Beklagte hat in der Berufungsbegründung sowie in der Erwiderung auf die Anschlussberufung auf die speziell im Streitfall wegen Einsturzgefahr des Gebäudes bedeutsamen Verkehrssicherungspflichten sowie die Niederschrift der Gemeinderatssitzung zur Genehmigung des Kaufvertrags hingewiesen. Zwar hat der Beklagte bis zu diesem Zeitpunkt durchgehend vorgetragen, der gezahlte Kaufpreis habe dem Verkehrswert entsprochen – der unter anderem deswegen niedriger anzusetzen sei –; allerdings war das Berufungsgericht verpflichtet, auf die zulässige Berufung das Vorbringen des Beklagten unter jedem rechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen. Zudem hat der Beklagte in der Gegenerklärung vom 09.02.2021 unter Ergänzung seines Vorbringens seine Rügen wiederholt und geltend gemacht, dass auch im Falle eines (objektiven) Unterwertverkaufs die vergeblichen Bemühungen der Klägerin, sich ihrer Verkehrssicherungspflichten durch einen Verkauf zu entledigen, bei der Anwendung des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO nicht außer Ansatz bleiben dürften. Das Erstgericht habe die Bedeutung des Art. 75 Abs. 1 Satz 2 GO verkannt. Der Grundsatz der (materiellen) Subsidiarität ist damit gewahrt.

53 e) Die Gehörsverletzung ist aus den genannten Gründen entscheidungserheblich. Es ist nicht ausgeschlossen, dass sich das Berufungsgericht unter Berücksichtigung des übergangenen Vortrags davon überzeugt hätte, dass die Eigentumsübertragung nicht nichtig ist. Ob es die Berufung auch dann abgewiesen hätte, wenn es sich dem zentralen Parteivortrag nicht verschlossen hätte, kann ohne die dafür notwendigen tatsächlichen Feststellungen nicht beurteilt werden. Jedenfalls erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass das Verfügungsgeschäft wirksam ist (vgl. zur Entscheidungserheblichkeit: BGH, Beschluss vom 21.06.2022, VI ZR 1067/20, juris Rdnr. 13; Beschluss vom 18.05.2021, VI ZR 1106/20, NJW-RR 2021, 1072 Rdnr. 11; Beschluss vom 21.04.2021, VII ZR 81/20, juris Rdnr. 19; Beschluss vom 19.01.2021, VI ZR 433/19, NJW 2021, 921 Rdnr. 25).

54 III. Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

55 1. Im Hinblick auf den Vortrag des Beklagten, die Klägerin habe sich durch den Verkauf von den sie treffenden Verkehrssicherungspflichten befreien wollen, könnten die Grundsätze der sekundären Darlegungslast eingreifen, sodass Bestreiten mit Nichtwissen oder einfaches Bestreiten nicht genügt. Zudem dürfte eine Informationspflicht der Klägerin bestehen, sollte ihr gesetzlicher Vertreter die Kenntnis aus eigener Wahrnehmung nicht haben, wenn er

sich diese beschaffen kann (BGH, Urteil vom 15.11.1989, VIII ZR 46/89, BGHZ 109, 205).

56 2. Sollte es auf eine Beweisaufnahme ankommen, dürfte aufzuklären sein, ob das Vorbringen des Beklagten im Schriftsatz vom 09.02.2021, die Zeugen S, R und M hätten bestätigen können, dass die Klägerin seit Jahren darum bemüht gewesen sei, das Grundstück zu veräußern, und Grund für die Veräußerung an ihn sei gewesen, dass die Klägerin sich von den Verkehrssicherungspflichten für das Gebäude habe befreien wollen, dahin zu verstehen ist, dass auch diese Personen Beweis für den Vortrag zu den Beweggründen der Gemeinde beim Verkauf des Grundstücks erbringen sollen. Ergänzend wird auf das Beweisangebot (...) der Berufungsbegründung hingewiesen.

57 3. Die nunmehr durchzuführende Berufungsverhandlung gibt dem Berufungsgericht Gelegenheit, sich mit den weiteren von dem Beklagten in der Ergänzung der Begründung der Nichtzulassungsbeschwerde vorgetragenen Einwänden gegen die Annahme der Nichtigkeit der Eigentumsübertragung zu befassen.

Hinweis der Schriftleitung: Zu der Problematik von Unterwertveräußerungen sowie zum abgedruckten Beschluss des BayObLG nimmt **Michael Volmer**, Notar in Aschaffenburg, in seinem Aufsatz „Unterwertveräußerungen bayerischer Kommunen“ in diesem Heft eingehend Stellung.

STEUERRECHT

23. Trennungunterhalt durch Naturalleistungen

BFH, Urteil vom 29.06.2022, X R 33/20 (Vorinstanz: FG Niedersachsen, Urteil vom 11.06.2020, 1 K 99/19)

AO § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2
BewG § 15 Abs. 2
BGB § 1361
EStG § 10 Abs. 1a Nr. 1
FGO § 118 Abs. 2

LEITSÄTZE:

- 1. Die auf einem entgeltlichen Rechtsverhältnis beruhende Überlassung einer Wohnung an den geschiedenen oder dauerhaft getrennt lebenden Ehegatten unterfällt nicht dem Anwendungsbereich des § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG.**
- 2. Dagegen handelt es sich bei einer unentgeltlichen Nutzungsüberlassung um Naturalunterhalt, der in sinngemäßer Anwendung von § 15 Abs. 2 BewG in Höhe der ortsüblichen Miete als Sonderausgaben gemäß § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG berücksichtigt werden kann (Anschluss an BFH, Urteil vom 12.04.2000, XI R127/96, BFHE 192, 75 = BStBl. II 2002, S. 130 unter II. 1.).**
- 3. Die ortsübliche Miete ist auch dann anzusetzen, wenn die Parteien unterhaltsrechtlich einen betragsmäßig geringeren Wohnvorteil vereinbart haben.**

SACHVERHALT:

1 I. Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) und die Beigeladene waren im Streitjahr 2015 noch miteinander verheiratet, lebten aber dauernd voneinander getrennt. Die Beigeladene und die beiden gemeinsamen minderjährigen Kinder bewohnten noch bis Dezember 2015 die bisherige Familienwohnung, deren Eigentümer der Kläger und die Beigeladene je zur ideellen Hälfte waren.

2 Der Kläger und die Beigeladene schlossen im November 2015 eine notarielle Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung, in der sich der Kläger u. a. dazu verpflichtete, der Beigeladenen für die Zeit ab August 2015 bis zur Rechtskraft des Scheidungsurteils Trennungsunterhalt von monatlich 200 € als Elementar- und Versorgungsunterhalt zu zahlen. Der Kläger und die Beigeladene erzielten hierbei Einigkeit, dass der Trennungsunterhalt monatlich 600 € betrug, allerdings ein mit 400 € zu bewertender Wohnvorteil für die Überlassung des Miteigentumsanteils an der zuvor gemeinsam genutzten Familienwohnung in Abzug zu bringen war. Die Beigeladene verpflichtete sich, für den Kläger die Anlage U zur Einkommensteuererklärung zu unterzeichnen. Im Gegenzug verpflichtete sich der Kläger, die Beigeladene von „allen hieraus erwachsenden steuerlichen Nachteilen“ freizuhalten.

3 Der Kläger machte für das Streitjahr zunächst Unterhaltsleistungen an die Beigeladene von 9.450 € als Sonderausgaben geltend. In der von der Beigeladenen unterschriebenen Anlage U stimmte sie einem Abzug der Leistungen nur i. H. v. 7.050 € zu; hiervon entfielen 2.250 € auf Geld- und 4.800 € auf Sachleistungen. In dieser Höhe berücksichtigte der Beklagte und Revisionsbeklagte (FA) für den Kläger Sonderausgaben gemäß § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG. Der Einkommensteuerbescheid wurde ebenso bestandskräftig wie ein nachfolgender Änderungsbescheid.

4 Im Juli 2018 beantragte der Kläger die Änderung der Einkommensteuerfestsetzung und begehrte, Unterhaltsleistungen von 12.066 € in Abzug zu bringen. Für die Nutzungsüberlassung der ehemaligen Familienwohnung sei nicht der in der Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung zugrunde gelegte Betrag von 400 €, sondern der tatsächliche Mietwert seines Miteigentumsanteils, der mit monatlich 818,07 € anzusetzen sei, zu berücksichtigen. Dem Antrag beigefügt war eine familiengerichtliche Vereinbarung zwischen dem Kläger und der Beigeladenen aus Mai 2018, in der die Beigeladene u. a. für das Streitjahr unter Hinweis auf eine Entscheidung des BGH vom 29.04.1998, XII ZR 266/96, HFR 1999, 53) dem Realsplitting zugestimmt hatte. Der Kläger hatte sich verpflichtet, der Beigeladenen alle aus deren Zustimmung entstehenden – weiteren – steuerlichen Nachteile für das Streitjahr 2015 zu ersetzen.

5 Das FA lehnte die Änderung ab. Das hiergegen gerichtete Einspruchs- und Klageverfahren blieb jeweils erfolglos. Das FG ging zwar davon aus, dass die formellen Voraussetzungen für eine Änderung der Steuerfestsetzung nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO gegeben seien, da der Abschluss der familiengerichtlichen Vereinbarung als rückwirkendes Ereignis anzusehen sei. Die Beigeladene habe dem Realsplitting in weiterem Umfang als zuvor zugestimmt. In der Sache komme allerdings kein höherer als der bislang berücksichtigte Abzug für Unterhaltsleistungen in Betracht. Der Kläger und die Beigeladene hätten eine mietsvertragsähnliche Vereinbarung über die Nutzungsüberlassung der Familienwohnung geschlossen und hierfür ein monatliches Entgelt von 400 € festgelegt. Dieser Betrag sei auch steuerrechtlich maßgeblich. Unabhängig hiervon habe der Kläger die Immobilie nicht nur der Beigeladenen, sondern zugleich den beiden gemeinsamen Kindern überlassen, sodass selbst bei einer Anerkennung des vom Kläger ermittelten Mietwerts nur der auf die Beigeladene entfallende Drittelanteil relevant sei; dieser liege unter 400 €.

6 Mit seiner Revision vertritt der Kläger die Rechtsansicht, die Überlassung des auf ihn entfallenden Miteigentumsanteils an der ehemaligen Familienwohnung, die als Gewährung von Naturalunterhalt zu werten und nicht Gegenstand eines entgeltlichen Rechts-

verhältnisses gewesen sei, müsse mit dem ortsüblichen Mietwert bewertet werden.

7 Der Kläger beantragt sinngemäß,

das angefochtene Urteil aufzuheben und das FA zu verpflichten, die Einkommensteuerfestsetzung für das Jahr 2015 dahin gehend zu ändern, dass die als Sonderausgaben abzugsfähigen Unterhaltsleistungen i. H. v. 12.067 € berücksichtigt werden.

8 Das FA beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

9 Das FA geht – im Einklang mit der Ansicht des FG – davon aus, der Nutzungsüberlassung habe ein entgeltliches Rechtsverhältnis zugrunde gelegen. Daher verbiete es sich, eine von der tatsächlich vereinbarten Miete abweichende ortsübliche Miete in Abzug zu bringen. Unabhängig hiervon sei zu berücksichtigen, dass nicht nur der Beigeladenen, sondern ebenso den beiden Kindern die Immobilie überlassen worden sei.

10 Die Beigeladene, die keinen eigenen Antrag gestellt hat, ist der Auffassung, die vom Kläger begehrte Änderung sei bereits aus verfahrensrechtlichen Gründen ausgeschlossen. Es fehle an einem rückwirkenden Ereignis i. S. v. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO, da die Beigeladene schon im Jahr 2015 dem Realsplitting zugestimmt habe; die bloße Wiederholung im Jahr 2018 habe keine eigenständige Bedeutung. Ferner habe der Kläger die Immobilie nicht unentgeltlich überlassen. Er habe lediglich den geschuldeten Barunterhalt von monatlich 600 € in Abkürzung des Zahlungsweges in Höhe des für den Sachunterhalt vereinbarten Werts von 400 € getilgt.

AUS DEN GRÜNDEN:

11 II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO).

12 Das FG hat rechtsfehlerhaft entschieden, dass höhere als die bislang berücksichtigten Sonderausgaben für Unterhaltsleistungen bereits deshalb nicht abziehbar seien, da die Nutzungsüberlassung des Miteigentumsanteils des Klägers an der ehemals ehelichen Wohnung an die Beigeladene auf einer mietvertragsähnlichen Vereinbarung beruht habe und keine unentgeltliche Naturalunterhaltsleistung gewesen sei (dazu unten 1.). Auch die weitere vom FG für die Klageabweisung angeführte Begründung hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand (unten 2.). Die vorinstanzliche Entscheidung erweist sich zudem nicht aus anderen Gründen als im Ergebnis richtig und ist daher aufzuheben (unten 3.). Die nicht spruchreife Sache wird an das FG zurückverwiesen (unten 4.).

13 1. Die vom Kläger begehrte Änderung des Einkommensteuerbescheids kann nicht mit der von der Vorinstanz als die Entscheidung tragend angeführten Begründung abgelehnt werden, die Nutzungsüberlassung des Miteigentumsanteils an der ehemaligen Familienwohnung sei keine unentgeltliche Naturalunterhaltsleistung, sondern beruhe auf einer entgeltlichen mietvertragsähnlichen Vereinbarung. Diese außerhalb des sachlichen Anwendungsbereichs des § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG (dazu unten a)) liegende Würdigung des Inhalts der Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung ist rechtsfehlerhaft und bindet den Senat nicht (unten b)).

14 a) Nach § 10 Abs. 1a Nr. 1 Satz 1 EStG zählen zu den Sonderausgaben die Aufwendungen für Unterhaltsleistungen

an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden unbeschränkt einkommensteuerpflichtigen Ehegatten, wenn der Geber dies mit Zustimmung des Empfängers beantragt, und zwar bis zu 13.805 € im Kalenderjahr. Der Empfänger hat jene Leistungen als sonstige Einkünfte gemäß § 22 Nr. 1a EStG zu versteuern (sog. begrenztes Realsplitting).

15 aa) Das für den Abzug von Sonderausgaben bestehende Erfordernis des Vorliegens von „Aufwendungen“ setzt voraus, dass dem Steuerpflichtigen Ausgaben in Geld oder Geldeswert entstanden und bei ihm abgeflossen sind. Entgangene Einnahmen sind grundsätzlich keine Aufwendungen. Das zentrale Merkmal der „Unterhaltsleistungen“ in § 10 Abs. 1a Nr. 1 Satz 1 EStG entspricht dem in § 33a Abs. 1 Satz 1 EStG verwendeten Begriff „Aufwendungen für den Unterhalt“, wobei die Aufwendungen für Zwecke des Unterhalts gemacht worden sein müssen. Danach sind Unterhaltsleistungen die typischen Aufwendungen zur Bestreitung der Lebensführung, zum Beispiel für Ernährung, Kleidung oder Wohnung. Der Unterhalt kann in Geld oder geldwerten Sachleistungen erbracht werden (vgl. zum Ganzen BFH, Urteil vom 12.04.2000, XI R127/96, BFHE 192, 75 = BStBl. II 2002, S. 130 unter II. 1. m. w. N.; ebenso statt vieler Kirchhof/Seer/Bleschick, EStG, 21. Aufl., § 10 Rdnr. 9).

16 bb) Der BFH hat bereits entschieden, dass die unentgeltliche Überlassung einer Wohnung eine Naturalunterhaltsleistung darstellt, die für Zwecke des Sonderausgabenabzugs nach § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG in sinngemäßer Anwendung von § 15 Abs. 2 BewG mit den üblichen Mittelpreisen des Verbrauchsorts anzusetzen ist (Urteil in BFHE 192, 75 = BStBl. II 2002, S. 130 unter II. 1.; allgemeine Auffassung im Schrifttum, vgl. Herrmann/Heuer/Raupach/Kulosa, EStG, KStG, § 10 EStG Rdnr. 227; Brandis/Heuermann/Vogel, Ertragsteuerrecht, § 10 EStG Rdnr. 61; BeckOK-EStG/Fissene-wert, Stand: 01.03.2022, § 10 Rdnr. 323; Littmann/Bitz/Pust/Hoheisel/Tippelhofer, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, § 10 Rdnr. 427; Bordewin/Brandt/Stöcker, § 10 EStG Rdnr. 435; Korn/Bauschatz, EStG, § 10 Rdnr. 230.2.5). Zur Begründung hat er angeführt, hierdurch werde der Anspruch des Unterhaltsberechtigten auf Barunterhalt vermindert, sodass die Wohnungsüberlassung einer geldwerten Sachleistung (Ausgabe) gleichzusetzen sei, die mit der Überlassung zur Nutzung abfließe. Die Wohnungsüberlassung unter gleichzeitiger Verminderung des Barunterhalts kürze den Zahlungsweg der Unterhaltsleistungen ab. Der Fall, dass der Unterhaltsberechtigte mit dem ihm gewährten – höheren – Barunterhalt selbst eine Wohnung mietet, könne im vorliegenden rechtlichen Kontext nicht anders behandelt werden als der Fall, in dem sich die Unterhaltsleistung aus – niedrigerem – Barunterhalt und unentgeltlicher Wohnungsüberlassung zusammensetze (BFH-Urteil in BFHE 192, 75 = BStBl. II 2002, S. 130 unter II. 1.).

17 cc) Wird die Wohnung auf Grundlage einer Unterhaltsvereinbarung zwischen geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten an den unterhaltsberechtigten Ehegatten überlassen, ist geklärt, dass der unterhaltsverpflichtete Ehegatte mangels eines Entgelts insoweit keine Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung erzielt (BFH, Urteil vom 17.03.1992, IX R264/87, BFHE 168, 78 = BStBl. II 1992,

S. 1009 unter 1.). Auf der anderen Seite hat der BFH entschieden, dass die entgeltliche – d. h. auf einem Mietvertrag beruhende – Überlassung einer Immobilie an den geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten keinen Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten darstellt und somit zu Einkünften aus Vermietung und Verpachtung führen kann, selbst wenn die Miete mit dem geschuldeten Barunterhalt verrechnet wird (Urteil vom 16.01.1996, IX R13/92, BFHE 179, 400 = BStBl. II 1996, S. 214). Hieraus folgt, dass der sachliche Anwendungsbereich des § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG insoweit nicht eröffnet ist, als die Nutzungsüberlassung Gegenstand eines entgeltlichen Rechtsverhältnisses ist.

18 b) Das FG hat die vom Kläger und der Beigeladenen getroffene Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung dahingehend gewürdigt, dass der Kläger dessen Miteigentumsanteil an der ehemaligen Familienwohnung „mietvertragsähnlich“ gegen ein monatliches Entgelt von 400 € überlassen und deshalb keine Naturalunterhaltsleistung vorgelegen habe. Diese zu den tatsächlichen Feststellungen i. S. v. § 118 Abs. 2 FGO zählende Vertragsauslegung (vgl. Senatsurteil vom 16.06.2021, X R29/19, BFH/NV 2022, 577 Rdnr. 25, m. w. N.) bindet den Senat nicht, da sie gegen die gesetzlichen Auslegungsregeln (§§ 133, 157 BGB) verstößt und daher rechtsfehlerhaft ist (hierzu u. a. Senatsurteil vom 19.08.2015, X R30/12, HFR 2016, 430 Rdnr. 38 m. w. N.).

19 aa) Das FG hat bereits den Wortlaut der Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung nicht ausreichend beachtet. Dessen Aussage, der Kläger und die Beigeladene hätten „ausdrücklich“ einen zugunsten der Beigeladenen zu erbringenden Barunterhalt von 600 €/Monat festgelegt, trifft nicht zu. Tz. 6 der Vereinbarung regelt vielmehr, dass der Trennungsunterhalt 600 € betrage, allerdings nur 200 € als Elementar- und Vorsorgeunterhalt auszuführen sei, solange die Beigeladene noch in der ehemals gemeinsam genutzten Familienwohnung lebe und somit ein Wohnvorteil zu verrechnen sei. Ebenso deutlich heißt es dort, dass der Trennungsunterhalt erst ab dem 01.01.2016, nach dem erwarteten Auszug der Beigeladenen – in voller Höhe ausgezahlt werde.

20 bb) Seine anderslautende Würdigung konnte das FG nicht damit begründen, dass der Kläger grundsätzlich zur Leistung von Barunterhalt in voller Höhe verpflichtet gewesen sei. Die vom FG hierfür benannten Normen des Unterhaltsrechts sind im Streitfall nicht einschlägig, da sie den Geschiedenenunterhalt (§§ 1569 ff., 1585 BGB) und nicht den vorliegend maßgeblichen Unterhaltsanspruch während des Getrenntlebens von Ehegatten (§ 1361 BGB) betreffen. Ferner ist trotz der Regelung in § 1361 Abs. 4 Satz 1 BGB, wonach der laufende Trennungsunterhalt durch Zahlung einer Geldrente zu gewähren ist, allgemein anerkannt, dass hiervon abweichend auch Naturalunterhaltsleistungen vereinbart werden können (vgl. BGH, Urteil vom 13.11.1996, XII ZR 125/95, NJW 1997, 731, unter 3. a); OLG Koblenz, Urteil vom 16.05.2018, 13 UF 99/18, FamRZ 2018, 1751; Münch-Komm-BGB/Weber-Monecke, 9. Aufl., § 1361 Rdnr. 77).

21 cc) Das FG hat zudem nicht erwogen, dass die Regelungen zum Trennungsunterhalt in der Trennungs- und

Scheidungsfolgenvereinbarung weder wörtlich noch sinngemäß irgendwelche Anhaltspunkte für eine dem Mietrecht zuzuordnende Nutzungsüberlassung enthalten. Vielmehr spricht die Vereinbarung von einem „Wohnvorteil“ und nicht von einer „Wohnraumvermietung“. Zudem verwendet der Vertragstext nicht die Begriffe „Miete“ oder „Entgelt“. Hätten der Kläger und die Beigeladene keine unentgeltliche – dem Unterhaltsrecht unterfallende – Nutzungsüberlassung, sondern eine mietvertragsähnliche Vereinbarung treffen wollen, wären weder der Inhalt der ursprünglich von der Beigeladenen unterzeichneten Anlage U zur Einkommensteuererklärung noch der nachfolgende Rechtsstreit vor dem Familiengericht über die Höhe des im Streitjahr geleisteten Trennungsunterhalts verständlich gewesen. Denn im Fall eines entgeltlichen Rechtsverhältnisses wäre der Wohn- bzw. Nutzungswert der Immobilie – unabhängig von dessen Höhe – nicht Gegenstand des begrenzten Realsplittings gewesen. Für den Kläger hätte insbesondere kein Anlass bestanden, die Beigeladene zur Zustimmung zu einem betragsmäßig höheren Realsplittung zu verklagen.

22 dd) Die weiteren vom FG für eine mietvertragsähnliche Vereinbarung angeführten Erwägungen liegen im Hinblick auf die Eindeutigkeit des Vertragstextes und der Gesamtumstände außerhalb einer rechtlich möglichen Würdigung. Insbesondere ist das von der Vorinstanz angeführte beiderseitige Interesse des Klägers und der Beigeladenen, die Immobilie bis zur Besitzübergabe an die Käufer weiter zu nutzen, kein geeignetes Argument, um von einem entgeltlichen Rechtsverhältnis auszugehen. Unzutreffend ist zudem die Wertung des FG, der zusätzlich zu zahlende Barunterhalt sei in Höhe des Entgelts für die Wohnungsnutzung reduziert worden. Nicht der Barunterhalt, sondern der mit 600 €/Monat veranschlagte gesamte Trennungsunterhalt wurde mit dem Wohnvorteil, den der Kläger und die Beigeladene unterhaltsrechtlich mit 400 € bewerteten, verrechnet. Soweit das FG anführt, die Vermietung einer Wohnung an den unterhaltsberechtigten Ehegatten sei nicht fremdunüblich, trifft dies zwar im Grundsatz zu (siehe auch BFH-Urteil in BFHE 179, 400 = BStBl. II 1996, S. 214); im Streitfall fehlt es aber an einer entsprechenden Vereinbarung.

23 ee) Aufgrund der nicht nach § 118 Abs. 2 FGO bindenden Auslegung der Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung und des Umstands, dass das FG alle für die Würdigung erforderlichen Tatsachen festgestellt hat und weitere tatsächliche Feststellungen nicht in Betracht kommen (vgl. Senatsurteil vom 12.06.2019, X R38/17, BFHE 265, 182 = BStBl. II 2019, S. 518 Rdnr 40, m. w. N.), ist der Senat berechtigt, die Vereinbarung selbst zu würdigen. Aus den bereits dargelegten Erwägungen bestehen keine Zweifel, dass die Nutzungsüberlassung des Miteigentumsanteils an der ehemaligen Familienwohnung unterhalts- und steuerrechtlich als Naturalunterhaltsleistung des Klägers anzusehen ist. Die im Revisionsverfahren vorgebrachten gegenteiligen Auffassungen des FA und der Beigeladenen überzeugen nicht. Sie beruhen ebenfalls auf der fehlerhaften Beurteilung, es sei im Streitjahr ein Barunterhalt von monatlich 600 € vereinbart gewesen.

24 2. Auch die weitere vom FG für seine klageabweisende Entscheidung angeführte Begründung enthält Rechtsfehler.

25 a) Die Vorinstanz hat aus dem Umstand, dass die Immobilie nicht nur der Beigeladenen, sondern auch den beiden gemeinsamen Kindern zur Nutzung überlassen worden sei, gefolgert, dass keine höheren als die bislang berücksichtigten Unterhaltsaufwendungen als Sonderausgaben abziehbar seien. Geteilt nach Köpfen – so die Erwägung des FG – ergäbe sich selbst bei Zugrundelegung der vom Kläger errechneten ortsüblichen Miete von monatlich 818,07 € ein geringerer Betrag als 400 €.

26 b) Diese Begründung hält einer rechtlichen Überprüfung nicht stand. Richtig ist insoweit nur, dass der Unterhaltsverpflichtete lediglich denjenigen Aufwand nach § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG abziehen kann, der gegenüber dem geschiedenen oder dauernd getrennt lebenden Ehegatten zu erbringen ist. Kindesunterhalt wird durch das Kindergeld bzw. die kindbedingten Freibeträge nach § 32 EStG berücksichtigt. Einheitlich geleisteter Unterhalt ist somit für steuerrechtliche Zwecke aufzuteilen.

27 aa) Hierzu hat der BFH entschieden, dass derartige Unterhaltsleistungen im Hinblick auf den Sinn und Zweck des § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG eben nicht nach Köpfen, sondern vielmehr nach zivilrechtlichen Grundsätzen aufzuteilen sind, wobei im Regelfall sowohl auf zivilrechtliche Unterhaltstitel als auch auf übereinstimmende Berechnungen der Familienrechtsanwälte zurückgegriffen werden kann (BFH, Urteil vom 12.12.2007, XI R36/05, HFR 2008, 697 unter II. 3.; ebenso u. a. Kirchhof/Seer/Bleschick, a. a. O., § 10 Rdnr. 10).

28 bb) Diesen Anforderungen wird die Entscheidung des FG nicht gerecht. Anhaltspunkte dafür, dass die von der Vorinstanz angenommene „Kopf- bzw. Drittellösung“ aus Unterhaltstiteln oder einvernehmlichen unterhaltsrechtlichen Berechnungen abzuleiten wären, sind in dem angefochtenen Urteil nicht im Ansatz dargelegt. Ebenso wenig kann der Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung entnommen werden, inwiefern bei der Bewertung des Wohnvorteils der Beigeladenen die Nutzungsüberlassung an die beiden Kinder eine Rolle gespielt und in welcher Höhe der Kläger für die Kinder auch den Wohnbedarf abdeckenden Unterhalt geleistet hat. Sollte dem Grunde nach der Sonderausgabenabzug nach § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG um den Wohnvorteil der Kinder zu kürzen sein, kämen hierfür allenfalls die Beträge in Betracht, die in den Sätzen der für den jeweiligen Oberlandesgerichtsbezirk maßgeblichen unterhaltsrechtlichen Leitlinien für den Wohnbedarf eines unterhaltsberechtigten Kindes pauschalierend enthalten sind (Hinweis auf BGH, Beschluss vom 09.03.2016, XII ZB 693/14, BGHZ 209, 243 Rdnr. 19 – Wohnkostenanteil von 20 %). Die Entscheidung der Vorinstanz, selbst nach Maßgabe des vom Kläger ermittelten Mietwerts seien jedenfalls keine höheren als die bislang berücksichtigten Unterhaltsleistungen zum Abzug zuzulassen, berücksichtigt diese Grundsätze nicht.

29 3. Die vorgenannten Rechtsfehler führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils. Die Entscheidung des FG er-

weist sich nicht aus anderen Gründen als richtig i. S. v. § 126 Abs. 4 FGO. Denn der für unterhaltsrechtliche Zwecke festgelegte Wohnvorteil bestimmt nicht zwingend dessen steuerrechtliche Bewertung, sodass ein höherer als der bisher anerkannte Sonderausgabenabzug für Unterhaltsleistungen in Betracht kommt (dazu unten a)). Wäre dies der Fall, lägen auch die verfahrensrechtlichen Voraussetzungen für eine Änderung des bestandskräftigen Einkommensteuerbescheids des Klägers für das Streitjahr vor (unten b)).

30 a) Die zwischen dem Kläger und der Beigeladenen getroffene unterhaltsrechtliche Vereinbarung über die Höhe des Vorteils aus der Nutzungsüberlassung der ehemaligen Familienwohnung ist in Bezug auf die Höhe des Sonderausgabenabzugs gemäß § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG nicht bindend.

31 aa) Nach den bereits dargelegten, allgemein anerkannten Rechtsgrundsätzen ist die als Naturalunterhaltsleistung zu wertende unentgeltliche Überlassung einer Wohnung in sinngemäßer Anwendung des § 15 Abs. 2 BewG mit den üblichen Mittelpreisen des Verbrauchsorts anzusetzen (siehe BFH-Urteil in BFHE 192, 75 = BStBl. II 2002, S. 130 unter II. 1.). Es handelt sich um den Geldbetrag, den der Berechtigte – hier die Beigeladene – aufwenden müsste, um sich die geldwerten Güter im freien Verkehr zu verschaffen (statt vieler Stenger/Loose/Esskandari, Bewertungsrecht, § 15 BewG Rdnr. 31). Die Wertbestimmung erfolgt objektiv (BFH, Urteil vom 27.03.1981, VI R132/78, BFHE 133, 206 = BStBl. II 1981, S. 577 zur gleichlautenden Vorschrift des § 8 Abs. 2 EStG 1969), die subjektive Meinung der Vertragsbeteiligten hierüber ist somit unerheblich (Rössler/Troll/Eisele, BewG, § 15 Rdnr. 3).

32 bb) Nach diesen Grundsätzen ist eine Naturalunterhaltsleistung gemäß § 10 Abs. 1a Nr. 1 Satz 1 EStG auch dann mit dem objektiven Wert anzusetzen, wenn die Parteien in einer Unterhaltsvereinbarung subjektiv einen geringeren Betrag zugrunde gelegt haben (siehe Herrmann/Heuer/Raupach/Kulosa, EstG, KStG, § 10 EStG Rdnr. 227). Dies deckt sich mit der vom BFH bereits getroffenen Entscheidung, dass Unterhaltsaufwendungen durch die Überlassung einer Wohnung für Zwecke eines Abzugs nach § 33a Abs. 1 EStG mit dem ortsüblichen Mietzins – d. h. einer objektiven Komponente – zu bewerten sind (Urteil vom 09.11.1993, IX R74/90, BFH/NV 1994, 474 unter 3.). Diese Bewertung wendet der BFH entsprechend für den Sonderausgabenabzug gemäß § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG an (Urteil in BFHE 192, 75 = BStBl. II 2002, S. 130 unter II. 1.). Bezieht sich – wie im Streitfall – die Nutzungsüberlassung nur auf den dem Unterhaltsverpflichteten zuzuordnenden Miteigentumsanteil, ist der entsprechende Anteil des ortsüblichen Mietzinses anzusetzen (vgl. BeckOK-EStG/Fissenewert, § 10 Rdnr. 323).

33 cc) Der Senat vermag nicht zu erkennen, ob der in Tz. 6 der Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung benannte Wohnvorteil, den der Kläger und die Beigeladene mit 400 € je Monat bewerteten, dem ortsüblichen Mietzins für den Miteigentumsanteil des Klägers an der ehemaligen Familienwohnung im Streitjahr entsprach.

34 (1) Der Kläger hat eine ortsübliche Miete von 818,07 € ermittelt (= 8,68 € x 235,62 m² = 2.045,18 €/J. 20 % Abschlag

wegen Übergröße = 1.636,14 € x 50 % Miteigentumsanteil). Dieser Wert ist vom FG – auf der Grundlage seiner abweichenden Rechtsauffassung – bisher nicht überprüft worden.

35 (2) Zudem ist zu berücksichtigen, dass der Vorteil aus der Überlassung einer Wohnung an den Unterhaltsberechtigten in der Trennungsphase von Ehegatten bei zivilrechtlicher Betrachtung regelmäßig nicht mit dem objektiven – ortsüblichen – Mietwert übereinstimmt. Maßgeblich ist vielmehr der Mietwert, den der Unterhaltsberechtigte auf dem örtlichen Wohnungsmarkt für eine dem ehelichen Lebensstandard entsprechende angemessen kleinere Wohnung zahlen müsste (BGH, Urteil vom 28.03.2007, XII ZR 21/05, NJW 2007, 1974 unter II. 1. a) m. w. N.). Grund hierfür ist, dass in der Trennungsphase noch keine Notwendigkeit besteht, das bisherige Familienheim zu verwerten, da während jener Phase eine Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft noch nicht ausgeschlossen ist (BGH, Urteil vom 20.10.1999, XII ZR 297/97, NJW 2000, 284 unter B. 2. b) m. w. N.; Ende ggf. bereits mit Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags, vgl. BGH, Urteil vom 05.03.2008, XII ZR 22/06, NJW 2008, 963 unter II. 1. b)). Würde der Wohnvorteil in Höhe des objektiven Mietwerts auf den Unterhaltsanspruch angerechnet, benachteiligte dies den Berechtigten. Feststellungen dazu, inwiefern diese unterhaltsrechtliche Beurteilung Maßstab für die vom Kläger und der Beigeladenen getroffenen Bewertung des Wohnvorteils im Streitjahr war, hat das FG bislang nicht getroffen.

36 (3) Der erkennende Senat setzt sich hiermit nicht in Widerspruch zur Entscheidung des XI. Senats des BFH in BFHE 192, 75 = BStBl. II 2002, S. 130. Wenn dort der unterhaltsrechtlich vereinbarte Wohnvorteil mit der ortsüblichen Miete offensichtlich gleichgesetzt wurde, dürfte dies allein darauf zurückzuführen sein, dass dort eine mögliche Divergenz zwischen den beiden Werten nicht im Streit stand. Jedenfalls hat der XI. Senat die Aussage, dass die Höhe des unterhaltsrechtlich maßgeblichen Wohnvorteils verbindlich die Höhe des Sonderausgabenabzugs gemäß § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG bestimme, in der vorgenannten Entscheidung ersichtlich nicht getroffen.

37 b) Eine Klageabweisung käme auch nicht aus verfahrensrechtlichen Gründen in Betracht. Im Einklang mit der Auffassung der Vorinstanz und abweichend zur Ansicht der Beigeladenen wäre der bestandskräftige Einkommensteuerbescheid des Klägers nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO zu ändern, sollten materiellrechtlich höhere Unterhaltsleistungen als 7.050 € in Ansatz zu bringen sein. Der vom Kläger im Juli 2018 gestellte Antrag auf einen erweiterten Abzug von Unterhaltsleistungen stellt in Verbindung mit der von der Beigeladenen vor dem Familiengericht am (...)2018 abgegebenen – ebenfalls erweiterten – Zustimmung ein rückwirkendes Ereignis im Sinne der Vorschrift dar.

38 aa) Nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO ist ein Steuerbescheid zu erlassen, aufzuheben oder zu ändern, soweit ein Ereignis eintritt, das steuerliche Wirkung für die Vergangenheit hat (rückwirkendes Ereignis).

39 (1) Ein solches Ereignis liegt vor, wenn sich nach Ergehen eines Steuerbescheids der rechtserhebliche Sachverhalt in

der Weise ändert, dass nunmehr der veränderte anstelle des zuvor verwirklichten Sachverhalts der Besteuerung zugrunde zu legen ist. Ob dies der Fall ist, richtet sich nach den Normen des materiellen Steuerrechts (st. BFH-Rspr., vgl. nur Beschluss des Großen Senats des BFH vom 19.07.1993, GrS 2/92, BFHE 172, 66 = BStBl. II 1993, S. 897 unter C. II. 1. c) m. w. N.).

40 (2) Nach den allgemein anerkannten Grundsätzen der höchstrichterlichen Rechtsprechung wirken der erst nach Erlass eines Steuerbescheids gestellte Antrag auf einen Sonderausgabenabzug für geleisteten Unterhalt und die für einen solchen Abzug erforderliche Zustimmung des Empfängers wegen deren rechtsgestaltender Bedeutung im vorgenannten Sinne in die Vergangenheit zurück. Antrag und Zustimmung überführen die Unterhaltsleistungen in den steuerrechtlich relevanten Bereich und ändern so ihren Rechtscharakter (statt vieler zuletzt Senatsurteil vom 28.07.2021, X R15/19, HFR 2022, 422 Rdnr. 8 m. w. N.). Dies gilt gleichermaßen, wenn nachträglich ein erweiterter Abzug von Unterhaltsleistungen vom Leistenden beantragt wird und eine ebenso erweiterte Zustimmung des Empfängers vorliegt (BFH, Urteil vom 28.06.2006, XI R32/05, BFHE 214, 314 = BStBl. II 2007, S. 5 unter II. 2.).

41 bb) Diese Voraussetzungen sind im Streitfall gegeben.

42 (1) Der Kläger hat mit seinem Begehren, nunmehr Unterhaltsleistungen nach § 10 Abs. 1a Nr. 1 Satz 1 EStG i. H. v. 12.067 € als Sonderausgaben abzuziehen, seinen ursprünglichen Antrag nachträglich – d. h. nach Ergehen der bisherigen Einkommensteuerbescheide für das Streitjahr – erweitert. Zudem hat die Beigeladene im gerichtlichen Vergleich vom (...)2018 mit ihrer dortigen Erklärung, sie stimme u. a. für den Veranlagungszeitraum 2015 dem begrenzten Realsplitting „unter Berücksichtigung der BGH-Entscheidung vom 29.04.1998 (Az.: XII ZR 266-96)“ zu, ihre vorherige Zustimmung i. S. v. § 10 Abs. 1a Nr. 1 Satz 1 EStG inhaltlich erweitert.

43 (2) Der Beigeladenen ist zwar zuzugestehen, dass sie einem Realsplitting bereits in der Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung aus dem Jahr 2015 zugestimmt hatte, indem sie sich dort verpflichtet hatte, für den Kläger „die Anlage U (...) zu unterzeichnen.“ Allerdings kann die dortige Zustimmung im Kontext der Vereinbarungen zum Trennungsunterhalt nur so gewertet werden, als der Sachunterhalt mit monatlich 400 € (jährlich 4.800 €) in Ansatz zu bringen wäre. Eine betragsmäßig weitergehende Zustimmung auf den nunmehr begehrten Sonderausgabenabzug

für Naturalunterhaltsleistungen von monatlich 818,07 € kann den Regelungen in der Trennungs- und Scheidungsfolgenvereinbarung keinesfalls entnommen werden. Dies wird durch den Inhalt der von der Beigeladenen unterzeichneten Anlage U für das Streitjahr belegt; dort stimmte sie hinsichtlich des bezogenen Naturalunterhalts einem Sonderausgabenabzug des Klägers in Höhe von nur 4.800 € zu.

44 (3) Eine andere als die vom FG vorgenommene Würdigung der familiengerichtlichen Vereinbarung vom (...) 2018 ist – entgegen der Ansicht der Beigeladenen – nicht möglich. Durch die ausdrückliche Bezugnahme auf die vorgenannte BGH-Entscheidung hat die Beigeladene ihre bislang betragsmäßig auf 4.800 € beschränkte Zustimmung zum Sonderausgabenabzug insoweit erweitert, als dem Kläger hierdurch die Möglichkeit eröffnet wurde, eine steuerrechtliche Klärung über die Höhe des Abzugs herbeizuführen. Dies hat der BGH damit begründet, dass der unterhaltsempfangende Ehegatte auch dann zur Abgabe der Zustimmungserklärung zum begrenzten Realsplitting verpflichtet sei, wenn es zweifelhaft erscheine, ob die steuerlich geltend gemachten Aufwendungen dem Grunde und der Höhe nach als Unterhaltsleistungen anerkannt würden (Urteil in HFR 1999, 53 unter 2. b) m. w. N.). Die Zustimmung der Beigeladenen zu einem betragsmäßig weitergehenden Sonderausgabenabzug steht somit unter dem Vorbehalt, dass der Kläger einen solchen Anspruch steuerrechtlich durchzusetzen vermag.

45 (4) Die Einwendungen der Beigeladenen greifen nicht durch. Aus den vorgenannten Erwägungen beschränkte sich die Erklärung vom (...)2018 nicht auf eine bloße Wiederholung der Zustimmung zum Realsplitting. Zumindest missverständlich ist zudem ihre Auffassung, die Zustimmung zum Realsplitting sei „unteilbar“. Dies mag hinsichtlich der Zustimmung dem Grunde nach zutreffen, nicht aber im Hinblick auf die konkrete Höhe.

46 4. Die Sache ist nicht spruchreif und geht zwecks weiterer Sachaufklärung und erneuter Entscheidung an die Vorinstanz zurück. Im zweiten Rechtsgang wird das FG neben der Ermittlung der ortsüblichen Miete für die überlassene Immobilie insbesondere zu erwägen haben, ob und – bejahendenfalls – in welcher Höhe ein auf die beiden gemeinsamen Kinder entfallender Wohnvorteil bei der Beurteilung der nach § 10 Abs. 1a Nr. 1 EStG abziehbaren Unterhaltsleistungen außer Betracht bleibt.

(...)

Teil 2: Stress, Emotionen und Widerstand im Notariat

Von Notarin Dr. Claudia Balzer, Nürnberg

Notare erleben bisweilen stressbeladene Interaktionen mit Mandanten, die ihre Vorstellungen in notariellen Amtshandlungen nicht wiederfinden und mit Ablehnung und Widerstand reagieren. Der Artikel verdeutlicht, wie in solchen Situationen ein zielführender Umgang möglich ist.

Der durch das Internet eingeläutete grundlegende Wandel ermöglicht jedem das jederzeitige Abrufen von Informationen zu jeglichen Wissens- und Interessensgebieten in nicht bewältigbarer Fülle. Berufe, die mit Wissen arbeiten, haben mit einem steigenden Anteil vermeintlich vorinformierter Menschen zu tun. Auch senkt die Verfügbarkeit kostenloser, scheinbar zuverlässiger Informationen in so manchem die Wertschätzung von Wissen und Berufen mit universitärer Ausbildung. Waren im 19. Jahrhundert Ärzte, Pfarrer und Notare¹ noch Autoritäten, denen alleine aufgrund ihrer Stellung Vertrauen entgegengebracht wurde, so ist heute ein Experte in der Wahrnehmung der Menschen potentiell fehlbarer als ein Computer. Durch KI wird dieses Problem tendenziell verstärkt, wenn sich Menschen mit deren Unterstützung versuchen, „schlau“ zu machen, da die KI nicht nur Internetseiten zum Thema zeigt, sondern sogar vermeintlich verwertbare Antworten und Erklärungen auf konkrete Fragen gibt.

KI kann in Sekundenschnelle Unmengen von Daten nach „passenden“ Antworten auf eine Frage durchforsten – und doch zeigen sich in den Antworten dem Experten der jeweils gesuchten Materie gravierende Mängel, die von Laien in der Begeisterung für die schnellen und professionell klingenden Antworten allzu häufig übersehen werden. Zum einen kann KI nur „plausible“ Antworten finden. KI löst eine Aufgabe stets aus im Internet vorhandenen Materialien. Ob etwas richtig oder falsch ist, kann die KI nicht bewerten. Sie berechnet ausschließlich die Wahrscheinlichkeit, mit der das Gefundene zusammenpasst und die Aufgabe löst. Hier können sachlich unzutreffende Ergebnisse² generiert wer-

den, die aber als recherchierte Tatsachen erscheinen und schlüssig formuliert wirken: „Lügenmärchen“ ohne menschlichen Urheber könnten von KI-Nutzern unreflektiert über soziale Medien als „wahr“ und „richtig“ weitergegeben³ werden und sogar viral gehen.

KI kann also nicht beurteilen, ob eine Antwort vollständig oder brauchbar ist.⁴ KI hat auch kein dem Menschen vergleichbares Gewissen, sondern lediglich einzelne programmierte Grenzen und Tabus. Schnell gelangen wir zu einem heiklen Szenario: Ein Mandant lässt sich von ChatGPT oder einem anderen KI-Anbieter einen Vertragstext erstellen. So „vollinformiert“ will er das Schriftstück nur noch vom Notar gegen geringe Gebühr „gestempelt“ bekommen, weil er aus seiner Sicht ja schon alles fertig mitbringt. Wird sein Wunsch nicht erfüllt, geht der Mandant in den Widerstand und der Notar sieht sich mit einer emotional aufgeladenen Situation konfrontiert. Dass dies keine Dystopie ist, sondern heute schon Realität, zeigt ein Fall aus meiner Praxis.

I. Mandant mit Internet-Vorwissen

Ein älterer Mandant, Ende 70, kam mit der Kopie eines Kaufvertrages eines bayerischen Notarkollegen aus dem Jahre 1965 in mein Büro. Mit der Hand hatte er einige Textpassagen geändert. Diesen Kaufvertrag wollte er genau so beurkundet haben. Er ließ sich vom Sachbearbeiter nicht überzeugen, dass ein Kaufvertrag entsprechend den aktuellen gesetzlichen Bestimmungen erforderlich sei und seine handschriftlichen Änderungen zu seinem konkreten Sachverhalt nicht passten. Stattdessen wurde er laut und aggressiv.

Im Rahmen einer persönlichen Besprechung erfuhr ich, dass der Mandant vor vielen Jahren eine „schlimme Scheidung“ durchlebt hatte, in der eine notarielle Scheidungsvereinbarung eine zentrale Rolle spielte. Er war fest von einem nicht näher spezifizier- bzw. benennbaren Kunstfehler

1 Im Folgenden bleibe ich zur Vereinfachung bei „Notar“ als Begriff, was selbstverständlich wieder alle Geschlechter einschließt.

2 *Simon Hurtz* berichtet in der Süddeutschen Zeitung vom 09.04.2023 „Die größte Gefahr an KI ist der Mensch“ von KI-Desinformationen, die desaströse Folgen haben, weil die Menschen die KI-Antwort nicht prüfen. Der Erwerb von Medienkompetenz ist nur eine Teillösung, denn gerade bei komplexen Wissensgebieten bedarf es stets einer fallspezifischen Bewertung von möglichen Lösungen durch einen Experten. Dies der Bevölkerung glaubhaft zu vermitteln, ohne dass vor allem Medizinern und Juristen dabei unterstellt würde, „ihre Pfründe sichern“ zu wollen, wird Aufgabe aller Wissensarbeiter sein.

3 Der Deutsche Notarverlag veranstaltet u. a. zu der Problematik ein Online-Seminar (Titel: „KI-Einsatz im Notariat – von ChatGPT zu Explainable AI“) mit der Beschreibung „(...) Oder wird es nur wesentlich aufwendiger, Beteiligte zu beraten, die im Notariat mit Textentwürfen vorpreschen, die aus unklaren Quellen stammen und für juristische Laien zwar professionell klingen, aber alles andere als sinnvoll sind?“

4 Es ist gerade nicht „Götterdämmerung für die Studierenden“ (siehe Welt Plus vom 15.04.2023), auch wenn es viel komplexer ist, einen fertig gelieferten Text zu bewerten, als einen Text entsprechend den eigenen Maßstäben zu erstellen.

überzeugt und hegte von da an Misstrauen gegenüber Notaren. Bei dem Kaufvertrag von 1965, den seine Eltern abgeschlossen hatten, ging alles glatt – also war das damals ein vertrauenswürdiger Notar. Deswegen müsse dessen Muster genommen werden. Außerdem habe er sich ausführlich im Internet informiert und wisse jetzt selbst, was zu ändern sei. In seiner Verfassung war der Mandant für sachliche Argumente nicht zugänglich.

II. Urzeitliches Notprogramm bei Stress: Kampf, Flucht, Totstellen

Um eine gelingende Kommunikation zu erreichen, war es essentiell, die Sachebene zu verlassen und den emotionalen Zustand des Mandanten in den Blick zu nehmen. Dieser war gut an seinem Verhalten abzulesen. Der Mandant war angesichts seiner leidvollen Vorgeschichte latent aggressiv. Ob in seinem Scheidungsfall tatsächlich ein Fehler unterlaufen ist, ist unerheblich. Entscheidend für die Stimmung des Mandanten, seine Wahrnehmung und sein Verhalten im Notariat ist sein psychisches Muster: Er hat die damaligen Erlebnisse samt Emotionen generalisiert. Seine persönliche, emotional belastende Geschichte⁵ setzte den Besuch in meinem Büro in einen ganz besonderen Kontext.

Mein Mandant hatte bereits bei dem Gedanken an den Gang zu einem Notar negative Gefühle. Sein Inneres hatte mit dem Begriff „Notar“ eine schmerzhaft Verletzung verknüpft und bewertete den anstehenden Termin aus dieser Erinnerung heraus als gefährlich. Auf Gefahrenlagen hin reagiert der Körper mit Stress, einem körperlichen Mechanismus, der seit Urzeiten im Menschen angelegt ist. Bei Gefahr werden Botenstoffe ausgeschüttet und der Körper automatisiert auf die Situation vorbereitet. Die Optionen in einem solchen Moment waren in der frühen Menschheitsgeschichte Flucht, Kampf, Totstellen oder vielleicht noch Zusammenrotten – die sogenannten „4F“: Fight, Flight, Freeze, Flock.⁶

Das Gehirn hat sich im Laufe der Evolution massiv weiterentwickelt und ist doch in seinem entwicklungsgeschichtlich ältesten Teil mit dem des Urzeitmenschen noch weitgehend identisch. Die weiteren Gehirnteile wurden nach und nach für neue Aufgaben autonom gebildet, ohne den ursprünglich vorhandenen Teil zu verändern. Stressreaktio-

nen werden nach urzeitlichem Muster noch heute im alten Teil des Gehirns ausgelöst, das sich im hinteren Bereich des Kopfes in unmittelbarer Nähe des Rückenmarks befindet und Automatismen und Verhaltensmuster steuert. Der Verstand, das rationale Denken, befindet sich im jüngsten separaten Hirnbereich direkt hinter der Stirn. Er reagiert deutlich langsamer und ist von dem Zentrum der automatisierten Muster „baulich getrennt“. Der Verstand kann auf den alten Gehirnteil und damit den Stressmechanismus nicht zugreifen, also Stress nicht regulieren. Schlimmer noch, wenn der Körper eine Gefahr wahrnimmt, regelt er alle Bereiche, die in dieser Situation „sinnlos“ Energie verschwenden würden, von der Energiezufuhr herunter, um diese Ressourcen für Kampf oder Flucht nutzen zu können. Mit weniger Energie werden dann z. B. Fortpflanzung, Verdauung, Wachstum und leider auch der Verstand versorgt. Je höher der Stress, desto mehr läuft der Mensch auf Autopilot und desto weniger kann er Situationen rational bewerten oder ist er rationalen Argumenten zugänglich. Stress kann also im wahrsten Sinn des Wortes „kopfflos“ machen – und startet auch heute noch die gleichen uralten Automatismen Kampf, Flucht oder „die Schotten dichtmachen“ als modernes Totstellen. Eine Diskussion auf der Sachebene, das Abwägen von Argumenten und das Sich-Einlassen auf Neues benötigen aber den Verstand in guter Verfassung, also einen ungestressten Grundzustand.

Jeder Mensch reagiert auf innerlich als Gefahr empfundene Situationen mit individuell abgespeicherten Mustern. Bei meinem Mandanten bestand das standardmäßige, bereits bei Betreten des Notarbüros latent aktivierte Notprogramm im Kampf. Damit konfrontiert, dass seine Vorgaben und sein Text nicht akzeptiert wurden, spürte der Mandant unterschwellige Angst und Ohnmachtsgefühle, sein Stresslevel stieg: Er befürchtete einen neuerlichen Schadenseintritt und sich nicht durchsetzen zu können. Das triggerte sein Notprogramm noch stärker und entsprechend aggressiv zeigte er sich in der Besprechung.

III. Stress-Pingpong – gibt es Alternativen?

Aus der frühen, vorsprachlichen Entwicklungsphase unserer Spezies ging ein ambivalenter, körperlicher Verständigungsautomatismus hervor: Hatte ein Mitglied der Horde eine Gefahr ausgemacht, so reagierten alle anderen unmittelbar und instinktiv auf seine Stressreaktion mit einer eigenen Stressreaktion aus den 4F – und sehr oft mit demselben Standard-Notprogramm wie derjenige, der die Gefahr zuerst wahrgenommen hatte.

Bei meinem Mandanten hätte sich die Situation also ganz natürlich auch so entwickeln können: Der Notar bemerkt unbewusst dessen Stress als Reaktion auf die wahrgenommene Gefahr und erlebt dessen Aggression. Dies aktiviert automatisiert seine eigenen Stressprogramme. Die Kampfansage – der Widerwille des Mandanten – trifft den Notar, der möglicherweise unbewusst ebenfalls auf Kampf schaltet. Die Aggressionen schaukeln sich hoch, der Stress steigt. Der Weg zurück zu einem einvernehmlichen Austausch wird immer schwieriger, denn zuhören, auf den anderen eingehen, Fragen stellen – all das erfordert einen ent-

5 Zur Codierung des Gehirns in Bildern und Geschichten siehe Teil 1 der Serie; MittBayNot 2023, 314.

6 Die Wissenschaft erforscht Stressreaktionen bereits seit Anfang des 20. Jahrhunderts, begonnen mit Walter Cannon, 1915, der die „Fight-or-Flight“-Antwort des Körpers beschrieb. Diverse Modelle, z. B. das sog. „SCARF-Modell“ (hierzu z. B. *Grunwald*, Neuroleadership im Changemanagement) aus dem Businessbereich für Führungsentscheidungen, bauen auf diesem Verständnis von Stress auf. Grundgedanke: „Um im Leben zu „funktionieren“, muss ein Mensch in seinem Gehirn eintreffende Informationen blitzschnell verarbeiten und einordnen. Das wichtigste Ziel: Überleben sichern. Menschen entscheiden deshalb oft unbewusst und fast sofort: Handelt es sich um eine Belohnung oder um eine Bedrohung?“ (Zitat aus <https://www.business-wissen.de/artikel/scarf-modell-wie-neuroleadership-praktisch-funktioniert/>)

spannten eigenen Zustand und einen wachen Verstand. Unter steigendem Stress fällt dies schwer.

IV. Co-Regulation und ihre Voraussetzungen

Entscheidend für einen zielführenden Umgang mit einem aufgeregten, gar verärgerten Mandanten ist die andere Seite des körperlichen, nonverbalen Verständigungsautomatismus: Ein Mensch, der sich nicht vom Stress anstecken lässt, kann seine Ruhe, sein Vertrauen in die Lösbarkeit der anstehenden Aufgabe, sein Wissen, dass hier keine Gefahr droht, ebenfalls nonverbal übertragen. Dieses Übertragungsprogramm wirkt deutlich langsamer als die Übertragung von Stress bei Gefahr. Es ist jedoch in allen Menschen angelegt und läuft genauso unbewusst ab, wenn es gestartet wird. Für den Umgang mit Mandanten ist es hilfreich, Selbst- und Co-Regulation durch den bewussten Umgang mit eigenen und fremden Emotionen zu trainieren.

V. Fehlende Kontrolle über die Situation erzeugt Stress

Zu den Grundbedürfnissen des Menschen gehört es, sich in jeder Situation kompetent und steuerungsfähig zu fühlen, also autonom handeln zu können. Menschen wollen ihre Situation verstehen und beeinflussen können – und selbst für die Befriedigung der eigenen Bedürfnisse sorgen.⁷ Wenn eine besondere Expertise erforderlich ist oder bestimmte Regeln und Gesetze Entscheidungen anderen zuschreiben, empfinden Menschen häufig ein Defizit an Autonomie und Kompetenz. Mandanten auf dem Gang zum Notar sind hiervon nicht gefeit. Stress, Aufregung, Ängste, schlechte Erfahrungen aus der Vergangenheit, das Gefühl des Kontrollverlustes können sich überlagern und zu einem emotional hochgeladenen Gebräu vermischen. In solchen Situationen ist es wesentlich, dem wechselseitigen Aufschaukeln der Befindlichkeiten entgegenzutreten und Ruhe zu bewahren. Diese wird durch die Mimik, Gestik und Körperhaltung ausstrahlt und kann einen wertvollen Beitrag zur Deeskalation einer angespannten Lage liefern.

Wie aber gelingt es, sich nicht von äußeren Stresssignalen „anstecken“ zu lassen? Hier hilft es, sich in emotional belasteten Situationen bewusst zu machen: Der Mandant meint in der Regel seinen Notar nicht persönlich, sondern dieser wird zur Projektionsfigur für die Gefühle und vor allem Ängste des Mandanten. Sich dies bewusst zu machen, öffnet in emotional aufgeladenen Beurkundungen den Weg, über Verständnis, Empathie und klare, aber einfühlsame Worte eine Co-Regulierung zu erreichen und die Situation zu entspannen. Das Ziel ist, „dem Verstand“ des Gegenübers wieder die Mitarbeit zu ermöglichen. Umso bewusster sich der Notar dieser allgegenwärtigen psychischen Mechanismen ist, desto besser kann er mit ihnen umgehen. Und umso professionellere emphatische Kommunikationswerkzeuge ihm zur Verfügung stehen, desto leichter gelingt es ihm, den aufgeregten Mandanten in seiner Lebenswirklichkeit abzuholen, dessen Emotionen ausreichend Raum

zu geben und gleichzeitig zielgerichtet auf das Mandantenanliegen mit einer gelingenden Interaktion einzugehen.

VI. Metaphern-Fundgrube – „aktueller, passender Vertragstext“

Obigem Mandanten habe ich über dessen eigenen Beruf eine Brücke zu seinem neu erstellten Vertrag bauen können. Den Beruf hatte ich im Gespräch erfragt – ein bisschen Smalltalk schafft nicht nur Verbindung und eine bessere Stimmung, sondern liefert auch hilfreiche Anknüpfungspunkte an die Lebenswirklichkeit des Gegenübers, in der der Notar ihn abholen und für ihn passende Bilder zur Erläuterung der juristischen Begriffe und Systematiken finden kann. In seinem Beruf ist mein Mandant der Experte, fühlt sich sicher und hat Kontrolle über das Geschehen – hier kann er leicht Botschaften verstehen und auf andere Sachverhalte übertragen. Als Radiologe war er sehr stolz darauf, dass auch im Rentenalter seine Meinung bei der Auswertung von CT- und MRT-Bildern komplizierter Fälle weiterhin eingeholt und geschätzt werde.

Auf meine Frage, ob ich auch auf solchen Bildern etwas erkennen könnte, fing er an zu lachen – ein gutes Zeichen für innere Entspannung. Er meinte, es gäbe so viele Dinge, die man wissen müsse, um die Bilder sinnvoll auswerten zu können. Selbst Ärzte ohne dieses Wissen seien oft überfordert. Eine Steilvorlage für eine Metapher! Ich fragte, ob er denn auch noch alte Geräte benutze. Oh, natürlich nicht – sie hätten stets die neuesten Verfahren, da sie für viele Onkologen arbeiteten; da brauchte man immer das Neueste. Bingo – auch Vertragstexte passen sich an aktuelle Gesetze und modernere Verfahren der Abwicklung an. Er war zwar etwas skeptisch, für ihn war Jura eine absolut statische Angelegenheit. Durch das gemeinsame Lachen war er aber so aufgeschlossen, dass ich ihm an einem Vertragsrohmaster erläutern konnte, was da „neuerdings“ alles zu beachten ist, um alle Pflichten zu erfüllen und den Vertrag „sicher“ zu machen. Ich erklärte ihm einige der „neuen“ Regelungen, und er schrieb eifrig mit. Damit war das Eis gebrochen. Die weitere Abwicklung verlief weitgehend normal, und mein Mandant hat einigermaßen entspannt seinen Kaufvertrag durchführen können und nebenbei auch noch eine positive Erfahrung über Notare mitgenommen, die die alte, schlechte Erfahrung verblässen lässt.

VII. Empathie und Co-Regulation als besondere Kompetenz

Notare begleiten lebensverändernde Entscheidungen. Emotionen sind dabei relevante Einflussfaktoren und der zielführende Umgang damit macht den Notar als Experten und Menschen aus. Den Emotionen der Mandanten in Beratung und Beurkundung angemessen Raum geben zu können und mit ihnen auf das Ziel einer für sie als stimmig empfundenen Lösung in der notariellen Urkunde hinzuarbeiten, ist eine Kernkompetenz, die die KI nicht ersetzen kann. Daher sollten wir gerade im Hinblick auf die interaktionellen Herausforderungen des Notarberufs in einer Welt mit KI auf unsere menschliche Kompetenz ein besonderes Augenmerk werfen.

⁷ Selbstbestimmungstheorie nach Ryan und Deci, <http://www.selfdeterminationtheory.org> m. w. N.

Tagungsbericht

„Reformperspektiven und Probleme der unternehmenstragenden Stiftung“ Tagungsbericht betreffend die Veranstaltung der Forschungsstelle für Notarrecht (Ludwig-Maximilians-Universität München) am 07.03.2023

Von Luca Kochendörfer,¹ München

Am 07.03.2023 fand die erste Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Jahr 2023 statt. Im Hinblick auf die (in weiten Teilen) zum 01.07.2023 in Kraft tretende Reform des Stiftungsrechts, andererseits aber auch die als solche zunehmende Bedeutung unternehmenstragender Stiftungen im Wirtschaftsleben konnten mit Professorin Dr. *Birgit Weitemeyer* (Bucerius Law School Hamburg) und *Lucas Wartenburger* zwei Experten auf besagtem Gebiet gewonnen werden, um die Materie aus wissenschaftlicher und praktischer Sicht zu beleuchten. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die zahlreichen Teilnehmerinnen und Teilnehmer (vor Ort im Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität sowie online zugeschaltet) und führte kurz in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten vor und übergab das Wort zunächst an *Weitemeyer*.

Die Referentin begann ihr Referat mit empirischen Ausführungen zu Verbreitung und Bedeutung von Stiftungen im allgemeinen Rechtsverkehr. So hätten Ende 2021 knapp 25.000 rechtsfähige Stiftungen existiert, wobei im Jahr 2021 fast 900 Neugründungen zu verzeichnen gewesen seien. Ferner sei die erhebliche Zahl unselbstständiger, nicht näher verzeichneter Stiftungen zu beachten – Schätzungen reichten von 20.000 bis 100.000. Die Stiftungsdichte (proportional zur Einwohnerzahl) entspreche damit derjenigen in den häufig als besonders stiftungsfreundlich wahrgenommenen USA. Legte man einen funktionalen, nicht rechtsformbezogenen Stiftungsbegriff zugrunde (mithin inklusive stiftungsähnlich strukturierte GmbH-Gesellschaften etc.), verfügten „Stiftungen“ über ein Gesamtvermögen von über 100 Milliarden €; für die rechtsfähigen Stiftungen bürgerlichen Rechts sei die Zahl immerhin auf ca. 70 Milliarden € zu schätzen. Ein neuer Trend sei die Abnahme der bisher dominanten Stiftungen mit gemeinnützigem

Zweck (2020 hätten diese noch 95 %, 2021 schon nur noch 90 % der Gesamtzahl ausgemacht). Die Familienstiftungsgewinne – gerade angesichts erbschaftsteuerlicher Gestaltungsalternativen – stetig an Bedeutung. Die Referentin exemplifizierte die Zahlen sodann anhand einiger besonders prominenter Stiftungen (zum Beispiel der national vermögensstärksten Robert Bosch Stiftung GmbH mit einem Eigenkapital von über fünf Milliarden €). Nach dieser empirischen Einführung in die Thematik übergab *Weitemeyer* das Wort zunächst an *Wartenburger*, der schwerpunktmäßig die Stiftungsrechtsreform adressierte.

Der Referent begann seinen Vortrag mit einer kurzen Betrachtung zur Rolle des Notars im (neuen) Stiftungsrecht. Im Fokus stehe dabei vor allem § 81 Abs. 3 BGB n. F., der für das konstitutive Stiftungsgeschäft grundsätzlich Schriftform vorsehe, wenn nicht ausdrücklich eine strengere Form vorgeschrieben oder das Stiftungsgeschäft in einer Verfügung von Todes wegen enthalten sei. Der Gesetzgeber habe mit der Regelung die auch innerhalb der Rechtsprechung streitige Frage entscheiden wollen, ob ein beurkundungspflichtiger Vorgang (zum Beispiel die Einbringung eines Grundstücks in eine Stiftung) die Beurkundungspflicht des gesamten Stiftungsgeschäfts nach sich ziehe. Die Gesetzgebungshistorie bzw. -materialien ergäben dabei unmissverständlich, dass eine Beurkundungspflicht selbst bei Einbringung (nur) einer Immobilie nicht gewollt gewesen sei – „andere Vorschriften“ im Sinne der Norm sollten sich gerade nicht auf die typischen vertragsrechtlichen Vorgaben des BGB (insbesondere § 311b BGB) beziehen. Angesichts dieses klaren Gesetzgeberwillens – wenn auch potenziell missverständlichen Normtextes – erübrige sich die Beurkundungspflicht künftig in vielen Fällen. Neu geschaffen sei demgegenüber die ab 2026 für die Eintragungen in das Stiftungsregister relevante Beglaubigungsvorgabe. Abschließend bemerkte *Wartenburger*, dass Unklarheit dahin gehend bestünde, ob die Norm eine Stiftungsserrichtung von Todes wegen in Schriftform zulasse oder ob insofern nach wie vor die erbrechtlichen Vorgaben Vorrang beanspruchten.

¹ Der Autor ist wissenschaftlicher Mitarbeiter und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

Sodann wies *Wartenburger* darauf hin, dass – angesichts der Breite des Reformansatzes, namentlich der erheblichen Zunahme der Normmaterials – der „rote Faden“ der Reform nicht einfach auszumachen sei. Letztlich habe der Gesetzgeber das Spannungsfeld der Stiftung zwischen Stifter, Stiftungsaufsicht und Rechtsverkehr umfassend neu justieren wollen. Zunächst wandte er sich dementsprechend dem Stifter zu und betonte die Maßgeblichkeit des Stifterwillens als nach wie vor zentrales Charakteristikum. Daran habe die Reform nichts geändert; ihren Regelungen sei allerdings die Zielsetzung zu entnehmen, den Stifter wegen der später nicht mehr möglichen Abänderbarkeit stärker in die Pflicht zu nehmen, seine Wünsche unmissverständlich zum Ausdruck zu bringen. Eine wichtige Frage in diesem Kontext sei diejenige der verbliebenen Einflussmöglichkeiten des Stifters nach Stiftungserrichtung. Insofern läge der Weg in der Einräumung einer (unter Umständen lebenslangen) Organstellung verbunden mit entsprechend weitreichenden Organhandlungsbefugnissen. Hierdurch verschaffe die Reform allerdings ganz gezielt der Stiftungsaufsicht Kontroll- und Einflussmöglichkeiten auf den Organwalter.

Ferner habe sich der Gesetzgeber zu einer Stiftungsdefinition entschieden, die den Stiftungsbegriff in nicht ganz klarer Art und Weise mit dem Stiftungsvermögen verknüpfe, was in Bezug auf zweckfreies Vermögen und nicht vermögensbasierte Stiftungen Probleme aufwerfe – diesen dürfte man allerdings wiederum mit einer nicht zu strengen Auslegung Rechnung tragen können. Schon bisher zulässige sog. Verbrauchsstiftungen seien weiterhin explizit zulässig, sog. Zeitstiftungen mit dem Ziel der Übertragung ihres Vermögens nach einer gewissen Zeitspanne seien hingegen (wie zuvor schon überwiegend angenommen) unzulässig. Die Entfernung der ursprünglich angedachten Satzungsstrenge begrüßte *Wartenburger* mangels etwaiger fungibler Stiftungsanteile, für die ein standardisierter Markt geschaffen werden müsste. Aus dieser Entwicklungsgeschichte erklärten sich auch einige Formulierungen, die bestimmte Gestaltungen explizit zulassen; ein breitflächiger Umkehrschluss sei nicht angezeigt.

Sodann wandte sich der Referent der Stiftungsaufsicht zu. Zwar gehe auch die Reformgesetzgebung von einer vorrangig eigenverantwortlichen Problemlösung innerhalb der Stiftung aus. Dennoch seien umfangreiche Eingriffsbefugnisse vorhanden, deren Ausübung gerade in solchen Bundesländern abzuwarten bleibe, die – wie namentlich Bayern – bisher dominant die Stiftungsanerkennung, nicht jedoch den laufenden Betrieb in den Blick genommen hätten. Am Anerkennungserfordernis habe der Gesetzgeber ebenfalls festgehalten. Mit rechtsvergleichendem Blick nach Österreich wies *Wartenburger* insofern darauf hin, dass der deutsche Weg, sowohl bei Gründung als auch laufendem Betrieb auf staatliche Institutionen zu setzen, nicht zwingend sei.

Im Hinblick auf die Beziehungen der Stiftung zum Rechtsverkehr ging der Referent zunächst auf Fragen der Reichweite der Vertretungsmacht des Stiftungsvorstands ein. Schon zum bisherigen Recht habe die Entscheidung des BGH, zwar keine automatische Beschränkung des Vorstandsauftritts durch den Stiftungszweck, sehr wohl je-

doch eine dahin gehende Beschränkungsmöglichkeit der Satzung anzunehmen,² in der Praxis gerade für gemeinnützige Stiftungen zu Unsicherheiten geführt. In der Sache würden schwierige Fragen der Gemeinnützigkeitsprüfung damit dem Rechtsverkehr auferlegt. Diese Position sei in Gestalt von § 84 Abs. 3 BGB n. F. nun pro futuro positiviert worden. Positiv sei demgegenüber der Aufbau des Stiftungsregisters zu werten (§ 82d BGB n. F., geltend ab 2026). Dem § 15 HGB entsprechend habe der Gesetzgeber in diesem Kontext Publizitätswirkungen vorgesehen – allerdings exklusive einer positiven Publizität (im Sinne von § 15 Abs. 3 HGB); insoweit verbleibe es also weiterhin bei allgemeinen Rechtsscheinsgrundsätzen. Mit der Registereinführung gingen ferner die neuen Rechtsformzusätze „e. S.“ und „e. VS.“ einher. Für das Eintragungsverfahren (§§ 82b, 84d, 85b, 86i, 87d BGB n. F.) ergäben sich wenig Besonderheiten gegenüber dem handelsregisterlichen Verfahren – mit Ausnahme der in § 15 StifRG doch eingeschränkten bzw. einschränkbareren öffentlichen Einsichtnahme, die gerade für Altstiftungen in der Sache zu begrüßen sei. Kritisch zu sehen sei demgegenüber die dem Vereinsregister entsprechende, im Papierwege vorzunehmende Anmeldung. Insofern wies *Wartenburger* auch auf die Beglaubigungspflicht etwaiger Anmeldungen hin.

Zuletzt wandte er sich spezifischen Problemen unternehmenstragender Stiftungen zu. Dabei sei die rechtlich unmittelbar unternehmenstragende Stiftung (gleichsam Äquivalent des Einzelkaufmanns) weitgehend zugunsten der anteilstragenden Stiftung zurückgedrängt worden. Viele Probleme (namentlich der Kapitalerhaltung, Organhaftung etc.) seien durch diese „Zwischenschaltung“ typisch unternehmenstragender Gesellschaftsformen ohnehin schon entschärft. Besondere Beachtung verdiene allerdings die Komplementär-Stiftung innerhalb einer geschäftlich tätigen Kommanditgesellschaft. Grund für die zunehmende Beliebtheit derartiger Konstellationen (Lidl stelle ein besonders prominentes Beispiel dar) sei unter anderem die hierdurch vermeidbare unternehmerische Mitbestimmung. Obwohl dem Normtext von § 80 Abs. 1 Satz 1 BGB n. F. alles andere als eindeutig zu entnehmen, habe der Gesetzgeber mit der Norm – ausweislich der Materialien – eine Verhinderung derartiger Konstruktionen bezweckt. Um der Norm eine solche Bedeutung beimessen zu können, würde jedoch ein ausgesprochen restriktives Verständnis erforderlich, das auch zahlreichen anderen, keineswegs missbräuchlichen Gestaltungen entgegenstünde. Die geschaffene Unsicherheit sei misslich, es bleibe nur, die Rechtsentwicklung abzuwarten.

Wartenburger schloss sein Referat mit Gestaltungs- und steuerrechtlichen Hinweisen, die es bei Errichtung einer „Beteiligungsträger-Stiftung“ zu beachten gelte. Er ging dabei auf erfolgreiche Modelle der Praxis ein, die Stiftungs- und Unternehmenszweck trennten (Beispiel: Zeiss-„Stiftung“), sowie das Modell der Doppelstiftung. Mit Blick auf die Erbschaftsteuer komme der Stiftung zwar in mehrerlei Hinsicht eine Sonderbehandlung zu. Erhebliche steuerliche

2 BGH, Urteil vom 15.04.2021, III ZR 139/20, NJW 2021, 2036 Rdnr. 41.

Vorteile könnten allerdings vor allem um den Preis der Gemeinnützigkeit erlangt werden – inklusive damit einhergehender endgültiger Weggabe des Vermögens. Der pauschale Vorwurf einer Steuervermeidungskonstruktion könne der Stiftung also nicht gemacht werden. Wolle man die Stiftung als Nachfolgeinstrument bewerten, sei eine differenzierte Betrachtung geboten: Einerseits ermögliche es die Stiftung in der Tat, auch ohne endgültige Aufgabe der Einflussnahme seitens des Stifters, selbstbestimmt (insbesondere mit Blick auf steuerliche Fragen sowie solche des Pflichtteilsrechts) und rechtssicher (insbesondere bezogen auf Störfälle wie verfrühte Todesfälle, Scheidungsgefahren oder die unabsehbare Entwicklung etwaiger Vermögensnachfolger) die Nachfolge zu klären. Diese Vorteile dürften jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, dass auch die Stiftung geeigneten Verwaltungspersonals bedürfe, das das Engagement etwaiger Nachfolger drosseln und allgemein die Flexibilität einschränken könne. Stiftungsunternehmen könnten vor diesem Hintergrund erfolgreich unternehmerische Tätigkeiten ausüben – gesichert sei dies aber natürlich nicht. Die Reform enthalte viele begrüßenswerte Klarstellungen und Vereinheitlichungen, auch wenn unnötigerweise verschiedene neue Auslegungsunsicherheiten geschaffen worden wären.

Sodann übernahm erneut *Weitemeyer*. Zunächst kontextualisierte sie den schon zu Beginn sowie ebenfalls von *Wartenburger* betonten Bedeutungszuwachs von Stiftungskonstruktionen auch im Wirtschaftsleben mit einem rechtsvergleichenden Blick in die USA sowie einem Hinweis auf die thematisch eng verbundene Diskussion um die GmbH mit gebundenem Vermögen. Sodann gab die Referentin einen kurzen Überblick betreffend die Vielzahl anzutreffender Konstruktionen (von der gemeinnützigen Stiftung über Doppelstiftungsmodelle bis hin zu Stiftungen mit gemischtem Zweck). Besondere Aufmerksamkeit schenkte sie in der Folge privatnützigen Stiftungen („Familienstiftungen“), mithin solchen, die – zumindest auch – dem Unterhalt von Familienangehörigen (abhängig von bestimmten Voraussetzungen oder voraussetzungslos) dienen. Kritisch zu sehen seien in diesem Zusammenhang die fehlende Adaption zahlreicher Landesstiftungsgesetze an die ab 01.07.2023 bundeseinheitlich vorgeschriebene Aufsichtspflichtigkeit auch derartiger privatnütziger Stiftungen. Ein solches Vorgehen sei schon verfassungsrechtlich angesichts des zwingenden neuen Bundesrechts nicht haltbar. Sodann wies *Weitemeyer* nochmals darauf hin, dass die direkte unternehmenstragende Stiftung gegenüber Holding-Konstruktionen selten, wenn auch im gemeinnützigen Bereich (zum Beispiel in der Organisation von Krankenhäusern) durchaus vorhanden sei.

Im Anschluss hieran wandte sich die Referentin den Motiven für die Errichtung unternehmenstragender Stiftungen zu. Neben klassischen Gemeinnützigkeitserwägungen ging sie detailliert auf steuerrechtliche Gründe ein, insbesondere die Vermeidung der einkommensteuerlichen Wegzugsbesteuerung bei Umzug von Gesellschaftern ins Ausland, die erbschaftsteuerliche Schwellenwertsbetrachtung (besonders gut auszuschöpfen durch Aufspaltung in mehrere Stiftungen) bzw. Verschonungsbedarfsprüfung gemäß den

§§ 13a, 28a ErbStG sowie die Vermeidung von Gewerbesteuern. Gerade im Zuge der letzten Erbschaftsteuerrechtsreform seien zudem Möglichkeiten zur Vermeidung von Erbersatzsteuern im Rahmen gemischter Stiftungen, laufzeitenbegrenzter Familienverbrauchsstiftungen geschaffen worden. Stets zu beachten sei bei der Gestaltung unternehmenstragender Stiftungen allerdings das Verbot von Selbstzweckstiftungen – in der Praxis müsse deswegen genau auf die Verankerung anderer Zwecke in der Satzung geachtet werden. Weitere Indizien für versteckte Selbstzweckstiftungen könnten eine Personalunion von Stiftungsvorstand und Unternehmensführung sowie geringe Ausschüttungen (in Abgrenzung zu betriebswirtschaftlich sinnvollen Thesaurierungen³) darstellen. Bei der Wahl einer Stiftung im unternehmerischen Kontext dürften jedoch auch die Nachteile und praktischen Probleme nicht aus den Augen verloren werden. Aufgrund des der Stiftung ihrer Konzeption nach inhärenten principal-agent-Konflikts, der fehlenden Flexibilität sowie des auf typisch-gesellschaftsrechtliche Konfliktlagen nicht ausgerichteten Normmaterials (inklusive eher zufälliger teilweiser Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte) sei die sachgerechte Satzungsgestaltung die einzige Möglichkeit, etwaigen Problemen effektiv vorzubeugen. *Weitemeyer* exemplifizierte die möglichen Probleme sodann anhand der Streitigkeiten betreffend die „Aldi Nord-Stiftungen“.⁴

Weitemeyer adressierte im Anschluss die grundlegende Frage der Zulässigkeit von Familienstiftungen. Anders als in vielen anderen Rechtsordnungen stehe diese in Deutschland seit der Stiftungsrechtsreform von 2002 grundsätzlich außer Zweifel. Für die voraussetzungslos ausschüttende Unterhaltstiftung entspreche dies zwar ebenfalls der herrschenden Auffassung, sei jedoch in den Sachargumenten angreifbar.⁵

Abschließend wandte sich *Weitemeyer* ebenfalls konkret der Stiftungsrechtsreform zu. Sie wies dabei zunächst auf den wenig glücklichen Gesetzgebungsprozess hin, der ein Endprodukt hervorgebracht habe, das – namentlich aufgrund seines breitflächigen Kodifizierungsansatzes – zahlreiche bestehende Gewissheiten gefährdet und auf Jahre Auslegungsunsicherheiten geschaffen habe. Besonders misslich seien in diesem Zusammenhang zahlreiche Aussagen in der – noch im Lichte der Satzungsstrenge konzipierten – Gesetzesbegründung. Angesichts der Abkehr vom Vorschlag der Satzungsstrenge seien die dahin gehenden Ausführungen zum zwingenden Charakter etwaiger Normen außer Acht zu lassen. Im Einzelnen adressierte die Referentin ferner die zeitliche Anwendbarkeit. Diese Regelungen seien besonders sensibel vor dem Hintergrund verbliebener zwingender Vorgaben (zum Beispiel betreffend

3 *Weitemeyer* wies insofern auf die großzügige Rechtsprechung des BFH hin, vgl. Urteil vom 15.07.1998, I R 156/94, BStBl. II 2002, S. 162 = NZG 1998, 1007, 1008.

4 Vgl. insbesondere OVG Schleswig, Urteil vom 07.12.2017, 3 LB 3/17, npoR 2018, 262; BVerwG, Beschluss vom 06.03.2019, 6 B 135/18, NZG 2019, 867.

5 Für eine eingehende Kritik insofern MünchKomm-BGB/*Weitemeyer*, 9. Aufl. 2021, § 80 Rdnr. 181 ff.

die Stiftungsauflösung) sowie der umfassenden Anwendbarkeit der Reform auf Bestandsstiftungen. Auch Fragen der Komplementärfähigkeit der Stiftung, der zeitlichen Anwendbarkeit des Verbots der Zeitstiftung, des Verbots der Dauertestamentsvollstreckung sowie weitere Einzelprobleme adressierte *Weitemeyer* sodann kurz – jeweils seien die zahlreichen gesetzgeberseitig geschaffenen Rechtsunsicherheiten zu beklagen. Zum Abschluss wies die Referentin ferner auf einige Fragen der „Foundation Governance“ im neuen Recht hin. Positiv hob sie dabei insbesondere die Ermöglichung virtueller Organbeschlüsse im Wege der Satzungsdurchbrechung im Vereins- und Stiftungsrecht hervor.⁶ Auch im Bereich der Stiftungsorgane blieben jedoch

Wünsche offen – *Weitemeyer* hob insofern das unzureichende Beschlussmängelrecht hervor. Mit dieser Aussicht auf künftigen Regelungsbedarf schloss sie ihren Vortrag.

Hiernach eröffnete *Grigoleit* die Diskussions- und Frageunde. Die Tagung wurde aufgezeichnet und ist auf der Homepage der Forschungsstelle abrufbar (https://www.jura.uni-muenchen.de/forschung/forschungsstellen/forschung_notar/veranstaltungen/index.html und www.notarrechtswissenschaft.de, jeweils unter „Veranstaltungen“). Dort sind auch die von den Referenten zur Verfügung gestellten Präsentationen abrufbar.

6 Bundesrats-Entwurf Gesetz zur Ermöglichung digitaler Mitgliederversammlungen im Vereinsrecht, BT-Drucks. 20/2532.

Spätnachmittagstagung zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung der Universität Heidelberg am 07.10.2022

Von **Elisabeth Dux**,¹ Heidelberg

Am 07.10.2022 fand im Hörsaal 14 der Neuen Universität die Spätnachmittagstagung zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung (NotaReG) der Universität Heidelberg statt. Unter der Moderation von Professor Dr. *Christian Heinze*, LL.M. (Cambridge), Professor am Institut für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht der Universität Heidelberg und Beiratsmitglied der NotaReG, wurden durch drei Fachvorträge verschiedene Aspekte der Reform beleuchtet. Zu Beginn der Tagung begrüßte Professor Dr. *Christian Baldus*, Leiter der Forschungsstelle und Direktor des Instituts für geschichtliche Rechtswissenschaft der Universität Heidelberg, das Publikum. Dabei stellte er kurz den Anlass der Tagung dar: das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 04.05.2021,² welches am 01.01.2023 in Kraft trat. Mit dieser „Operation am offenen Herzen des BGB-Personenrechts“, so *Baldus*, schreite der Gesetzgeber weiter auf dem Weg, welchen er vor über 20 Jahren eingeschlagen habe, und versuche, Lehren aus erkannten praktischen Problemen zu ziehen.

Professorin Dr. *Christina Eberl-Borges*, Inhaberin des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, insbesondere Familien- und Erbrecht, sowie Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Johannes Gutenberg-Universität Mainz, stellte zunächst die Grundlagen der Reform dar. Dabei ging sie auf die verschiedenen Gebiete des BGB ein, die durch die umfassende Neuregelung betroffen sind, wobei sie vor allem das Kernstück der Reform, das Betreuungsrecht, beleuchtete. Die Referentin arbeitete heraus, dass Anlass für die Reform die UN-Behindertenrechtskonvention sei. Mit der Neufassung solle die größtmögliche Selbstbestimmung des Betroffenen und eine deutlichere Verankerung der Vorgaben von Art. 12 UN-BRK erreicht werden. In ihrem Vortrag referierte *Eberl-Borges* zunächst zum Grundsatz der Erforderlichkeit, welcher bei der Betreuung in zweierlei Hinsicht gelte: So könne die Betreuung nach § 1814 Abs. 3 BGB n. F. nur angeordnet werden, wenn dies zum Schutz des Betroffenen erforderlich ist. Der Betreuer dürfe nach § 1821 Abs. 1 BGB n. F. weiterhin nur tätig werden, soweit dies erforderlich sei. Mit § 1814 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BGB n. F. solle im Vergleich zu § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F. eine deutlichere Herausstellung anderer Hilfen erfolgen, welche die Erforderlichkeit der Bestellung eines Betreuers entfallen lassen. § 8 Abs. 1 Satz 2-4, Abs. 2 des BtOG, welches das Betreuungsbehördengesetz ersetzt, sehe dabei anders als § 4 Abs. 2 Satz 2 und 3 BtBG unter anderem eine erweiterte

1 Die Autorin ist Doktorandin an der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg und ehemalige Geschäftsführerin der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung.

2 BGBl. 2021 I, S. 882.



Unterstützung des Betroffenen durch die Betreuungsbehörde vor, was auch der Kosteneinsparung dienen sollte.

Im Folgenden betonte *Eberl-Borges* die Veränderungen der Reform in Bezug auf den Maßstab des Betreuerhandelns: Statt wie bisher um das Wohl des Betreuten (§ 1901 Abs. 2 Satz 1 BGB a. F.) solle es nun um die Wünsche desselben gehen (§ 1821 Abs. 2 Satz 1 BGB n. F.). Dabei habe der Betreuer mit Ausnahme des § 1821 Abs. 3 BGB n. F. konsequent eine subjektive Sichtweise des Betreuten zugrunde zu legen, hilfsweise gelte der mutmaßliche Wille (§ 1821 Abs. 4 BGB n. F.). Auch bisher sei das Wohl des Betreuten von seinen Wünschen her verstanden worden (§ 1901 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F.), die „Wohlschranke“ des § 1901 Abs. 3 Satz 1 BGB a. F. gelte nun aber nicht mehr. Zur gesetzlichen Vertretung führte *Eberl-Borges* aus, dass der Betreuer wie bisher gesetzlicher Vertreter des Betreuten sei (§ 1823 BGB n. F., § 1902 BGB a. F.). Innen- und Außenverhältnis seien weiterhin getrennt, wobei das „rechtliche Können“ das „rechtliche Dürfen“ übersteige, das Vertretergeschäft also aus Gründen des Verkehrsschutzes auch bei Verstoß gegen die Bindungen im Innenverhältnis wirksam sei. Für solche Fälle sehe § 1826 Abs. 1 BGB n. F. aber eine Schadensersatzpflicht des Betreuers vor.

Anschließend erläuterte *Eberl-Borges* die Veränderungen im Bereich des Vormundschaftsrechts: Seit Entstehung des BGB seien die Vorschriften im Wesentlichen gleichgeblieben, obwohl sich die Fälle, die durch das Vormundschaftsrecht geregelt werden, durchaus geändert hätten. Während der BGB-Gesetzgeber vor allem detaillierte Regelungen zur Vermögenssorge traf, war die Personensorge kaum normiert. Dem begegnete unter anderem bereits die Vormundschaftsreform 2011. Es entstand die Pflicht des Vormunds zum regelmäßigen persönlichen Kontakt (§ 1793 Abs. 1a BGB a. F.) und dazu, die Pflege und Erziehung des Kindes persönlich zu fördern und zu gewährleisten (§ 1800 Satz 2 BGB a. F.). Die jetzige Reform würde diesen Ansatz, so *Eberl-Borges*, noch weiterführen: § 1795 Abs. 1 Satz 2 BGB n. F. statuiere die volle Sorgeverantwortung des Vormunds, weiterhin seien neue Regelungen zum Verhältnis von Vormund und Pflegeperson bei Fremdunterbringung des Kindes getroffen worden (§§ 1796 f. BGB n. F.).

Im Folgenden ging *Eberl-Borges* auf das neue Ehegattenvertretungsrecht des § 1358 BGB n. F. ein. Es sei ein gesetzliches Notvertretungsrecht des Ehegatten in medizinischen Akutsituationen vorgesehen, wobei der Ehegatte den gleichen Bindungen und Pflichten unterliege wie ein Betreuer (Abs. 6). Das Vertretungsrecht entfalle unter anderem bei Getrenntleben der Ehegatten, bei Ablehnung der Vertretung durch den vertretenen Ehegatten und nach Ablauf von sechs Monaten. *Eberl-Borges* betonte, dass es viel Kritik an der Regelung gebe, unter anderem werde beanstandet, dass die Norm nicht weit genug gehe, da sie sonstige nahe Angehörige nicht einbeziehe. Weiterhin sei eine Missbrauchsgefahr gegeben, zum Beispiel wenn sich die Ehegatten in der Vor-Trennungsphase befänden und sich nicht mehr an den Wünschen des anderen orientierten. Das neue Ehegattenvertretungsrecht könne weiterhin zur Folge haben, dass es in Zukunft weniger Vorsorgevollmachten gebe,

da der Eindruck entstehen könne, es bestehe keine Notwendigkeit zur Privatvorsorge mehr.

Zusammenfassend stellte *Eberl-Borges* fest, dass der dritte Abschnitt des vierten Buchs des BGB (§§ 1773-1921 BGB) durch die Reform vollkommen neu strukturiert werde. Unter anderem ändere sich die Verweisungsrichtung, indem die übrigen Sorgeverhältnisse nicht mehr auf das Vormundschaftsrecht, sondern auf das Betreuungsrecht verweisen. *Eberl-Borges* qualifizierte das neue Vormundschafts- und Betreuungsrecht gegenüber den bisherigen Regelungen als sprachlich genauer und strukturell bereinigt. Die Reform führe zu einer leichteren Anwendbarkeit und einer geringeren Gefahr von Fehlern. Problematisch seien allerdings die Regelungen zur Ehegattenvertretung.

Notarin Dr. *Karin Raude* aus Aachen sprach im Anschluss über die Auswirkungen der Reform auf das Gesellschafts- und Grundstücksrecht, welches ihrer Meinung nach neben der Vorsorgevollmacht am stärksten von der Reform betroffen sei. Notare würden bei vielen Rechtsgeschäften in diesen Bereichen mitwirken, wie bei Gesellschaftsgründungen, Grundstückskäufen usw. Die Beteiligung von betreuten Personen an diesen Rechtsgeschäften stelle Notare häufig vor Schwierigkeiten. Relevant seien laut *Raude* vor allem folgende grundsätzliche Fragestellungen: 1. Kann der gesetzliche Vertreter den Betroffenen vertreten oder bedarf es der Beteiligung eines Ergänzungspflegers oder (Ergänzungs-)Betreuers? 2. Bedarf die Erklärung des gesetzlichen Vertreters der familien- oder betreuungsgerichtlichen Genehmigung? 3. Ist die Erklärung genehmigungsfähig?

Zunächst ging *Raude* auf die bisherige Rechtslage ein: In § 1795 BGB a. F. war angeordnet, in welchen Fällen die Vertretungsmacht des Vormunds ausgeschlossen war. Die Norm fand entsprechende Anwendung auf Eltern (§ 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB a. F.), Betreuer (§ 1908i Abs. 1 BGB a. F.) und Pfleger (§ 1915 Abs. 1 BGB a. F.). Im Grundstücksrecht fanden sich Genehmigungserfordernisse für Vormünder in § 1821 BGB a. F. und § 1812 BGB a. F., auch diese Normen galten entsprechend für Eltern (§ 1643 Abs. 1 BGB a. F. bzgl. § 1821 BGB a. F.), Betreuer (§ 1908i Abs. 1 BGB a. F.) und Pfleger (§ 1915 Abs. 1 BGB a. F.). Im gesellschaftsrechtlichen Kontext waren bzgl. der Genehmigungserfordernisse beim Vormund § 1822 Nr. 3, 10 und 11 BGB a. F. relevant, wobei auch diese Normen entsprechend für Eltern (§ 1643 Abs. 1 BGB a. F.), Betreuer (§ 1908i Abs. 1 BGB a. F.) und Pfleger (§ 1915 Abs. 1 BGB a. F.) galten. Im Folgenden thematisierte *Raude* Problemfälle nach der alten Rechtslage, wobei sie im Grundstücksrecht die rechtliche Vorteilhaftigkeit bei der Übertragung vermieteten Grundbesitzes unter Nießbrauchsvorbehalt/Rücküberweisungsrechten des Veräußerers und die Anwendbarkeit des § 1822 Nr. 10 BGB a. F. bei der unentgeltlichen Übertragung einer Wohnungs- und Teileigentumseinheit ansprach. In Bezug auf das Gesellschaftsrecht ging sie auf die Themenfelder der Übertragung eines GmbH-Anteils, der Übertragung eines voll eingezahlten Kommanditanteils, der nachträglichen Änderung des Gesellschaftsvertrags und der Geschäfte einer Gesellschaft ein. In der notariellen Praxis sei all den Problemfällen in dem

Sinne begegnet worden, dass im Zweifel eine Genehmigung eingeholt wurde.

Sodann erläuterte *Raude* die Rechtslage nach der Reform und sprach in Bezug auf das Grundstücksrecht § 1850 BGB n. F. und § 1833 Abs. 3 Nr. 4 BGB n. F. an. Für das Gesellschaftsrecht thematisierte sie § 1852 BGB n. F. und § 1854 Nr. 4 BGB n. F. Auch nach der neuen Rechtslage würden sich Probleme ergeben: Bezüglich des Grundstücksrechts vermutete *Raude* durch die neue Regelung des § 7 Abs. 1 BTOG einen Bedeutungsverlust der günstigen Beglaubigungsmöglichkeit durch eine Urkundsperson einer Betreuungsbehörde, da die Wirkung der Beglaubigung nach der Norm mit dem Tod des Vollmachtgebers ende und somit nun ein „Lebensnachweis“ gefordert werden könne. Im Gesellschaftsrecht könnten sich Probleme bei genehmigungsfreien Gesellschaftsgründungen, dem Erwerb von Aktien, der mittelbaren Veräußerung eines Erwerbsgeschäfts, dem Erwerb im Wege eines Vermächtnisses und dem „Erwerb“ im Wege der Kapitalerhöhung ergeben. Insgesamt seien die Genehmigungserfordernisse im Gesellschaftsrecht erweitert worden.

Zusammengefasst vermutete *Raude* im Grundstücksrecht einen Bedeutungsgewinn notarieller Vollmachten, da die betreuungsbehördlich beglaubigte Vollmacht eventuell nicht mehr einsetzbar sein werde. Weiterhin ergäben sich durch die neuen Regelungen auch neue Gestaltungsmöglichkeiten, so seien Schenkungen durch Betreuer nicht mehr ausgeschlossen. In Bezug auf das Gesellschaftsrecht nahm *Raude* zunächst eine teilweise einfachere Handhabung an, da nicht mehr zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften unterschieden werde. Die Abgrenzung zwischen Vermögensverwaltung und Erwerbsgeschäft würde allerdings an Bedeutung gewinnen. Weiterhin sei die Schenkung von Kapitalgesellschaftsbeteiligungen nun häufiger genehmigungspflichtig. Aufgrund dieser und vieler weiterer Zweifelsfragen vertrat *Raude* die Ansicht, dass der sicherste Weg weiterhin sei, im Zweifel eine Genehmigung des Betreuungsgerichts einzuholen.

Zuletzt beleuchtete Dr. *Gabriele Müller-Engels*, Referatsleiterin für Erb- und Familienrecht beim Deutschen Notarinstitut in Würzburg, die Auswirkungen der Reform auf die Vorsorgevollmacht. Dabei ging sie zunächst auf die dogmatische Grundlage und die Entwicklung des Rechtsinstituts ein und betonte die große Bedeutung der Vorsorgevollmacht für die notarielle Praxis. Die Schaffung eines neuen „Zentralparagrafen Vorsorgevollmacht“ im Rahmen der Reform des § 1820 BGB n. F. drücke laut *Müller-Engels* eine große Wertschätzung des Rechtsinstituts aus. Nach wie vor gebe es keine Legaldefinition; in der Gesetzesbegründung fänden sich aber einige Erläuterungen: Bei der Vorsorgevollmacht handele es sich um eine Vollmacht nach den §§ 164 ff. BGB, der ein Auftrags- bzw. Geschäftsbesorungsverhältnis zugrunde liege. Der Vollmachtzweck, die Vorsorge, gehöre zum Innenverhältnis. Weiterhin werde am Subsidiaritätsprinzip festgehalten, sodass bei Vorliegen einer Vorsorgevollmacht grundsätzlich kein Betreuer bestellt werde. Allerdings werde durch die Reform der Kreis der Personen, die als Bevollmächtigte ungeeignet sind, erweitert

(vgl. § 1814 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, § 1816 Abs. 6 BGB n. F.). Dies bedeute, so *Müller-Engels*, eine starke Einschränkung der Privatautonomie des Vollmachtgebers.

Im Folgenden ging die Referentin auf das in § 1820 Abs. 2 BGB n. F. geregelte Ausdrücklichkeitserfordernis in Angelegenheiten der Personensorge ein. Hierin liege aber keine Verschärfung der Form- oder Wirksamkeitsvoraussetzungen der Vorsorgevollmacht, im Abs. 2 der Norm seien nur die bereits vor der Reform geltenden Erfordernisse gebündelt aufgeführt. In § 1820 Abs. 3 BGB n. F. fänden sich nun erstmals auch die Voraussetzungen für die Bestellung eines Kontrollbetreuers und nicht nur der Aufgabenbereich desselben. *Müller-Engels* problematisierte hier den Wortlaut des subjektiven Tatbestands des § 1820 Abs. 3 Nr. 1 BGB n. F., der keine psychischen Beeinträchtigungen des Vollmachtgebers mehr erfordere und somit die Gefahr ungerechtfertigter Eingriffe in das Selbstbestimmungsrecht der Betroffenen durch die Bestellung eines Kontrollbetreuers berge.

Im Anschluss thematisierte *Müller-Engels* die in § 1820 Abs. 4 BGB n. F. neu geschaffene Möglichkeit der Suspendierung der Vorsorgevollmacht: Zur Vermeidung eines endgültig wirkenden Widerrufs könne das Betreuungsgericht bei bestehendem, aber noch nicht bestätigtem Missbrauchsverdacht anordnen, dass der Bevollmächtigte die ihm erteilte Vollmacht nicht ausüben darf. Die Referentin deutete allerdings an, dass nach der Formulierung unklar sei, ob die Anordnung des Gerichts das rechtliche Dürfen des Bevollmächtigten oder das rechtliche Können beschränkt. Schließlich ging *Müller-Engels* auf Abs. 6 der Norm ein, welcher den Widerruf der Vorsorgevollmacht regelt. Neu sei, dass jeder Betreuer, nicht nur ein Kontrollbetreuer, die Vollmacht innerhalb seines Aufgabenbereichs widerrufen kann. Allerdings sei der Widerruf als *ultima ratio* an strenge Voraussetzungen gebunden. Durch die Reform neu sei weiterhin die Regelung, dass der Widerruf künftig betreuungsgerichtlich genehmigt werden muss. Als problematisch sah die Referentin bei Abs. 6 die Tatsache an, dass jeder Betreuer nur im Umfang des ihm übertragenen Aufgabenbereichs Widerrufskompetenz erhalte, sodass die Vorsorgevollmacht auch nur teilweise widerrufen werden könne. Im Folgenden bestünden „Vollmachtsfragmente“ weiter, deren Wirksamkeit fraglich sei.

Zuletzt äußerte sich *Müller-Engels* zu § 1358 BGB n. F., welcher ein gesetzliches Ehegattenvertretungsrecht in Gesundheitsangelegenheiten vorsehe. Hierbei schloss sie sich in ihren Ausführungen weitgehend *Eberl-Borges* an, wobei auch sie die Sorge äußerte, dass es durch die Norm zu einer Schwächung der Vorsorgevollmacht komme. Zusammenfassend stellte *Müller-Engels* fest, dass durch die Reform zwar einige Probleme in Bezug auf die Vorsorgevollmacht gelöst, manche Regelungen aber dogmatisch nicht ausgereift seien.

Nach einem Schlusswort von *Heinze*, in dem er die wichtigsten Ergebnisse der Tagung zusammenfasste und sich für die Vorträge bedankte, fand ein Empfang im Foyer vor der Neuen Aula statt, in dessen Rahmen die Möglichkeit zum Austausch über die Reform rege genutzt wurde.



Veranstaltungen des DAI

1. **Optimierung der Notarstelle**
(Tondorf)
03.07.2023 in Bochum oder als Livestream
2. **Intensivkurs Grundstücksrecht**
(Berkefeld/Forschner)
06.07.–07.07.2023 in Lübeck-Travemünde und als Livestream
3. **Handelsregisteranmeldungen für Mitarbeiter im Notariat**
(Schulte)
07.07.2023 in Berlin oder als Livestream
4. **Aktuelles Handels- und Gesellschaftsrecht – Teil 1: Rechtsfragen der Beratung von haftungsbeschränkten Gesellschaften in Krise und Insolvenz – M and A: Transaktionsvorbereitung, Vertragsgestaltung und aktuelle Fragestellungen**
(Schadbach)
20.07.–21.07.2023 in Lübeck-Travemünde
5. **Aktuelles Notarkostenrecht**
(Volpert)
21.07.2023 in Kassel
6. **Aktuelles Handels- und Gesellschaftsrecht – Teil 2: Einstweiliger Rechtsschutz im Personen- und Kapitalgesellschaftsrecht unter Einbeziehung des aktienrechtlichen Freigabeverfahrens**
(Rensen)
22.07.2023 in Lübeck-Travemünde
7. **Familienrecht – Teil 1**
(Lies-Benachib/Wesseler)
27.07.–28.07.2023 in Lübeck-Travemünde
8. **Familienrecht – Teil 2**
(Härtl)
29.07.2023 in Lübeck-Travemünde
9. **Aktuelles Insolvenzrecht – Teil 1**
(Kirstein/Michaelis/Roth/Schmidt)
31.07.–01.08.2023 in Lübeck-Travemünde
10. **Aktuelles Insolvenzrecht – Teil 2**
(Schultz)
02.08.2023 in Lübeck-Travemünde
11. **Erbrecht Teil 1**
(Braband/Rißmann/Schulte)
17.08.–18.08.2023 in Dresden
12. **Erbrecht Teil 2**
(Rißmann)
19.08.2023 in Dresden
13. **Aktuelles Notarkostenrecht**
(Stephan)
25.08.2023 in Oldenburg und als Livestream
14. **Optimierung der Notarstelle**
(Tondorf)
28.08.2023 im Heusenstamm (bei Frankfurt a. M.) oder als Livestream
15. **Optimierung der Notarstelle**
(Tondorf)
01.09.2023 in Kiel
16. **Öffentliches Recht in der notariellen Praxis**
(Meier/Schmitt)
04.09.2023 in Berlin und als Livestream
17. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**
(Berkefeld)
08.09.2023 in Kassel

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. Abele/Klinger/Maulbetsch: Pflichtteilsansprüche reduzieren und vermeiden. 3. Aufl., Beck, 2023. 279 S., 99,00 €
2. Berkefeld/Sikora/Wagner: Handelsregisteranmeldungen mit Kostenberechnungen. 8. Aufl., Beck, 2023. 566 S., 99,00 €
3. Demharter: GBO. Kommentar. 33. Aufl., Beck, 2023. 1398 S., 109,00 €
4. Ebers: StichwortKommentar Legal Tech. 1. Aufl., Nomos, 2023. 1418 S., 149,00 €
5. Götz/Hülsmann: Der Nießbrauch im Zivil- und Steuerrecht. 13. Aufl., NWB, 2023. 561 S., 76,00 €
6. Heckschen/Limmer/Blath/Forschner: Gesellschaftsrecht zwischen Wissenschaft und Notarpraxis. Festschrift für Andreas Heidinger zum 65. Geburtstag. 1. Aufl., Beck, 2023. 651 S., 249,00 €
7. Kleffmann/Soyka: Praxishandbuch Unterhaltsrecht. 5. Aufl., Luchterhand, 2023. 536 S., 109,00 €
8. Kurze: Vorsorgerecht. 2. Aufl., Beck, 2023. 758 S., 99,00 €
9. Leithaus/Nerlich/Riewe: AnfG. Kommentar. 2. Aufl., Beck, 2023. 129 S., 55,00 €
10. Lutter/Hommelhoff: GmbHG. Kommentar. 21. Aufl., Otto Schmidt Verlag, 2023. 2114 S., 149,00 €
11. Musielak/Voit: ZPO mit Gerichtsverfassungsgesetz. Kommentar. 20. Aufl., Vahlen, 2023. 3161 S., 169,00 €
12. Notarkasse München A. d. ö. R./Pelikan: Grundbuch lesen und verstehen. 2. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2023. 200 S., 19,90 €
13. Pahlke: GrEStG. Kommentar. 7. Aufl., Beck, 2023. 734 S., 119,00 €
14. Ring: Reform des Personengesellschaftsrechts. 1. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2023. 392 S., 69,00 €
15. Schäfer: Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft. Sonderausgabe aus Band 7 (Schuldrecht Besonderer Teil IV) des Münchener Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 9. Aufl., Beck, 2023. 832 S., 119,00 €
16. Schmidt: EStG. Kommentar. 42. Aufl., Beck, 2023. 2612 S., 125,00 €
17. Schwedhelm: Die Unternehmensumwandlung. 10. Aufl., Otto Schmidt, 2023. 622 S., 99,00 €
18. Stöber: ZVG-Handbuch. Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen. 10. Aufl., Beck, 2023. 547 S., 99,00 €
19. Toussaint: Kostenrecht. Kommentar. 53. Aufl., Beck, 2023. 2970 S., 169,00 €
20. Uhlenbruck: Insolvenzordnung: InsO, Band 2: EuInsVO, SanInsKG (früher COVInsAG), StaRUG. Kommentar. 16. Aufl., Beck, 2023. 1362 S., 119,00 €
21. Wever: Vermögensauseinandersetzung der Ehegatten außerhalb des Güterrechts. 8. Aufl., Giesecking, 2023. 700 S., 84,00 €
22. Zimmermann: Die Testamentsvollstreckung. 6. Aufl., Erich Schmidt, 2023. 612 S., 98,00 €



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Hans Huber
verstorben am 10.05.2023

Notar Dr. Thomas Wachter
verstorben am 09.06.2023

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 31.05.2023

Notar Sebastian Schmitt, Werneck

Mit Wirkung zum 01.06.2023:

Notar Felix Schmitt, Berlin
(Geschäftsführer der BNotK)

Mit Wirkung zum 31.07.2023:

Notar Christian Diel, Burglengenfeld

Mit Wirkung zum 31.08.2023:

Notar Dr. Harald Franz, Bayreuth

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.06.2023:

Cadolzburg	dem Notarassessor Simon Braun (bisher in Berlin)
------------	--

Cadolzburg	dem Notarassessor Felix Schmitt (Geschäftsführer der BNotK)
------------	--

Werneck	der Notarassessorin Franziska Osterholzer (bisher in München, Notarstellen Dr. Görk/ Dr. Berringer)
---------	---

Mit Wirkung zum 01.07.2023:

Aschaffenburg (in Sozietät mit Notar Dr. Thilo Morhard)	dem Notar Michael Volmer (bisher in Starnberg)
---	--

4. Sonstige Veränderungen

Notarassessor Dr. Georg Haas, Kaiserslautern, ist auf eigenen Wunsch zum 01.06.2023 aus dem Anwärterdienst ausscheiden.

Notarassessorin Dr. Veronika Maier, München, ist auf eigenen Wunsch zum 16.06.2023 aus dem Anwärterdienst ausgeschieden.



Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Notarin Monika Busse
M. busse@notarin-neustadtaisch.de

Notar Prof. Dr. Robert Sieghörtner
M. info@notar-graefenberg.de



Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Fichtenstraße 8, 82061 Neuried, T. 089 5482170, F. 089 555551, notarkammer.universalmedien.de

