

MittBayNot

Begründet 1864

5 | 2022

September | Oktober 2022

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
80333 München

Schriftleitung:

Florian Drexler,
Notarassessor
Julia Kilian,
Notarassessorin

Herausgeberbeirat:

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

Dr. Johann Frank,
Notar in Amberg

Dr. Susanne Frank,
Notarin in München

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

Prof. Dr. Dieter Mayer,
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,
Notar in Roth

AUFSÄTZE

- Geck:** Betrieblich genutzter Grundbesitz und Erbschaftsteuer – neue Entwicklungen aufgrund aktueller Rechtsprechung des BFH 417
-
- Schütz:** Beschlussnachweis in der „Digitalisierungsfalle“? 424
-
- B. Strauß:** Praxisupdate IPR 429

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- Volmer zu OLG München:** Zuwendung des „vorhandenen Bargeldes“ in einem privatschriftlichen Testament 470
-
- Reimann zu KG:** Zur Geltung der §§ 2113, 2114 BGB für den Vorerbentestamentsvollstrecker 473
-
- Friedberger zu OLG Frankfurt a. M.:** Begrenzung der Verzichtswirkung eines Erbverzichtsvertrags auf einzelne Abkömmlinge 479
-
- Hecht zu BGH:** Keine Amtslöschung bei Anmeldung der Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers 485
-
- Ackermann zu OLG Hamm:** Nachlassspaltung aufgrund gewöhnlichen Aufenthalts in Thailand und Anwendbarkeit des thailändischen IPR 490
-
- Keim zu OLG Karlsruhe:** Rückgabe eines mit einem Ehevertrag verbundenen gemeinschaftlichen öffentlichen Testaments aus der besonderen amtlichen Verwahrung 497
-
- Ihle zu BFH:** Keine freigebige Zuwendung bei sogenannter Bedarfsabfindung für den Scheidungsfall 510

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:

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

Schriftleitung:

Notarassessor Florian Drexler,
Notarassessorin Julia Kilian

*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** 5 | 2022

AUFSÄTZE 417		SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT	
Geck: Betrieblich genutzter Grundbesitz und Erbschaftsteuer – neue Entwicklungen aufgrund aktueller Rechtsprechung des BFH	417	5. Keine Kündigung des Nießbrauchs nach § 314 Abs. 1 BGB bei Verletzung der Pflichten aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis (BGH, Versäumnisurteil vom 21.01.2022, V ZR 233/20)	452
Schütz: Beschlussnachweis in der „Digitalisierungsfalle“?	424	6. Vorsorgliche Bestimmung rechtlich nicht sonder-eigentumsfähiger Gebäudeteile zu Sondernutzungs-flächen in der Teilungserklärung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.05.2022, 3 Wx 59/22)	455
B. Strauß: Praxisupdate IPR	429	7. Keine Eintragungsfähigkeit einer Haftungsbeschrän-kung des Nießbrauchers auf eigenübliche Sorgfalt (OLG Nürnberg, Beschluss vom 08.11.2021, 15 W 3774/21)	457
BUCHBESPRECHUNGEN 438		FAMILIENRECHT	
Faßbender: Notariatskunde (Bernert)	438	8. Prüfungskompetenz des Grundbuchamts hinsichtlich des Erfordernisses der Zustimmung nach § 1365 BGB bei der Bestellung von Finan-zierungsgrundpfandrechten (KG, Beschluss vom 01.03.2022, 1 W 471/21)	459
Rapp/Wiegand: Staudinger BGB – Buch 3: Sachenrecht: ErbbauRG: Erbbaurechtsgesetz (Weigl)	439	ERBRECHT	
Schimanski: Wegweiser durch die NotAktVV mit elektronischem Urkundenarchiv und Verzeich-nissen (Wolf)	440	9. Kein Ausschlagungsrecht des Nachlasspflegers (BGH, Beschluss vom 16.03.2022, IV ZB 27/21)	460
Winkler: Beurkundungsgesetz (Starnecker)	442	10. Grundsätzlich keine Angabe des Berufungs-grundes im Erbschein (BGH, Beschluss vom 08.09.2021, IV ZB 17/20 – Ls.)	463
RECHTSPRECHUNG 443		11. Zuwendung des „vorhandenen Bargeldes“ in einem privatschriftlichen Testament (OLG München, Beschluss vom 05.04.2022, 33 U 1473/21)	
Bürgerliches Recht		12. Zur Geltung der §§ 2113, 2114 BGB für den Vorerbentestamentsvollstrecker (KG, Beschluss vom 11.01.2022, 1 W 252/21) mit Anmerkung Reimann	
ALLGEMEINES		13. Begrenzung der Verzichtswirkung eines Erbverzichtsvertrags auf einzelne Abkömmlinge (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21.06.2021, 21 W 39/21)	
1. Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem vermie-teten Grundstück nicht lediglich rechtlich vorteilhaft (BGH, Beschluss vom 28.04.2022, V ZB 4/21)	443	mit Anmerkung Friedberger	479
2. Schlagwortartige Eintragung eines „Verweilrechts“ im Grundbuch (BGH, Urteil vom 17.12.2021, V ZR 44/21)	445		
3. Vertretungsbescheinigung eines niederländischen Notars zum Nachweis gegenüber dem Grund-buchamt (OLG Schleswig, Beschluss vom 16.05.2022, 2 Wx 40/21)	448		
4. Eintragung einer Grundschuld zugunsten der im Rahmen der Verschmelzung aufnehmenden Gläubigerin (KG, Beschluss vom 24.03.2022, 1 W 2/22)	450		



Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 5 | 2022

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Keine Eignung der vorangestellten Sonderzeichen „//“ zur Kennzeichnung einer Firma (BGH, Beschluss vom 25.01.2022, II ZB 15/21) 480

15. Keine Amtslöschung bei Anmeldung der Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers (BGH, Beschluss vom 09.03.2021, II ZB 33/20) mit Anmerkung **Hecht** 482
485

16. Gerichtliche Ersetzung der Anmeldung des Ausscheidens eines Kommanditisten (KG, Beschluss vom 21.12.2021, 22 W 84/21 – Ls.) 487

Internationales Privatrecht

17. Nachlassspaltung aufgrund gewöhnlichen Aufenthalts in Thailand und Anwendbarkeit des thailändischen IPR (OLG Hamm, Beschluss vom 10.08.2021, 10 W 53/21) mit Anmerkung **Ackermann** 487
490

Beurkundungs- und Notarrecht

18. Einsetzung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker (BGH, Beschluss vom 23.02.2022, IV ZB 24/21) 493

19. Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG beim Auftreten des Sozios als (ggf. vollmachtloser) Vertreter einer Vertragspartei (BGH, Beschluss vom 19.07.2021, NotSt(Brfg) 1/21 – Ls.) 495

20. Rückgabe eines mit einem Ehevertrag verbundenen gemeinschaftlichen öffentlichen Testaments aus der besonderen amtlichen Verwahrung (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 24.02.2022, 14 W 6/22) mit Anmerkung **Keim** 495
497

Öffentliches Recht

21. Rücknahme oder Widerruf einer Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz (BGH, Beschluss vom 29.04.2022, BLW 5/20) 498

Steuerrecht

22. Steuerfreistellung des Gewinns aus der Veräußerung eines mit einem „Gartenhaus“ bebauten Grundstücks (BFH, Urteil vom 26.10.2021, IX R 5/21 – Ls.) 508

23. Keine freigebige Zuwendung bei sogenannter Bedarfsabfindung für den Scheidungsfall (BFH, Urteil vom 01.09.2021, II R 40/19) mit Anmerkung **Ihle** 508
510

24. Erbschaftsteuerrechtliche Behandlung der Anwachsung eines KG-Anteils bei übersteigendem Abfindungsanspruch (BFH, Urteil vom 08.06.2021, II R 2/19 – Ls.) 512

SONSTIGES 513

Tagungsberichte

Fillmann: Eröffnungsfeier der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung der Universität Heidelberg am 04.06.2022 513

Kochendörfer: Nachfolge in Familienunternehmen
Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht der LMU am 29.06.2022 516

Veranstaltungshinweise 520

Neuerscheinungen 521

STANDESNACHRICHTEN 522

Betrieblich genutzter Grundbesitz und Erbschaftsteuer – neue Entwicklungen aufgrund aktueller Rechtsprechung des BFH

Von Rechtsanwalt, Steuerberater, Notar a. D. Dr. **Reinhard Geck**, Hannover



Der II. Senat des BFH hat in jüngster Zeit mit drei Entscheidungen zu der für die Praxis wichtigen Frage Stellung bezogen, unter welchen Voraussetzungen Grundbesitz im steuerlichen Betriebsvermögen von der Belastung mit Erbschaftsteuer verschont wird. Der Beitrag erläutert die Entscheidungen und gibt Gestaltungsempfehlungen.

I. Einführung

1. Ermittlung des begünstigten Vermögens

Insbesondere für die Steuerplanung ist von entscheidender Bedeutung, ob der Erwerber unternehmerisch gebundenen Vermögens den Verschonungsabschlag gemäß §§ 13a-c ErbStG zwecks Entlastung des ihm angefallenen Vermögens erhält bzw. bei Großerwerben einen Anspruch auf Steuererlass gemäß § 28a ErbStG hat. Bei Erwerbem der Steuerklasse II und III tritt noch die Tarifbegrenzung (§ 19a ErbStG) als weitere Entlastung hinzu. Die Prüfung erfolgt für Erwerbe seit dem 01.07.2016¹ auf zwei Ebenen. Zunächst muss es sich um eine begünstigte Wirtschaftseinheit i. S. d. § 13b Abs. 1 Nr. 1-3 ErbStG handeln. Dies sind land- und forstwirtschaftliche Betriebe, Einzelunternehmen, gewerbliche Personengesellschaften (Mitunternehmerschaften) und Anteile an Kapitalgesellschaften mit einer Mindestbeteiligungsquote des Erblassers/Schenkens von mehr als 25 % des Nennkapitals, ersatzweise einer Poolvereinbarung.

Aus dem begünstigungsfähigen Vermögen ist das begünstigte Vermögen zu ermitteln, da nur dieses vom Verschonungsabschlag erfasst wird; vgl. § 13b Abs. 2 Satz 1 ErbStG. Zu einer solchen Prüfung kommt es jedoch nicht mehr, wenn der Bruttowert des Verwaltungsvermögens mindestens 90 % des gemeinen Wertes des begünstigungsfähigen Vermögens beträgt; § 13b Abs. 2 Satz 2 ErbStG. Das Bruttoverwaltungsvermögen wird – wie der Name schon zum Ausdruck bringt – nicht um die Schulden des Unternehmens gemindert, sodass insbesondere Handelsunter-

nehmen mit einem hohen Bestand an Finanzmitteln (Verwaltungsvermögen) Gefahr laufen, diesen Test nicht zu bestehen.² In diesem Fall wird keine Verschonung gewährt, und zwar auch nicht auf das begünstigte Vermögen.

Bei einem erfolgreich bestandenen 90 %-Test ist anschließend das schädliche Verwaltungsvermögen zu ermitteln und vom Wert des begünstigungsfähigen Vermögens der Wirtschaftseinheit zu subtrahieren. Die Differenz ist als begünstigtes Vermögen um den Verschonungsabschlag von 85 % oder 100 % zu entlasten; vgl. § 13a Abs. 1 Satz 1, Abs. 10 ErbStG.

2. Vermieteter Grundbesitz als Verwaltungsvermögen

Damit ist von ganz entscheidender Bedeutung, in welchem Umfang die begünstigungsfähige Wirtschaftseinheit steuerschädliches Verwaltungsvermögen enthält. Denn dieses unterliegt, soweit es den persönlichen Freibetrag überschreitet, der tarifären Erbschaftsteuer. Dies ist besonders bitter, wenn es dem Erwerber an der für die Steuerzahlung erforderlichen Liquidität fehlt. § 28 Abs. 1 ErbStG gewährt nur eine unzureichende Stundung der Erbschaftsteuer mit negativen Zinsfolgen.³

Die Vermögensgegenstände des Verwaltungsvermögens sind in § 13b Abs. 4 Nr. 1-5 ErbStG aufgeführt. So sind nach § 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 1 ErbStG Dritten zur Nutzung überlassene Grundstücke, Grundstücksteile, grundstücksgleiche Rechte und Bauten Verwaltungsvermögen. Nicht um solches handelt es sich, wenn die begünstigungsfähige Wirtschaftseinheit die vorgenannten Vermögensgegenstände für eigene gewerbliche Zwecke nutzt. Überlässt sie diese jedoch Dritten, steht nach der Vorstellung des Ge-

1 Gesetz zur Anpassung des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes an die Rechtsprechung des BVerfG vom 04.11.2016, BGBl. I, S. 2464.

2 Vgl. allerdings FG Münster, Urteil vom 24.11.2021, 3 K 2174/19 Erb, ZEV 2022, 110 m. Anm. *Korezkij/Reich*, welches den Anwendungsbereich der Norm auf vermögensverwaltende Gesellschaften begrenzt; der Ausgang des Revisionsverfahrens II R 49/21 ist mit Spannung zu erwarten.

3 Kritisch von Oertzen/Loose/Reich, ErbStG, 2. Aufl. 2020, § 28 Rdnr. 3.

setzgebers⁴ nicht eine gewerbliche Tätigkeit im Vordergrund, sondern eine vermögensverwaltende Tätigkeit im Kleide einer betrieblichen Einheit, die der Gesetzgeber nicht als begünstigungswürdig einstuft. Er hat jedoch erkannt, dass es Fälle gibt, in denen aus Betriebsvermögen heraus Dritten zur Nutzung überlassener Grundbesitz nicht als Verwaltungsvermögen einzuordnen ist, da sich bei näherer Betrachtung die Nutzungsüberlassung als gewerbliche Tätigkeit im engeren Sinne darstellt. Aus diesem Grunde hat er in § 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 lit. a)-f) ErbStG Ausnahmetatbestände festgelegt, die trotz Nutzungsüberlassung aus dem Betriebsvermögen heraus an Dritte die Einordnung als Verwaltungsvermögen ausschließen. Als wichtigste seien die Nutzungsüberlassung an die Betriebsgesellschaft im Rahmen einer Betriebsaufspaltung, die Nutzungsüberlassung im Wege des Sonderbetriebsvermögens bei einer Mitunternehmerschaft, die (Teil-)Betriebsverpachtung und die Nutzungsüberlassung im Rahmen eines Konzerns i. S. d. § 4h EStG genannt.

Mit diesen vorgenannten Konstellationen befassen sich die nachfolgend zu behandelnden drei Entscheidungen des BFH,⁵ wobei bereits an dieser Stelle ernüchert festzuhalten ist, dass in allen Fällen der BFH die Rechtsauffassung der Finanzverwaltung bestätigt und damit schädliches Verwaltungsvermögen bejaht hat. Alle drei Entscheidungen betreffen den Rechtszustand vor Inkrafttreten des aktuell geltenden Rechtes am 01.07.2016. Da die maßgebliche Norm des § 13b Abs. 2 Nr. 1 ErbStG a. F. der aktuellen Fassung des § 13b Abs. 4 Nr. 1 ErbStG entspricht, sind die Entscheidungen jedoch auf das aktuelle Recht anwendbar.⁶ Sie bestätigen die schon seit längerem zu beobachtende Tendenz,⁷ dass die Rechtsprechung des BFH das ErbStG tendenziell wortlautgetreu auslegt. Dies ist zum Vorteil des Steuerpflichtigen bei der Auslegung des Besteuerungstatbestandes, zu seinem Nachteil bei derjenigen der Steuerbefreiungen, und zwar nicht allein bei der Betriebsvermögensverschönerung.

II. Nutzungsüberlassung an Dritte

Wird der betriebliche Grundbesitz für eigene gewerbliche Zwecke genutzt, ist er kein Verwaltungsvermögen. Wird er, gleich ob entgeltlich oder unentgeltlich, Dritten zur Nutzung überlassen, ist er Verwaltungsvermögen, es sei denn, es liegt einer der in § 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 lit. a)-f) ErbStG kodifizierten Ausnahmetatbestände vor.

- 4 Gesetzesbegründung zum Entwurf des ErbStRG vom 28.01.2008, BT-Drucks. 16/7918, S. 35.
- 5 BFH, Urteil vom 02.12.2020, II R 22/18, BStBl. II 2022, S. 66 = ZEV 2021, 461 m. Anm. *Hannes/Lorenz*; Urteil vom 23.02.2021, II R 26/18, BStBl. II 2022, S. 72 = DStR 2021, 1753 m. Anm. *Kugelmüller-Pugh*; Urteil vom 16.03.2021, II R 3/19, DStR 2021, 1924 m. Anm. *Kugelmüller-Pugh*.
- 6 Zur Vereinfachung wird nachfolgend die aktuelle Gesetzesfassung zitiert.
- 7 Offenkundig ist dies bei der Rechtsprechung zum Familienheim (§ 13 Abs. 1 Nr. 4a-c ErbStG); siehe etwa BFH, Urteil vom 23.06.2015, II R 39/13, BStBl. II 2016, S. 225 = ZEV 2015, 658; Geck, DNotZ 2019, 805, 816.

Nach Auffassung des BFH⁸ ist Dritter jede Person, die selbstständig Rechte und Pflichten an Vermögensgegenständen erwerben kann. Danach ist auch Dritter jeder Personenzusammenschluss, gleich ob als Personenhandels-gesellschaft oder Kapitalgesellschaft. Ob der Personenzusammenschluss vermögensverwaltend oder gewerblich tätig ist, ist ohne Belang. Damit dürften auch Gesellschaften bürgerlichen Rechts Dritte i. S. d. § 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 1 ErbStG sein, da die Gesellschaft bürgerlichen Rechts rechtsfähig⁹ ist und als solche Rechte und Pflichten, auch an Grundbesitz erwerben kann. Wird Dritten Grundbesitz überlassen, ist dieser bei der überlassenden begünstigungsfähigen Wirtschaftseinheit Verwaltungsvermögen, sodass dann auf der nächsten Ebene nur noch zu prüfen ist, ob einer der Ausnahmetatbestände des § 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 lit. a)-f) ErbStG vorliegt.

Diese Ausnahmen sind – so der BFH¹⁰ – im Gesetz abschließend geregelt. Es handelt sich somit nicht um Regelbeispiele, die erweiternd ausgelegt werden können. Aus verfassungsrechtlichen Gründen soll eine Erweiterung über den Wortlaut der Norm hinaus ausscheiden.¹¹

III. Betriebsaufspaltung als Ausnahmetatbestand (§ 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 lit. a) Alt. 1 ErbStG)

1. Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung

Eine Überlassung an Dritte und damit Verwaltungsvermögen ist nicht anzunehmen, wenn der Erblasser oder Schenker sowohl im überlassenden Betrieb als auch im nutzenden Betrieb allein oder zusammen mit anderen Gesellschaftern einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen durchsetzen konnte, soweit die nutzende Gesellschaft diesen nicht entgeltlich oder unentgeltlich einem weiteren Dritten zur Nutzung überlässt. Damit ist die ertragsteuerliche Konstellation der Betriebsaufspaltung angesprochen. Mit dieser befasste sich der BFH im Urteil vom 02.12.2020.¹²

Sachverhalt (verkürzt):

A betrieb seit Jahrzehnten auf eigenem Grundbesitz ein Einzelunternehmen. Im Jahr 2000 gründete er gemeinsam mit seinen beiden Neffen, den Klägern, in Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine GmbH, an welcher A mit 1 %, die Kläger mit insgesamt 99 % beteiligt waren. A verpachtete zunächst sein Einzelunternehmen an die GmbH. Einige Jahre später veräußerte A die beweglichen Wirtschaftsgüter an diese und behandelte den bei ihm noch verbliebenen Grundbesitz als ruhenden Gewerbebetrieb, also ohne Betriebsaufgabe i. S. d. § 16 Abs. 3b EStG.

Im Jahr 2012 übertrug A den Klägern in Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Hinblick auf eine spätere Erbfolge die betrieblich genutz-

- 8 BFH, Urteil vom 02.12.2020, II R 22/18, BStBl. II 2022, S. 66 Rdnr. 37 f. = ZEV 2021, 461 m. Anm. *Hannes/Lorenz*.
- 9 Übersicht zur Rechtsentwicklung bei MünchKomm-BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 705 Rdnr. 308 ff.
- 10 Grundlegend BFH, Urteil vom 02.12.2020, II R 22/18, BStBl. II 2022, S. 66 Rdnr. 55 f. = ZEV 2021, 461 m. Anm. *Hannes/Lorenz*.
- 11 BFH, Urteil vom 23.02.2021, II R 26/18, BStBl. II 2022, S. 72 Rdnr. 18 = DStR 2021, 1753 m. Anm. *Kugelmüller-Pugh*.
- 12 BFH, Urteil vom 02.12.2020, II R 22/18, BStBl. II 2022, S. 66 Rdnr. 37 f. = ZEV 2021, 461 m. Anm. *Hannes/Lorenz*.

ten Grundstücke sowie den Anteil an der GmbH gegen monatliche Versorgungsleistungen.

Im Rahmen der Feststellung des Verwaltungsvermögens begehren die Kläger, den betrieblichen Grundbesitz nicht als Verwaltungsvermögen einzustufen, obwohl er an einen Dritten, nämlich die GmbH verpachtet sei. Denn sie, die Kläger, führten mittels der von ihnen beherrschten GmbH deren Betrieb auf dem fraglichen Grundbesitz, sodass dieser erbschaftsteuerlich nach § 13b Abs. 2 Satz 1a ErbStG a. F. (jetzt § 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 lit. a) ErbStG) nicht als Verwaltungsvermögen zu erfassen sei.

Im ErbStG ist der ertragsteuerliche Begriff der Betriebsaufspaltung zwar im Rahmen der Lohnsummenregelung des § 13a Abs. 3 Satz 13 ErbStG, nicht jedoch im Rahmen der Abgrenzung von Verwaltungsvermögen zum begünstigten Vermögen in § 13b Abs. 4 ErbStG erwähnt. Gleichwohl ist in Anbetracht der ertragsteuerlich ausgerichteten Auslegung der Betriebsvermögensvergünstigungen allgemein anerkannt¹³, dass § 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 lit. a) Alt. 1 ErbStG solchen Grundbesitz nicht als Verwaltungsvermögen einstuft, der gleich ob entgeltlich oder unentgeltlich im Rahmen einer Betriebsaufspaltung einer Betriebsgesellschaft zur Nutzung überlassen wird. Die Betriebsgesellschaft wird in der Praxis regelmäßig als GmbH geführt. Die Betriebsaufspaltung hat zwei kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen,¹⁴ nämlich zunächst die Nutzungsüberlassung einer wesentlichen Betriebsgrundlage an die Betriebsgesellschaft. Diese ist bei zur Nutzung überlassenem Grundbesitz regelmäßig gegeben.¹⁵ Hinzukommen muss die personelle Verflechtung.¹⁶ Diese setzt voraus, dass der Erblasser oder Schenker allein oder gemeinsam mit anderen Gesellschaftern einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen in der Betriebsgesellschaft durchsetzen kann. Neben der Beteiligungsidentität, wie sie insbesondere bei der Einmann-Betriebsaufspaltung oder gleichen Beteiligungsverhältnissen einer Personengruppe an beiden Rechtsträgern gegeben ist, kann auch eine Beherrschungsidentität ausreichend sein, wenn der Inhaber des Besitzunternehmens in der nutzenden Betriebsgesellschaft kraft Stimmenmehrheit seinen Willen durchsetzen kann¹⁷.

2. Subsumtion seitens des BFH

Der BFH¹⁸ betont, nur in besonderen Ausnahmefällen genüge eine faktische Beherrschung. Hierzu müsse die beherrschende Person in der Lage sein, auf die zur Erlangung der Stimmenmehrheit benötigten Gesellschafter wirtschaftlich einen solchen Druck auszuüben, dass diese sich jeder

Entscheidung der beherrschenden Person unterordnen würden. Hierfür sei nicht die faktische Einwirkung auf kaufmännische oder technische Betriebsführung maßgebend, sondern es sei nur auf die zur Beherrschung führende Stimmrechtsmehrheit abzustellen. Daher konnte A zwar im Verpachtungsbetrieb, nicht jedoch in der GmbH allein oder mit anderen einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen durchsetzen. Auch die mittelbare Beherrschung war ihm versagt, da ihm keine zur faktischen Beherrschung führende Druckmöglichkeit zustand. Er war lediglich Inhaber des Besitzunternehmens und als solcher aus dem Pachtvertrag berechtigt und verpflichtet. Persönliche Beziehungen alleine reichen ebenfalls nicht aus, um eine faktische Beherrschung zu begründen.

Die Entscheidung überrascht nicht. Sie folgt strikt der ertragsteuerlichen Beurteilung und liegt auf der in den Erbschaftsteuer-Richtlinien¹⁹ vertretenen Linie der Finanzverwaltung. Für die Praxis bedeutsam ist, dass die Voraussetzungen für die Betriebsaufspaltung bereits in der Person des Erblassers/Schenkers vorliegen müssen, es mithin nicht ausreicht, wenn erst infolge der unentgeltlichen Übertragung in der Person der Erwerber erstmals die Voraussetzungen der Betriebsaufspaltung erfüllt werden. Dies veranlasst es, gestalterisch zu erwägen, vor einem unentgeltlichen Rechtsübergang etwa dem Minderheitsgesellschafter der Betriebsgesellschaft, welcher zugleich alleiniger Eigentümer des Besitzunternehmens ist, eine beherrschende Stellung in der Betriebsgesellschaft einzuräumen. Dies kann, wie der BFH²⁰ selbst zum Ausdruck bringt, durchaus über Mehrstimmrechte erfolgen. Die Einräumung von Mehrstimmrechten ist keine freigebige Zuwendung.²¹ Hierzu bedarf es jedoch einer gesellschaftsvertraglichen Grundlage, aufgrund welcher die Geschäftsanteile des Minderheitsgesellschafter mit weiteren Stimmrechten ausgestattet werden. Dabei sind natürlich auch die Interessen der Mehrheitsgesellschafter zu berücksichtigen, die insbesondere dann beeinträchtigt werden, wenn es im Anschluss daran nicht zur Übertragung der Geschäftsanteile auf die Mehrheitsgesellschafter kommt. Eine entsprechende gesellschaftsvertragliche Vereinbarung sollte daher jedenfalls mit einer erbrechtlich bindenden Verfügung von Todes wegen zugunsten der Mehrheitsgesellschafter einhergehen. Alternativ kann im ersten Schritt auch eine Beteiligung der später beschenkten Gesellschafter der Betriebskapitalgesellschaft am Besitzunternehmen erfolgen, und zwar mit kleinen Beteiligungsquoten, um auf diese Weise die Personengruppenbetrachtung nutzen zu können. Denn Beteiligungsidentität wird wiederum zur Annahme einer Betriebsaufspaltung auch ertragsteuerlich nicht gefordert.²² Der erste Schritt unterliegt zwar dann keiner Betriebsvermö-

13 Statt aller Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, 18. Aufl. 2021, § 13b Rdnr. 51.

14 Überblick über die Rechtsprechung bei Schmidt/Wacker, EStG, 41. Aufl. 2022, § 15 Rdnr. 807 ff.

15 Grundlegend immer noch BFH, Urteil vom 05.09.1991, IV R 113/90, BStBl. II 1992, S. 349 = DStR 1991, 1654.

16 BFH, Urteil vom 28.01.2015, I R 20/14, BFH/NV 2015, 1109 Rdnr. 13 ff.

17 BFH, Urteil vom 24.02.2000, IV R 62/98, BStBl. II 2000, S. 417 = DStR 2000, 816.

18 BFH, Urteil vom 02.12.2020, II R 22/18, BStBl. II 2022, S. 66 Rdnr. 44 = ZEV 2021, 461 m. Anm. Hannes/Lorenz.

19 RE 13 b.14 Abs. 1 Sätze 3, 4 ErbStR 2019.

20 BFH, Urteil vom 02.12.2020, II R 22/18, BStBl. II 2022, S. 66 Rdnr. 44 = ZEV 2021, 461 m. Anm. Hannes/Lorenz; unter Hinweis auf Urteil vom 29.08.2001, VIII B 15/01, BFH/NV 2002, 185.

21 Es fehlt an einer Vermögensverschiebung; vgl. Kapp/Ebeling/Curd, ErbStG, Stand: März 2022, § 7 Rdnr. 5 m. N.

22 Schmidt/Wacker, EStG, 41. Aufl. 2022, § 15 Rdnr. 820.

gensverschönerung, während der zweite Schritt mit einer höheren Wahrscheinlichkeit dazu führen wird, dass der betrieblich genutzte Grundbesitz nicht als Verwaltungsvermögen eingestuft wird.

3. Einordnung der Entscheidung

Hinzuweisen ist auf die Urteilsanmerkung von *Hannes/Lorenz*,²³ welche zu Recht ausführen, dass die Finanzverwaltung in RE 13 b.14 Abs. 1 Sätze 4, 6 ErbStR fordert, der einheitliche geschäftliche Betätigungswille müsse sowohl in der Besitz-, als auch in der Kapitalgesellschaft „unmittelbar“ durchgesetzt werden können. Zu dieser Frage musste der BFH im Urteil vom 02.12.2020 nicht Stellung beziehen, da er wie ausgeführt bereits die personelle Verflechtung dem Grunde nach verneint hat.

Eine Fortentwicklung könnte sich jedoch aus einer aktuellen Entscheidung des IV. Senats²⁴ ergeben. Danach ist auch eine Beteiligung der an der Betriebsgesellschaft beteiligten Gesellschafter an einer Besitzpersonengesellschaft, die lediglich über eine Kapitalgesellschaft besteht, bei der Beurteilung einer personellen Verflechtung als einer der Voraussetzungen einer Betriebsaufspaltung zu berücksichtigen. Der IV. Senat bezeichnet dies ausdrücklich als Änderung der Rechtsprechung.²⁵ Im entschiedenen Fall ging es steuerlich um die erweiterte Gewerbesteuerkürzung nach § 9 Nr. 1 Satz 2 GewStG, welche Grundstücksunternehmen in Anspruch nehmen können, wenn sie nicht mit anderen Unternehmen über eine Betriebsaufspaltung verbunden sind. Der IV. Senat nimmt eine personelle Verflechtung auch dann an, wenn die natürlichen Personen die Besitzgesellschaft über eine Kapitalgesellschaft, im konkreten Fall über eine Komplementär-GmbH beherrschen. Übertragen auf die erbschaftsteuerliche Fragestellung hat dies zur Folge, dass eine Beherrschung des Besitzunternehmens über eine Kapitalgesellschaft auch dann als Betriebsaufspaltung einzuordnen ist, wenn die an der Betriebskapitalgesellschaft beteiligte Personengruppe auch – ggf. über eine weitere Kapitalgesellschaft wie eine Komplementär-GmbH – die Besitzpersonengesellschaft beherrscht. Eine gleichlautende Rechtsauffassung des II. Senats des BFH dürfte zu vermuten sein. Denn die von ihm vertretene ertragsteuerliche Bindung hat letztlich zur Folge, dass damit auch in der häufigen Konstellation, bei welcher die Gesellschafter der Betriebskapitalgesellschaft vermögensmäßig allein beteiligte Gesellschafter der Personenbesitzgesellschaft sind, der der Betriebskapitalgesellschaft zur Nutzung überlassene Grundbesitz im Besitzunternehmen kein Verwaltungsvermögen ist. Denn schon die Beherrschung des Besitzunternehmens über die Komplementär-GmbH im Falle einer GmbH & Co. KG führt zur personellen Verflechtung.

²³ *Hannes/Lorenz*, ZEV 2021, 461.

²⁴ BFH, Urteil vom 16.09.2021, IV R 7/18, DStR 2022, 189.

²⁵ BFH, Urteil vom 16.09.2021, IV R 7/18, DStR 2022, 189 Rdnr. 37 ff.

IV. Sonderbetriebsvermögen

1. Nutzungsüberlassung durch Gesellschafter einer Personengesellschaft (Mitunternehmerschaft)

Eine weitere Ausnahme betreffend die Einordnung betrieblich genutzten Grundbesitzes als Verwaltungsvermögen ist gemäß § 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 lit. a) Alt. 2 ErbStG die Überlassung des Grundbesitzes durch einen Gesellschafter einer gewerblich tätigen oder gewerblich geprägten Personengesellschaft (Mitunternehmerschaft) zur Nutzung, wenn diese Rechtsstellung auf den Erwerber übergegangen ist, soweit keine Nutzungsüberlassung an einen weiteren Dritten erfolgt. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass in diesen Fällen Gegenstand des unentgeltlichen Erwerbes zwar zivilrechtlich zwei Vermögensgegenstände sind, nämlich der Grundbesitz und die Beteiligung, diese jedoch für Zwecke der einkommensteuerlichen Beurteilung zu einer Einheit, nämlich dem Mitunternehmeranteil zusammengefasst werden. Dieser ist gemäß § 97 Abs. 1 Nr. 5 Abs. 1a BewG auch Gegenstand der zu bewertenden Betriebsvermögenseinheit. Der der Personengesellschaft gesellschafterseitig überlassene Grundbesitz wird somit nicht an einen Dritten überlassen, da die Personengesellschaft nicht Dritter ist. Dies ist unabhängig davon, in welchem Umfang der Gesellschafter am Vermögen der Personengesellschaft beteiligt ist. Damit wird ein Unterschied zur Nutzungsüberlassung von Grundbesitz durch Gesellschafter an eine Kapitalgesellschaft deutlich. Diese ist keine Mitunternehmerschaft i. S. d. § 15 EStG, sodass der Grundbesitz nur dann kein Verwaltungsvermögen ist, wenn die Voraussetzungen einer steuerlichen Betriebsaufspaltung vorliegen.²⁶

2. Unmittelbare Nutzungsüberlassung unverzichtbar

Die Beratungspraxis ist gut beraten, bei der Ausgestaltung der Rechtsbeziehungen besondere Vorsicht walten zu lassen. Dies zeigt deutlich die Entscheidung des BFH vom 16.03.2021, II R 3/19.²⁷

Sachverhalt (verkürzt):

A war alleiniger Kommanditist der im Jahre 2008 gegründeten A-GmbH & Co. KG (Kläger). Diese (also nicht A) überließ ein Betriebsgrundstück an die TKG & Co. KG (= TKG), an welcher A ebenfalls zu 100 % beteiligt war. Die beiden vorgenannten Gesellschaften waren somit Schwestergesellschaften. Im Jahre 2008 übertrug A einen Teilkommanditanteil an der TKG von 95 % des Kommanditkapitals auf den Beschenkten (Beigeladenen). Im Gesellschaftsvertrag der TKG wurde festgelegt, dass Gesellschafterbeschlüsse in Angelegenheiten von besonderer Bedeutung nur mit 96 % der Stimmen gefasst werden durften.

A verstarb im Jahre 2012. Der Beigeladene erhielt alle Anteile des A an dem Kläger (A-GmbH & Co. KG) sowie die noch nicht in seinem Eigentum befindlichen Anteile an der TKG (5 %). Streitig war, ob das von dem Kläger (A-GmbH & Co. KG) der TKG überlassene Grundstück Verwaltungsvermögen war.

²⁶ Hierzu vorstehend Ziffer III.

²⁷ BFH, Urteil vom 16.03.2021, II R 3/19, DStR 2021, 1924 m. Anm. *Kugelmüller-Pugh*.

Dies hat der BFH bejaht und zunächst seine Grundsätze zur Betriebsaufspaltung, wie sie in der Entscheidung vom 02.12.2020 enthalten sind, bestätigt. Insbesondere liege keine Betriebsaufspaltung vor, weil A nicht in der Lage gewesen sei, seinen Willen in der TKG durchzusetzen. Die Sperrminorität in außergewöhnlichen Angelegenheiten verschaffe ihm keine beherrschende Stellung.

Im hier interessierenden Zusammenhang sind die Ausführungen des Senats zur Einordnung von Wirtschaftsgütern als Sonderbetriebsvermögen und damit zur Ausnahme nach § 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 lit. a) Alt. 2 ErbStG von Bedeutung²⁸. Nach dem Gesetzeswortlaut sei Sonderbetriebsvermögen nur dann anzunehmen, wenn der Erblasser/Schenker den Grundbesitz einer Personengesellschaft i. S. d. § 15 EStG zur Nutzung überlassen hatte. Erfasst werde somit nur Sonderbetriebsvermögen des Erblassers oder Schenkers im Verhältnis zu dem Rechtsträger, dessen Gesellschaftsanteile auch Gegenstand des unentgeltlichen Erwerbes sind. Dies setze voraus, dass der Erblasser/Schenker der Nutzungsüberlassende sei und er diese Rechtsstellung, mithin das Eigentum und das Nutzungsrecht auf seinen Rechtsnachfolger übertrage. Im vorliegenden Fall sei jedoch nicht A als Erblasser Eigentümer des Grundbesitzes gewesen, sondern der Kläger. Mithin habe nicht A Grundbesitz überlassen, sondern der Kläger. Damit scheidet die Zuordnung des Grundbesitzes als Sonderbetriebsvermögen beim Kläger aus. Dies gelte im Übrigen auch dann, wenn A die Beteiligung an dem Kläger dem Sonderbetriebsvermögen der TKG hätte zurechnen können. Die Ausnahme sei eng auszulegen und verlange, dass der Erblasser bzw. Schenker denjenigen Vermögensgegenstand selbst überlasse, der zum Verwaltungsvermögen gehöre. Mithin müsse der zur Nutzung überlassene Gegenstand dem Sonderbetriebsvermögen zuzuordnen sein. Eine Zurechnung des Vermögens des Klägers an den Gesellschafter/Mitunternehmer scheidet aus.

3. Einordnung der Entscheidung

Die Entscheidung kommt ebenfalls nicht überraschend und ist vom Wortlaut des Gesetzes auch gedeckt. Denn zusätzlich zur Einordnung als Sonderbetriebsvermögen muss diese Rechtsstellung auch auf den Erwerber übergegangen sein. Dies impliziert, dass der Erblasser/Schenker ein solches Nutzungsrecht am Grundbesitz, regelmäßig das Eigentum auch hat und dieses dem Erwerber verschafft.

Für die Praxis bedeutet dies, dass vor einer unentgeltlichen Übertragung sorgfältig zu prüfen ist, welche rechtliche Qualifikation der zur Nutzung überlassene Grundbesitz hat. Im vorliegenden Fall hätte es sich empfohlen, diesen vor der unentgeltlichen Übertragung aus dem Gesamthandsvermögen des Klägers ausschließlich gegen Minderung von Gesellschaftsrechten und damit ertragsteuerlich zum Buchwert gemäß § 6 Abs. 5 Nr. 3 EStG in das Vermögen des A zu übertragen. Anschließend hätte A den Grundbesitz dem Kläger zur Nutzung überlassen, der ihn wiederum an

die TKG hätte vermieten können. Damit wäre der Grundbesitz bei A Sonderbetriebsvermögen geworden. A wiederum hätte den Grundbesitz direkt an die TKG vermieten können. Bei dieser wäre er ertragsteuerlich zum Buchwert zu Sonderbetriebsvermögen der Mitunternehmerstellung des A gegenüber der TKG geworden und damit aus dem Kreis der Wirtschaftsgüter des Verwaltungsvermögens ausgeschieden.²⁹

Hinweis: Häufig wird in der steuerberatenden Praxis empfohlen, Grundbesitz in eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG einzubringen, um die Verstrickung stiller Reserven sicher zu stellen. Dies kann nunmehr erbschaftsteuerlich je nach Einzelfall steuerschädlich bei § 13b Abs. 4 ErbStG sein.

V. Betriebsverpachtung

1. Enger Begriff der Betriebsverpachtung

Nicht zum Verwaltungsvermögen gehören Grundstücke, die im Rahmen der Übertragung eines gesamten verpachteten Gewerbebetriebes auf den unentgeltlichen Rechtsnachfolger übergehen (§ 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 lit. b) ErbStG). Allerdings müssen nach dem Gesetzeswortlaut bestimmte weitere Voraussetzungen erfüllt sein, wie etwa die unbefristete Verpachtung unter gleichzeitiger Einsetzung des Pächters als Erben durch letztwillige oder rechtsgeschäftliche Verfügung oder die befristete Verpachtung an einen Dritten, weil der Beschenkte aufgrund seines Alters noch nicht in der Lage ist, den Betrieb zu führen. Die Rechtfertigung dieser Kasuistik bleibt im Dunkeln. Der BFH hat dementsprechend auch nicht unerwartet im Urteil vom 23.02.2021³⁰ im Rahmen einer Betriebsverpachtung die Einordnung des Grundbesitzes als begünstigtes Vermögen und damit außerhalb des Verwaltungsvermögens abgelehnt.

Gegenstand des Verfahrens war ein verpachteter Gewerbebetrieb. Diesen hatte der Vater des Klägers (Erbe) anfänglich als gewerbliches Einzelunternehmen geführt. Zu einem späteren Zeitpunkt hatte der Kläger eine GmbH gegründet, die in der Folgezeit das Einzelunternehmen pachtete, und zwar unter Einschluss auch der beweglichen Gegenstände. In diesem Zuge erklärte der Erblasser, sein Wahlrecht in der Weise auszuüben, dass er den Gewerbebetrieb als ruhend und damit im einkommensteuerlichen Sinne nicht als aufgegeben behandelte. Streitig war, ob der im Verpachtungsunternehmen vorhandene Grundbesitz Verwaltungsvermögen, weil an Dritte verpachtet darstellte.

Der BFH hat die Klage abgewiesen. Er führt zunächst aus, im vorliegenden Fall habe keine Betriebsaufspaltung vorgelegen, und vertritt die Meinung, eine Betriebsverpachtung i. S. d. § 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 lit. b) ErbStG könne nur vorliegen, wenn der Pachtvertrag mit dem Erwerber als Pächter abgeschlossen sei. Da dieser mit der GmbH bestanden ha-

²⁸ BFH, Urteil vom 16.03.2021, II R 3/19, DStR 2021, 1924 Rdnr. 47 ff. m. Anm. *Kugelmüller-Pugh*.

²⁹ Zur Bilanzierungskonkurrenz bei Sonderbetriebsvermögen siehe *Schmidt/Wacker*, EStG, § 15 I. Rdnr. 534 ff.

³⁰ BFH, Urteil vom 23.02.2021, II R 16/18, BStBl. II 2022, S. 72 Rdnr. 27 ff. = DStR 2021, 1753 m. Anm. *Kugelmüller-Pugh*.

be, sei Erwerber des Grundbesitzes nicht der Pächter. Dass der unentgeltliche Erwerber Alleingesellschafter des Pächters sei, sei wegen der Intransparenz der Kapitalgesellschaft nicht ausreichend.

2. Einordnung der Entscheidung

In der Tat war eine andere Auffassung nicht zu erwarten. Denn das Gesetz lässt eine Ausnahme von der Einordnung als Verwaltungsvermögen nur zu, wenn der bisherige Inhaber des Verpachtungsbetriebes gerade den Pächter durch letztwillige Verfügung als Erben eingesetzt hat. Der nahe liegende Gedanke, gestalterisch zukünftig in solchen Fällen den Pächter in der Rechtsform der GmbH zum Erben zu berufen, sollte jedoch mit Vorsicht behandelt werden. Die ertragsteuerliche Rechtsprechung jedenfalls des I. Senates des BFH³¹ tendiert dazu, auch in dem unentgeltlichen Erwerb eine steuerbare Betriebseinnahme der Kapitalgesellschaft zu sehen, sodass im ungünstigsten Fall eine Doppelbelastung mit Körperschaftsteuer und Erbschaftsteuer droht.

Sinnvoller ist es, in geeigneten Fällen eine Betriebsaufspaltung herzustellen, etwa indem vor dem unentgeltlichen Erwerb von Todes wegen der Verpächter Anteile am pachtenden Unternehmen erwirbt und seinerseits den Gesellschafter und späteren Rechtsnachfolger lebzeitig am Verpachtungsunternehmen beteiligt. Hierzu sind allerdings sehr sorgfältige Überlegungen anzustellen, um eine ertragsteuerliche Belastung zu vermeiden, die in einem Tausch der Anteile gesehen werden könnte.³² Eine langfristige Planung mit längeren Zeiträumen zwischen den jeweiligen Vorgängen ist unerlässlich. Soweit der Inhaber des Verpachtungsunternehmens an der pachtenden Kapitalgesellschaft beteiligt wird, ist auch zu bedenken, dass in diesen Fällen unter Umständen eine Schenkung der jüngeren an die ältere Generation mit Einordnung in der Steuerklasse II zum Tragen kommt, sodass sehr sorgfältig zu prüfen und anzustreben ist, dass der Erwerb durch die Betriebsvermögensverschönerung des ErbStG entlastet wird.

Die Entscheidung zeigt einmal mehr, welchen geringen Anwendungsbereich die Norm des § 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 lit. b) ErbStG über die Betriebsverpachtung hat. Dies wird noch dadurch verstärkt, dass in der Praxis Betriebsverpachtungen nur in Ausnahmefällen einen gesamten Betrieb umfassen. Dies ist jedoch unerlässlich, da die Betriebsvermögensverschönerung jedenfalls nicht gewährt wird, wenn der Hauptzweck des verpachteten Betriebes – wie in der Praxis meistens – schon vor der Verpachtung in der Überlassung von Grundstücken, Grundstücksteilen und grundstücksgleichen Rechten besteht.³³

VI. Nutzungsüberlassung zwischen Konzerngesellschaften

1. Bindung an den ertragsteuerlichen Konzernbegriff

Eine weitere Ausnahme von der Erfassung betrieblich genutzten Grundbesitzes als Verwaltungsvermögen ist die Nutzungsüberlassung zwischen zwei Konzerngesellschaften i. S. d. § 4h EStG, soweit keine Nutzungsüberlassung an einen weiteren Dritten erfolgt; vgl. § 13b Abs. 4 Nr. 1 Satz 2 lit. c) ErbStG.

Der in der Praxis häufigste Fall ist die Nutzungsüberlassung von betrieblich genutztem Grundbesitz von einer Muttergesellschaft an eine Tochtergesellschaft. In welcher Rechtsform die beteiligten Gesellschaften geführt werden, ist ohne Belang. In diesen Fällen sind die Voraussetzungen des § 4h Abs. 3 Satz 6 EStG erfüllt, da die Muttergesellschaft die Finanz- und Geschäftspolitik der Tochtergesellschaft bestimmen kann.

Unklar ist jedoch die Konstellation, in welcher die Nutzungsüberlassung zwischen zwei Schwestergesellschaften stattfindet. Diese wird typischerweise als Gleichordnungskonzern bezeichnet. Da es ausreicht, wenn sowohl der überlassende als auch der nutzende Betrieb dem Konzern zugehörig sind, ist entscheidend, welche Anforderungen an das herrschende Unternehmen zu stellen sind. Denn im Gleichordnungskonzern hat keines dieser Unternehmen die einheitliche Leitung inne.

Der BFH hat in der Entscheidung vom 23.02.2021³⁴ erläutert, ein Betrieb könne grundsätzlich nur durch einen einzelnen mittelbar oder unmittelbar beteiligten Rechtsträger beherrscht werden. Diese Voraussetzung sei (nur) erfüllt, wenn eine einzelne selbst nicht unternehmerisch tätige natürliche Person oder eine vermögensverwaltende Gesellschaft mindestens zwei Gesellschaften beherrsche. Für die Annahme eines Gleichordnungskonzernes reiche es hingegen nicht aus, wenn zwei Rechtsträger durch eine Gruppe von Personen beherrscht werden.

Im zu entscheidenden Fall war Gegenstand des unentgeltlichen Erwerbes ein verpachteter Gewerbebetrieb. An der Pächter-GmbH war der Erwerber, nicht jedoch der Erblasser beteiligt. Es überrascht daher, dass in diesem Sachverhalt ein Gleichordnungskonzern überhaupt vom BFH geprüft wurde. Denn es ist offensichtlich, dass weder der Verpächter noch der Gesellschafter des Pächters beide Rechtsträger beherrschen konnten. Es entsteht vielmehr der Eindruck, dass der BFH diese, andere Sachverhalte betreffende Rechtsfrage bei dieser Gelegenheit als obiter dictum in die Entscheidungsgründe aufgenommen hat. Aus den Rechtsausführungen ist abzuleiten, dass der Gleichordnungskonzern zunächst nur die wenigen Sachverhalte erfasst, in denen eine natürliche Person, in deren steuerlichem Privatvermögen sich die Beteiligungen befinden, die beiden Schwestergesellschaften beherrscht. Gleichgestellt

31 BFH, Urteil vom 06.12.2016, I R 50/16, BStBl. II 2017, S. 324 = ZEV 2017, 169 m. Anm. Crezelius.

32 Beim Tausch von steuerverstricktem Vermögen sind nach § 6 Abs. 6 Satz 1 EStG die stillen Reserven aufzulösen.

33 Erbschaftsteuer-Richtlinien 2019, zu § 13b ErbStG, R E 13 b.15 Abs. 1 Sätze 2-4.

34 BFH, Urteil vom 23.02.2021, II R 26/18, BStBl. II 2022, S. 72 Rdnr. 32 ff.

ist lediglich der Fall, dass die Beteiligungen von einer vermögensverwaltenden Gesellschaft gehalten werden. Da die natürliche Person keine gewerblichen Einkünfte erzielen darf, ohne die Einordnung als herrschender Rechtsträger in Frage zu stellen, bedeutet dies, dass auch die vermögensverwaltende Gesellschaft keine gewerblichen Einkünfte erzielen darf. Es verbleiben damit Gesellschaften bürgerlichen Rechts und Personenhandelsgesellschaften, die steuerlich so strukturiert sind, dass sie vermögensverwaltende Einkünfte erzielen, etwa indem zwecks Vermeidung einer gewerblichen Prägung i. S. d. § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG nicht nur beschränkt haftende Personen, sondern auch etwa Kommanditisten die Gesellschaft (rechtsgeschäftlich) vertreten.

2. Vorsicht beim Gleichordnungskonzern

Gestalterisch folgt hieraus, dass bei mehrstufigen Beteiligungsstrukturen Nutzungsüberlassungen zwischen Schwestergesellschaften möglichst unterlassen werden sollten. Denn deren Gesellschafter ist in aller Regel eine gewerblich tätige oder zumindest geprägte Gesellschaft, gleich ob als Personenhandelsgesellschaft oder Kapitalge-

sellschaft. Aus den Grundsätzen des BFH ergibt sich damit, dass die Nutzungsüberlassung zwischen Schwestergesellschaften als Nutzungsüberlassung an Dritte einzuordnen ist, was die Einordnung als Verwaltungsvermögen zur Folge hat, sofern keine Betriebsaufspaltung besteht. Daher sollten Nutzungsüberlassungen immer im Verhältnis von Über- bzw. Unterordnung stattfinden, wobei es vermutlich gleichgültig ist, ob der Grundbesitz von der Mutter- an die Tochtergesellschaft oder von letzterer an die Muttergesellschaft überlassen wird. Bei einer Nutzungsüberlassung von Schwestergesellschaften im Konzern kann allerdings parallel geprüft werden, ob es sich um eine Betriebsaufspaltung handelt, da auf der Grundlage der aktuellen Rechtsprechung des IV. Senates des BFH auch eine mittelbare Beherrschung ausreicht.

VII. Resümee

Die erörterten Entscheidungen des BFH zeigen, dass an die Gestaltungsberatung hohe Anforderungen zu stellen sind. Jedoch gibt es für die Beratung genügend Ansätze, die Einordnung von betrieblich genutztem Grundbesitz als Verwaltungsvermögen zu vermeiden.



Beschlussnachweis in der „Digitalisierungsfalle“?

Von Rechtsanwalt und Notar **Holger Schütz**, LL.M., Berlin

Die fortschreitende Digitalisierung macht vor dem Binnenverhältnis der GmbH selbstverständlich nicht halt und insbesondere die Generation junger Shareholder pflegt regelmäßig einen vornehmlich elektronischen Umgang miteinander. Dies schlägt sich auch in solchermaßen digital getroffenen Gesellschafterbeschlüssen im Rahmen der laufenden Geschäftsabwicklung und internen Organisation nieder, was grundsätzlich – auch ohne Einsatz zertifizierter elektronischer Signaturen – nicht mit nachteiligen Rechtswirkungen verbunden ist. Indes kann eine elektronische Beschlussfassung zu Vollzugsschwierigkeiten führen, sofern die entsprechenden Beschlüsse der Gesellschafter eine zum Handelsregister anmeldungspflichtige Erklärung zum Inhalt haben, zum Beispiel die Bestellung eines Geschäftsführers. Die Handelsregister handhaben in der Praxis eine Anerkennung von digitalen – mithin einfachen elektronischen – Beschlussfassungen uneinheitlich, weshalb stets das Risiko einer Zurückweisung von einfachen elektronisch gefassten Beschlüssen besteht. Die nachstehenden Ausführungen stellen jedoch klar, dass dies grundsätzlich nicht der Fall sein kann.

I. Beschlussfassung

1. Form

Die Willensbildung der Gesellschafter einer GmbH erfolgt regelmäßig im Wege der Beschlussfassung und bestimmt sich grundsätzlich nach § 47 GmbHG, sofern die Satzung keine abweichenden Regelungen hierzu enthält. Nach § 47 GmbHG unterliegt die (präsenzfreie) Beschlussfassung der Gesellschafter keiner bestimmten Form, soweit das Gesetz nicht insbesondere in § 53 Abs. 2 GmbHG ausdrücklich Abweichendes bestimmt.¹ Eine formale Protokollierung oder anderweitig textliche bzw. schriftliche Fixierung ist auch bei Mehrpersonengesellschaften regelmäßig nicht erforderlich – wenn in der Praxis auch zweckmäßig und dringend zu empfehlen. Für Beschlussfassungen der Gesellschafter im schriftlichen Umlaufverfahren genügt gemäß § 48 Abs. 2 GmbHG eine (einstimmige) Beschlussfassung der Gesellschafter in Textform. Die Erfordernisse der Textform sind in § 126b BGB geregelt und zu deren Wahrung genügt auch eine ausschließlich elektronisch dokumentierte Stimmabgabe.² Im Falle eines Einverständ-

nisses sämtlicher Gesellschafter mit einem präsenzfreien Beschlussverfahren ist eine mehrheitliche Stimmabgabe der Gesellschafter im Umlaufverfahren ebenfalls – trotz des entgegenstehenden Wortlauts – in Textform ausreichend.³ Daneben wurde bis zum 31.08.2022 die im Rahmen des § 48 Abs. 2 GmbHG erforderliche Einstimmigkeit gemäß § 2 COVZvRMG – vorbehaltlich entgegenstehender Regelungen im Gesellschaftsvertrag⁴ – abbedungen, allerdings entgegen einzelner Erwartungen für den Zeitraum ab dem 01.09.2022 durch den Gesetzgeber kein dauerhaftes Mehrheitspostulat in § 48 Abs. 2 GmbHG begründet.⁵ Die im Umlaufverfahren erforderliche Textform beschränkt sich gemäß § 126b BGB auf eine dauerhaft reproduzierbare inhaltliche Erklärung unter Benennung des Erklärenden und wird durch einen entsprechenden Ausdruck eines elektronischen Dokuments gewahrt.⁶ Die Intention der Textform besteht insoweit – abseits einer Warnfunktion⁷ – in einer Dokumentation der gegenständlichen Erklärung und der diese abgebenden Person(en), hingegen nicht in einer diesbezüglichen Beweissicherung.⁸

In der Praxis kommen die Gesellschafter einer GmbH häufig dem Zeitgeist entsprechend unpersönlich und in flexibler Art und Weise im Rahmen einer beliebigen audiovisuellen bzw. elektronischen Kommunikation zusammen und fassen in diesem Zusammenhang ihre Beschlüsse. Eine Vollversammlung, mithin eine wirksame Teilnahme aller Gesellschafter hierfür unterstellt, ist für eine Beschlussfassung in Textform gemäß § 48 Abs. 2 GmbHG in dieser Konstellation für die Wirksamkeit der von den Gesellschaftern gefassten Beschlüsse materiellrechtlich ausreichend.

2. Signatur

In der Praxis erfolgt die Unterzeichnung des gegenständlichen Beschlusses zu Zwecken der Dokumentation nicht selten sogleich aus der Ferne mittels einer vom Gesellschafter auf das elektronisch vorliegende Dokument gebrachten elektronischen Signatur im Sinne einer zeichnerisch eine persönliche Unterschriftsführung imitierenden Namensnachbildung. Hierfür stehen unterschiedliche Sig-

1 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 47 Rdnr. 19; MünchKomm-GmbHG/Römermann, 3. Aufl. 2017, § 47 Rdnr. 601.

2 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 48 Rdnr. 32.

3 Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 48 Rdnr. 37.

4 LG Stuttgart, Urteil vom 25.01.2021, 44 O 52/20, NZG 2021, 598.

5 RegE Entwurf eines Gesetzes zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 23.06.2022.

6 Palandt/Ellenberger, 21. Aufl. 2021, § 126b Rdnr. 1.

7 MünchKomm-GmbHG/Römermann, § 48 Rdnr. 236.

8 MünchKomm-BGB/Eisele, 9. Aufl. 2021, § 126b Rdnr. 9.

natursoftware wie zum Beispiel DocuSign oder Adobe Sign ohne weitere Erfordernisse wie Registrierung oder Ähnliches standardisiert zur Verfügung. Bei solchermaßen zertifikatsfreien elektronischen Signaturen handelt es sich rechtlich stets um eine sog. einfache elektronische Signatur gemäß Art. 3 Ziffer 10; Art. 25 Abs. 1 der EU-Verordnung Nr. 910/2014 (eIDAS), welche definitorisch lediglich eine beliebige elektronische Verbindung von Daten mit Namenswiedergabe voraussetzt.⁹ Zwar hält diese Art der Signatur keinem rechtlichen Schriftformerfordernis stand,¹⁰ doch soweit das Gesetz oder die Satzung der Gesellschaft im Einzelfall gar kein Schriftformerfordernis postuliert, genügt eine solche Unterzeichnung zur Wahrung der gesetzlichen Textform des § 48 Abs. 2 GmbHG.¹¹

Fraglich ist, ob auch die einfache elektronische Unterzeichnung eines anmeldepflichtigen Beschlusses zum Beispiel für die Bestellung eines Geschäftsführers der Gesellschaft für einen Vollzug im Handelsregister ausreichend sein kann.

II. Beschlussdokumentation

1. Nachweis

Die Bestellung eines Geschäftsführers der GmbH ist gemäß § 39 Abs. 1 GmbHG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden, obgleich diese Eintragung deklaratorische Wirkung hat.¹² Der Anmeldung sind gemäß § 39 Abs. 2 GmbHG die Urkunden in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beizufügen. In Ermangelung einer spezialgesetzlichen Definition gilt dabei auch Rahmen des § 39 Abs. 2 GmbHG als Urkunde gemäß § 416 ZPO grundsätzlich jede Privaturkunde. Eine Urkunde ist jede in Schriftzeichen verkörperte Gedankenerklärung.¹³ Eine Privaturkunde ist, in Abgrenzung zur öffentlichen Urkunde jede Urkunde, welche trotz Wahrung der Urkundenqualität gerade nicht die Voraussetzungen einer öffentlichen Urkunde an Aussteller und Zuständigkeit gemäß § 415 Abs. 1 ZPO erfüllt. Dabei ist eine Unterzeichnung der (Privat-)Urkunde – soweit das Gesetz aufgrund § 126 BGB im Einzelfall nichts Abweichendes anordnet – nicht konstitutiv,¹⁴ allerdings für die Beweiskraft der Privaturkunde gemäß § 416 BGB zwingend erforderlich. Den Charakter einer Urkunde erfüllt auch der Ausdruck eines elektronischen Dokuments, da hierdurch dem begriffsdefinitorischen Merkmal einer verkörperten Schriftlichkeit Genüge getan wird¹⁵ – wenn auch der Beweiswert solcher Urkunden gemäß §§ 416, 286 ZPO verringert sein dürfte.¹⁶

⁹ MünchKomm-BGB/Eisele, § 126b Rdnr. 8.

¹⁰ Noack, DStR 2001, 1893, 1896.

¹¹ MünchKomm-BGB/Eisele, § 126b Rdnr. 10.

¹² HansOLG Hamburg, Urteil vom 18.01.2000, U 114/92, NZG 2000, 698.

¹³ MünchKomm-ZPO/Schreiber, 6. Aufl. 2020, § 415 Rdnr. 5.

¹⁴ Zöllner/Geimer, ZPO, 34. Aufl. 2022, Vor § 415 Rdnr. 3.

¹⁵ MünchKomm-ZPO/Schreiber, § 415 Rdnr. 9.

¹⁶ Musielak/Voit/Huber, ZPO, 19. Aufl. 2022, § 416 Rdnr. 1.

2. Form des Nachweises

In dem vom historischen Gesetzgeber unterstellten Fall legen die Gesellschafter dem die Bestellung des Geschäftsführers zum Handelsregister einreichenden Notar ein (maschinen-)schriftliches Beschlussdokument im Original vor, welches alle Gesellschafter eigenhändig unterzeichnet haben. Eine solche zweifelsfreie Urschrift der Bestellungsurkunde i. S. d. § 39 Abs. 2 GmbHG, welche in diesem Falle zugleich die Qualität der Schriftform gemäß § 126 BGB erfüllt, ist sodann der Anmeldung zum Handelsregister beizufügen. Der Ausdruck eines von allen Gesellschaftern qualifiziert elektronisch signierten Beschlussdokuments stellt gemäß Art. 25 Abs. 2 eIDAS rechtlich ebenfalls eine Urschrift dar, da die qualifizierte elektronische Signatur der materiellrechtlichen Schriftform gemäß § 126a Abs. 1 BGB gleichsteht.

Ein Beschlussdokument, welches die Gesellschafter ausschließlich einfach elektronisch signiert und nachfolgend ausgedruckt haben, ist, vorbehaltlich dessen konkreten Beweiswerts, ebenfalls eine Urkunde gemäß § 39 Abs. 2 GmbHG. Der Ausdruck dieses ist auch das Original, obgleich fraglich ist, ob es zugleich als Urschrift gemäß § 39 Abs. 2 GmbHG gilt. Als Urschrift wird zwar stets das Original einer Urkunde bezeichnet.¹⁷ Die Urschrift erfordert allerdings vom traditionellen Verständnis her ein Papierdokument mit einer handschriftlichen Unterschrift („-schrift“). Eine vergleichbare rechtlich anerkannte Unterschrift stellt gemäß § 126a Abs. 1 BGB lediglich ein qualifiziertes elektronisches Dokument dar. Ein ohne diese qualifizierte Signatur lediglich einfach elektronisch signiertes Dokument könnte daher bereits begrifflich nicht als Urschrift eingestuft werden, obgleich es sich ebenfalls um das Original handelt.

Die Intention des historischen Gesetzgebers bei der im Kalenderjahr 1937 ins GmbHG aufgenommenen Regelung des § 39 Abs. 2 GmbHG war es, dem Handelsregister mit der beantragten Eintragung zugleich einen Nachweis über die dieser zugrunde liegenden Beschlussfassung vorzulegen. Das korrespondiert auch heute gemäß § 23 Abs. 1 Satz 4 FamFG grundsätzlich mit dem geltenden Verfahrensrecht. Der Anmeldung beizufügen war somit bis zur Einführung technischer Alternativen stets eine Urschrift oder beglaubigte Abschrift des zugrunde liegenden Beschlussdokuments. Das Beschlussdokument dürfte dabei bis zur Einführung der gesetzlichen Textform nach dem Kalenderjahr 2000 regelmäßig schriftlich erfolgt sein. Die Vorlage einer solchen „klassischen“ Urschrift gegenüber dem Registergericht gewährleistete insoweit die Einhaltung von dessen gesetzlichen Prüfungsauftrags, sodass das Registergericht im Zweifelsfall die Echtheit sowie Form und Inhalt der vorgelegten Urkunde prüfen und sich insoweit Gewissheit (Beweis) verschaffen konnte.¹⁸ Dieses Verständnis des § 39 Abs. 2 GmbHG hat sich allerdings durch die formalrechtliche Vollzugspraxis von Anmeldungen von anmeldepflichtigen Gesellschafterbeschlüssen erheblich verändert, seit

¹⁷ Groh, Weber kompakt, 6. Aufl. 2022; MünchKomm-ZPO/Fritsche, 6. Aufl. 2020, § 131 Rdnr. 4.

¹⁸ KG, Beschluss vom 22.08.2011, 25 W 17/11, FGPrax 2012, 122.

durch das Gesetz über das elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG) vom 01.01.2007 Anmeldungen zum Handelsregister gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB vom Notar ausschließlich elektronisch vorzunehmen sind.¹⁹ In diesem Zusammenhang hat der mit der Einreichung der Anmeldung beauftragte Notar gemäß § 12 Abs. 2 Satz 1 HGB auch die der Anmeldung beizufügenden Urkunden in eine elektronische Aufzeichnung zu überführen und lediglich diese dem Registergericht elektronisch zu übermitteln.²⁰ Obgleich gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB die Einreichung einer elektronischen Aufzeichnung im Regelfall genügt, soll der Antragssteller auch zur Einreichung von qualifiziert elektronisch signierten Dokumenten berechtigt sein.²¹ Das Registergericht ist indes nicht berechtigt, vom Antragssteller eine entsprechende Nachweisform zu verlangen, was § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB auch gerade nicht vorsieht.²² Die in § 39 Abs. 2 GmbHG genannte Urschrift und Original des Beschlussdokuments zur Bestellung des Geschäftsführers gelangt nach geltender Rechtslage gar nicht mehr zum Registergericht.²³ Zugleich steht § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB dem – vereinzelt offensiv verlaublichen – Wunsch der Registergerichte entgegen, zusätzlich eine qualifizierte elektronische Signatur des die Anmeldung vornehmenden Notars auch für die zu übermittelnde Aufzeichnung zu verlangen. Die gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB zu übermittelnde Aufzeichnung des Beschlussdokuments muss ausschließlich den mit einer Aufzeichnung beabsichtigten Dokumentationszweck erfüllen, wobei die Aufzeichnung begrifflich nicht der Textform des § 126b BGB gleichstehen soll.²⁴

3. Prüfungszuständigkeit

Mit der Übermittlung einer elektronischen Aufzeichnung an das Handelsregister wird das Registergericht lediglich von einer unmittelbaren Entgegennahme der Urschrift gemäß § 39 Abs. 2 GmbHG entbunden, nicht aber von dessen Prüfungskompetenz. Eine Verlagerung der (materiellrechtlichen) Prüfungskompetenz betreffend die einer Anmeldung beizufügenden Unterlagen auf den die Anmeldung einreichenden Notar erfolgt insoweit nicht.²⁵ Der Notar hat im Rahmen einer elektronischen Einreichung von Anmeldungen in Registersachen die ihm vorliegenden Unterlagen gemäß § 378 Abs. 3 FamFG lediglich formalrechtlich auf

deren Eintragungsfähigkeit hin zu prüfen. Obgleich mit Einführung des § 378 Abs. 3 FamFG auch eine gewisse Filter- und Entlastungsfunktion für das Handelsregister bezweckt wurde,²⁶ sollte hierdurch keine materiellrechtliche Prüfungspflicht des einreichenden Notars begründet werden. Von der notariellen Prüfungspflicht gemäß § 378 Abs. 3 FamFG nicht erfasst sind daher stets die Dokumente, die dem Register – zumeist in Ergänzung der Anmeldung wie u. a. gemäß § 39 Abs. 2 GmbHG – beizufügen sind.²⁷ Eine Amtspflicht des einreichenden Notars zur materiellrechtlichen (Vor-)Prüfung der einer Anmeldung zugrunde liegenden Beschlussfassung besteht nicht. Soweit nach vereinzelter Auffassung eine solche Pflicht dennoch thematisiert wird, bleibt dies ohne hinreichende Begründung.²⁸ Eine materiellrechtliche Prüfungspflicht des die Anmeldung einreichenden Notars ergibt sich auch nicht kraft dessen Organstellung im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege. Zwar vermag diese Organstellung im Einzelfall bei Beglaubigungen eine betreuende Belehrungspflicht gemäß § 14 Abs. 1 BNotO oder anderweitig zumindest eine Evidenzkontrolle gemäß § 40 Abs. 2 BeurkG unstreitig zu begründen.²⁹ Doch bedarf es hierfür im Einzelfall stets offensichtlicher tatsächlicher Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit zum Beispiel einer Beschlussfassung, sodass der einreichende Notar abseits entsprechender Anhaltspunkte stets von einem wirksamen Zustandekommen der Beschlussfassung ausgehen darf.³⁰ Aus diesem Grunde hat sich der einreichende Notar auch im Rahmen einer Anmeldung gemäß § 39 GmbHG keine Urschrift der beizufügenden Urkunden vorlegen zu lassen.³¹ Eine diesbezügliche Amtspflicht des einreichenden Notars besteht nicht, da sich dessen gesetzliche Aufgabe auf die technische Übermittlung der beizufügenden Urkunden gemäß § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB beschränkt und der Notar keine vorsorgende institutionelle Verantwortung insbesondere im Wege einer Signierung der beigefügten Urkunden übernimmt.³²

Die materiellrechtliche Prüfung des der Anmeldung zugrunde liegenden Beschlussdokuments obliegt, abseits einer bereits evidenten Unwirksamkeit, ausschließlich dem Registergericht. Ein formales Prüfungsrecht des Registergerichts betreffend der Anmeldungen und der beigefügten Urkunden besteht dabei umfassend.³³ Ein darüber hinaus gehendes Recht des Registergerichts zur Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit der zugrunde liegenden Be-

19 OLG Jena, Beschluss vom 09.09.2010, 6 W 144/10, DB 2011, 582; *Altmeppen/Altmeppen*, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 39 Rdnr. 11; *MünchKomm-HGB/Krafka*, 5. Aufl. 2021, § 12 Rdnr. 58-60.

20 BGH, Beschluss vom 15.06.2021, II ZB 25/17, FGPrax 2021, 156

21 BT-Drucks. 16/960, S. 45.

22 BGH, Beschluss vom 15.06.2021, II ZB 25/17, FGPrax 2021, 156; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.03.2019, I-3 Wx 20/18, NZG 2019, 820.

23 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.03.2019, I-3 Wx 20/18, NZG 2019, 820.

24 *MünchKomm-HGB/Krafka*, § 12 Rdnr. 58.

25 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.03.2019, I-3 Wx 20/18, NZG 2019, 820; *Diehn/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487, 494.

26 DNotI-Report 2017, 89, 90.

27 *Attenberger*, MittBayNot 2017, 335, 337; *Diehn/Rachlitz*, DNotZ 2017, 487, 494.

28 OLG Nürnberg, Beschluss vom 19.11.2014, 12 W 2217/14, DNotZ 2015, 220; DNotI-Report 2018, 25, 26.

29 *Eylmann/Vaasen/Limmer*, BNotO/BeurkG, 5. Aufl. 2020, § 40 BeurkG Rdnr. 19.

30 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.03.2019, I-3 Wx 20/18, NZG 2019, 820; *Thelen*, notar 2019, 429, 429.

31 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.03.2019, I-3 Wx 20/18, NZG 2019, 820; *Thelen*, a. a. O.

32 *Thelen*, a. a. O. S. 430.

33 *MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves*, § 39 Rdnr. 38.

schlussfassung erfordert nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung hingegen begründete tatsächliche Anhaltspunkte bzw. Zweifel im Einzelfall.³⁴ Erst bei Vorliegen solcher tatsächlichen Anhaltspunkte setzt die Amtsermittlungspflicht des Registergerichts gemäß § 26 FamFG ein und hat das Registergericht den Sachverhalt weiter aufzuklären und Beweise zu erheben.³⁵ Obgleich es dem Registergericht auf Grundlage des geltenden Legalitätsprinzips obliegt stets auf eine Eintragung wirksamer Beschlüsse hinzuwirken,³⁶ hat das Registergericht abseits tatsächlicher Anhaltspunkte grundsätzlich von einer Wirksamkeit der zugrunde liegenden Beschlussfassung auszugehen.³⁷ Dies muss auch im Falle des Vorliegens eines lediglich einfach elektronisch signierten Beschlussdokuments durch die in der der zuletzt beim Handelsregister hinterlegten Gesellschafterliste benannten Personen³⁸ gelten, da der Ausdruck eines solchen Dokuments die rechtliche Qualität einer Urkunde wahrt und zugleich gemäß Art. 25 Abs. 1 eIDAS als Nachweismittel im Registerverfahren nicht unberücksichtigt bleiben darf. Die Urkunde verfügt in diesem Falle auch über eine der Textform ähnliche Namenswiedergabe, wobei es keinen Unterschied machen kann, durch welche Art von Software diese Namenswiedergabe technisch erstellt wurde. Denn auch im Falle einer Namenswiedergabe durch eine einfache Schreibsoftware wird die gegenständliche Namensnachbildung der Gesellschafter durch eine Software mediatisiert. Somit kann die Verwendung einer einfachen elektronischen Signatur als solche keinen tatsächlichen Anhaltspunkt für ein materiellrechtliches Prüfungsrecht des Registergerichts begründen, sondern müssten zusätzliche tatsächliche Anhaltspunkte oder Zweifel bestehen.

4. Beweislast

Soweit im Einzelfall tatsächlich Anhaltspunkte für eine nicht wirksame Beschlussfassung für das Registergericht bestehen, ist dieses gemäß § 23 FamFG zur Amtsermittlung nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet. Der einreichende Notar ist in diesem Zusammenhang indes nicht zur Mitwirkung im Sinne einer Vorlage des zugrunde liegenden Beschlussdokuments über die grundsätzlich zu übermittelnde Aufzeichnung hinaus verpflichtet.³⁹ Für eine nachfolgende Beweisführung des Antragsstellers kommen im Anwendungsbereich des FamFG grundsätzlich sämtliche Beweismittel ohne formale Beschränkung (sog. Freibeweisverfah-

ren) in Betracht.⁴⁰ Die Vorschrift des § 48 Abs. 3 GmbHG steht dem nicht entgegen, da ein etwaiger Verstoß insoweit zu keiner Unwirksamkeit der Beschlussfassung selbst führt.⁴¹ Zwar beinhaltet § 48 Abs. 3 GmbHG eine konkrete Beweismittelbeschränkung in Hinblick auf Beschlussfassungen eines Alleingeschafters, doch dient diese Vorschrift nach der Intention des Gesetzgebers keiner Nachweisführung gegenüber dem Registergericht.⁴² Dies gilt erst recht nicht für eine Mehrpersonengesellschaft.

Trotz einer grundsätzlich fehlenden urkundlichen Beschränkung der Beweiserbringung ist ein ausschließlich vom Versammlungsleiter unterzeichnetes Beschlussprotokoll, welches in der Praxis neben der Dokumentation und Nachweisführung gerade einer (vorläufigen) internen Wirksamkeit dient, gegenüber dem Registergericht hingegen nicht als Beweis geeignet.⁴³ Dies gilt bereits für präsente Beschlussfassungen ohne eine im Rahmen des Umlaufverfahrens erforderliche Textform, da eine vom Versammlungsleiter bestätigte Beschlussfassung (eine entsprechende Zuständigkeit dieses gemäß Satzung der Gesellschaft hierfür unterstellt) lediglich (vorläufig) eine formal- und materiellrechtliche Wirksamkeit der Beschlussfassung, vorbehaltlich einer gerichtlichen Anfechtbarkeit,⁴⁴ für das Binnenverhältnis der Gesellschafter zum Ausdruck bringt. Durch eine entsprechende Zuständigkeitsbegründung der Gesellschafter zur Beschlussfeststellung in der Satzung oder im Rahmen einer Gesellschafterversammlung selbst⁴⁵ können die Gesellschafter nicht über die gesetzliche Prüfungspflicht des Registergerichts disponieren.⁴⁶ Allerdings ließe sich die Frage aufwerfen, ob nicht eine vom Versammlungsleiter bestätigte Wirksamkeit zugleich alle tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Nichtigkeit der Beschlussfassung (insbesondere für eine registergerichtliche Prüfung der Einladungen sowie Teilnahme bzw. Stimmabgabe der in der Gesellschafterliste dokumentierten Gesellschafter vorzunehmen) beseitigt und es für ein entsprechendes Prüfungsrecht des Registergerichts konkreter Anhaltspunkte bedürfte.

III. Fazit

Zum Nachweis der Bestellung eines Geschäftsführers einer GmbH ist somit grundsätzlich ein Beschlussdokument in Textform ausreichend und zum etwaigen Nachweis einer

34 BGH, Beschluss vom 21.06.2011, II ZB 15/10, NJW-RR 2011, 1184; KG, Beschluss vom 22.08.2011, 25 W 17/11, FGPrax 2012, 122; MünchKomm-GmbHG/*Stephan/Tieves*, § 39 Rdnr. 39.

35 KG, Beschluss vom 03.06.2016, 22 W 20/16, FGPrax 2016, 160; OLG München, Beschluss vom 14.06.2012, 31 Wx 192/12, DNotZ 2012, 874.

36 KG, Beschluss vom 25.07.2011, 25 W 33/11, ZIP 2011, 1566; *Leitzen*, Rpfleger 2010, 245, 251.

37 OLG Hamm, Beschluss vom 07.09.2010, 15 W 253/10, GmbHR 2011, 29.

38 OLG München, Beschluss vom 30.03.2009, 31 Wx 21/09, NJW-RR 2009, 1122, 1123.

39 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.03.2019, I-3 Wx 20/18, NZG 2019, 820.

40 MünchKomm-FamFG/*Ulrici*, 3. Aufl. 2018, § 29 Rdnr. 12.

41 BGH, Urteil vom 27.03.1995, II ZR 140/93, NJW 1995, 1750; OLG Hamm, Urteil vom 01.02.2006, 8 U 46/05, NZG 2006, 430.

42 OLG Hamm, Urteil vom 01.02.2006, 8 U 46/05, NZG 2006, 430.

43 MünchKomm-GmbHG/*Römermann*, § 48 Rdnr. 171; a. A. *Keidel/Sternal*, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 29 Rdnr. 20; MünchKomm-GmbHG/*Römermann*, § 48 Rdnr. 171; *Ebell/Wörner*, NZG 2021, 963, 969.

44 BGH, Urteil vom 21.06.2010, II ZR 230/08, NJW 2010, 3027.

45 *Bunz*, NZG 2017, 1366, 1367.

46 A. A. OLG München, Beschluss vom 30.03.2009, 31 Wx 21/09, NJW-RR 2009, 1122, 1123.

wirksamen Beschlussfassung gegenüber dem Registergericht sämtliche Beweismittel zulässig. Auch eine einfache elektronische Signatur des Beschlussdokuments hat gemäß Art. 25 Abs. 1 eIDAS vom Registergericht unmittelbar Berücksichtigung zu finden. Dann kann deren Verwendung im Umkehrschluss gerade keinen Anhaltspunkt für eine nicht wirksame Beschlussfassung und zur Anforderung anderweitiger Beweismittel begründen. Zugleich hat sich der Gesetzgeber mit der seinerzeitigen Neufassung des § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB bei der Einreichung von Dokumenten zum Handelsregister bewusst für eine Beifügung unsignierter elektronischer Aufzeichnungen entschieden und darf die hiermit einher gehende bewusste Herabsetzung der Nachweisqualität gegenüber dem Registergericht zum Zwecke der Vereinfachung des Eintragungsverfahrens nicht durch überobligatorische Anforderungen des Registergerichts im Rahmen der materiellrechtlichen Prüfung und ggf. Beweiswürdigung konterkariert werden.⁴⁷ Soweit konkrete tatsächliche Anhaltspunkte im Einzelfall bestehen sollten und eine materiellrechtlich Prüfung durch das Registerge-

richt eröffnet sein sollte, unterliegt die einfache elektronische Signatur gemäß § 371 ZPO dem Beweis durch Augenschein und ist aufgrund einer insoweit fehlenden formwirksamen Unterschrift des Beschlussdokuments kein Urkundenbeweis gemäß § 416 ZPO zulässig.⁴⁸

Es bleibt daher festzuhalten, dass eine Beschlussfassung der Gesellschafter sowohl in Präsenz als auch im Umlaufverfahren mittels einfacher elektronischer Signatur auf einem elektronischen Beschlussdokument und eine Beifügung von dessen Ausdruck gemäß § 12 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 HGB, § 39 Abs. 2 GmbHG zur Anmeldung gegenüber dem Registergericht für die Eintragung einer Bestellung (bzw. Abberufung) des Geschäftsführers ausreichend ist und eine Verwendung der einfachen elektronischen Form selbst keinen tatsächlichen Anhaltspunkt oder Anlass für berechtigte Zweifel des Registergerichts sein kann, um deren materiellrechtliche Prüfungspflicht gemäß § 26 FamFG zu eröffnen und anderweitige Nachweise für die Beschlussfassung verlangen zu können.

47 *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rdnr. 151.

48 *MünchKomm-ZPO/Zimmermann*, § 371 Rdnr. 8; *Ergert-Gillern/von der Groeben*, BKR 2022, 29, 36.

Praxisupdate IPR

Von Notar a. D. Dr. **Benedikt Strauß**, Berlin



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

War das letztjährige Praxisupdate IPR von sehr grundlegenden und auch weiter zurückliegenden Entscheidungen geprägt¹, berücksichtigt dieser Beitrag im Wesentlichen Entwicklungen, die sich seit dem letzten Praxisupdate ergeben haben. Er fällt daher spezifischer und kürzer aus. Dennoch kann auch dieses Jahr von einigen notarrelevanten Weiterentwicklungen im Recht der Auslandsberührung berichtet werden. Dies betrifft sowohl gesetzgeberische als auch gerichtliche Äußerungen zur grundlegenden Frage der Substitution (I.), Auslegungsfragen des „gewöhnlichen Aufenthalts“ insbesondere nach der EuErbVO (II.), Privatscheidungen (III.), Qualifikationsfragen im Zusammenhang mit der EuErbVO (IV.), Fragen der Ausschlagung durch Minderjährige im internationalen Zusammenhang (V.), Auswirkungen des Ukraine-Kriegs (VI.) sowie das zu erwartende Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (VII.).

I. Substitution im notariellen Zusammenhang

In der Dogmatik des Internationalen Privatrechts ist unter Substitution die Ersetzung einer in einem Tatbestandsmerkmal enthaltenen inländischen Rechtserscheinung durch eine ausländische Rechtserscheinung zu verstehen.² Anders als bei der klassischen Kollisionsprüfung ist hier also nicht das auf einen Sachverhalt anzuwendende Recht zu ermitteln. Dieses steht nämlich bereits fest. Vielmehr ist im Rahmen der Auslegung und Subsumtion unter ein Tatbestandsmerkmal des materiellen Rechts (aus hiesiger Sicht in der Regel des deutschen Rechts) zu klären, ob die Norm die Ersetzung durch eine ausländische Rechtserscheinung überhaupt zulässt und ob diese Rechtserscheinung der vom Tatbestandsmerkmal geforderten inländischen Rechtserscheinung abstrakt gleichwertig ist; nur dann ist das zugrunde liegende Tatbestandsmerkmal erfüllt.³

Im Zusammenhang mit der Beurkundung oder Beglaubigung durch einen ausländischen Notar kommt es oftmals in entscheidender Weise auf die Substitution an. Ausgangspunkt der Substitution ist hierbei eine Form- oder Verfah-

rensvorschrift des deutschen Rechts, die eine notarielle Beurkundung oder Beglaubigung verlangt. Ist die entsprechende Beurkundung oder Beglaubigung durch einen ausländischen Notar vorgenommen worden, ist das Tatbestandsmerkmal (also die Erfüllung der geforderten Form) nur dann erfüllt, wenn die zugrunde liegende Norm grundsätzlich der Substitution zugänglich ist (Substituierbarkeit) und wenn auch im konkreten Einzelfall die ausländische Beurkundung bzw. Beglaubigung der inländischen abstrakt gleichwertig ist (Substitution im engeren Sinne).⁴

Gerade im gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang stellen sich oftmals Substitutionsfragen. Denn zumindest statusrelevante Formfragen im Gesellschaftsrecht richten sich nicht nach Art. 11 EGBGB bzw. nach Art. 11 Rom-I-VO, die mehrere alternative Anknüpfungspunkte bereitstellen und daher im Ergebnis geringe Anforderungen an die Erfüllung des Formerfordernisses ausreichen ließen. Vielmehr unterfallen diese Formerfordernisse alleine dem Gesellschaftsstatut.⁵ Ähnlich verhält es sich mit Formvoraussetzungen des register- bzw. grundbuchrechtlichen Verfahrensrechts (vgl. etwa § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB, § 29 Abs. 1 GBO): Da Verfahrensrecht der *lex fori* folgt, ist auch insoweit nicht auf Art. 11 EGBGB bzw. Art. 11 Rom-I-VO abzustellen. Vielmehr ist aufgrund des rein nationalen Zusammenhangs des Verfahrensrechts alleine das Forumsrecht entscheidend, bei den Anforderungen des deutschen Handelsregisters bzw. Grundbuchamts daher alleine das deutsche Recht.⁶ Dies ist folgerichtig, weil nur durch Anwendung strengen Formrechts die Zuverlässigkeit und Richtigkeit von Registern gewährleistet werden kann.

Es ist davon auszugehen, dass Fragen der Substitution in der Zukunft wieder mehr in den Blickpunkt der notariellen

1 *Strauß*, MittBayNot 2021, 440.

2 BeckOK-BGB/Lorenz, Stand: 01.05.2022, EGBGB, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rdnr. 96; BeckOGK-IPR/GroBerichter/Zwirlein-Forschner, Stand: 01.12.2021, Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rdnr. 178; MünchKomm-BGB/v. Hein, 8. Aufl. 2020, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rdnr. 247; BeckOGK-EGBGB/Gebauer, Stand: 01.06.2022, Art. 11 Rdnr. 102.

3 Vgl. hierzu aus Sicht der Praxis *Strauß*, MittBayNot 2021, 532, 535; zur Frage der Substitution des Beurkundungserfordernisses aus § 15 Abs. 3 GmbHG durch eine Präsenzbeurkundung im Ausland siehe ausführlich Reithmann/Martiny/Reithmann/Stelmaszczyk, 9. Aufl. 2022, § 5 Rdnr. 5.374 ff.

4 MünchKomm-BGB/v. Hein, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rdnr. 252 ff.

5 So die wohl überwiegende Meinung, vgl. etwa BeckOGK-IPR/Zwirlein-Forschner, Internationales Gesellschaftsrecht – Allgemeiner Teil Rdnr. 243; MünchKomm-BGB/Kindler, Int. Handels- und Gesellschaftsrecht Rdnr. 538; Henssler/Strohn/Schäfer, GmbHG, 5. Aufl. 2021, § 2 Rdnr. 16; LG Mannheim, Beschluss vom 27.07.1998, 24 T 2/98, BWNotZ 2000, 150; KG, Beschluss vom 24.01.2018, 22 W 25/16, NJW 2018, 1828, 1829; Schervier, NJW 1992, 593, 594; Lichtenberger, DNotZ 1986, 644, 653 f.; BeckOK-GmbHG/Wilhelmi, Stand: 01.03.2022, § 15 Rdnr. 95; Wicke, GmbHG, 4. Aufl., 2020, § 15 Rdnr. 20; MünchKomm-BGB/Kindler, Internationales Gesellschaftsrecht Rdnr. 538 ff.

6 MünchKomm-BGB/Spellenberg, EGBGB Art. 11 Rdnr. 71; Reichert/Wicke, Arbeitshandbuch für die Hauptversammlung, 5. Aufl. 2021, § 43 Rdnr. 36; EBJS-HGB/Schaub, 4. Aufl. 2020, Anhang § 12 Rdnr. 122; Hopt/Merkt, HGB, 41. Aufl. 2022, § 12 Rdnr. 8; BGH, Beschluss vom 15.06.2021, II ZB 25/17, FGPrax 2021, 156, 157.

Praxis rücken werden, weil zunehmend Fernbeurkundungsverfahren eingeführt werden, welche keine körperliche Anwesenheit der Beteiligten erfordern. Dadurch können Beteiligte prinzipiell ohne Anreise an diesem Verfahren teilnehmen, was die Hemmschwelle für die Inanspruchnahme senkt. Besonders befördert wird diese Entwicklung durch den europäischen Gesetzgeber, der in der Digitalisierungsrichtlinie⁷ bekanntlich vorgegeben hat, dass bestimmte Gesellschaften – in Deutschland die GmbH – ohne körperliche Anwesenheit der Beteiligten gegründet werden können müssen. Angesichts dieser europaweiten Entwicklung darf nicht außer Acht gelassen werden, dass diese Fernverfahren teils deutliche Unterschiede aufweisen. Dies kann von entscheidender Bedeutung für die Substitution sein.

In diesem Zusammenhang sind im Berichtszeitraum drei OLG-Entscheidungen ergangen (1.); darüber hinaus hat der deutsche Gesetzgeber im Rahmen der Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie deutliche Ausführungen zu Substitutionsfragen getätigt, die angesichts ihrer überragenden Klarheit hier nicht verschwiegen werden sollen (2.).

1. Keine Gleichwertigkeit einer Unterschriftbeglaubigung mittels Unterschriftsabgleichs

Den Entscheidungen des OLG Karlsruhe und des KG lag ein ähnlich gelagerter Sachverhalt zugrunde. Inmitten stand jeweils die Substitutionsfrage, ob eine durch einen ausländischen Notar beglaubigte Handelsregisteranmeldung dem Formerfordernis des – im deutschen Registerverfahren internationalprivatrechtlich anwendbaren⁸ – § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB genügt. In beiden Fällen war die Beglaubigung dergestalt vorgenommen worden, dass der Notar – im Fall des OLG Köln ein Schweizer, im Fall des KG ein Luxemburger Notar – die Identität der Unterschreibenden nicht in deren Gegenwart festgestellt hatte, sondern alleine durch Vergleich mit einer Unterschriftsprobe. Das Gericht lehnte eine Gleichwertigkeit der Beglaubigung jeweils ab. Diese folgerichtigen Entscheidungen⁹ fußen jeweils darauf, dass nach § 40 Abs. 1 BeurkG die Unterschrift nur in Gegenwart des Notars vollzogen oder anerkannt werden darf. Es handelt sich nach den Worten des KG „nicht um eine Ordnungsvorschrift oder gar lediglich um eine Empfehlung. Die Einhaltung der Erfordernisse des § 40 Abs. 1 BeurkG stellt vielmehr eine notwendige Voraussetzung einer öffentlichen Beglaubigung nach deutschem Recht dar. Durch die Regelung soll gerade sichergestellt werden, dass sich der Notar nicht lediglich durch telefonische oder schriftliche Nachfrage oder – wie hier – einen Schriftvergleich von der Identität der Unterschriften überzeugt.“ Dies gelte unabhängig davon, ob aus dem Dokument des ausländischen Notars selbst hervorgeht, auf welche Weise die Identitätsprüfung

erfolgte.¹⁰ Das OLG Köln führt aus, dass „Beglaubigungsformen, die dem deutschen Verfahrensrecht (§ 40 BeurkG) nicht entsprechen, (...) trotz der Fungibilität der Urkundsperson das nach der lex fori (...) maßgebliche deutsche Formerfordernis nicht [erfüllen].“ Es liege auf der Hand, dass in diesem Fall eine formwahrende Substitution nicht möglich sei, weil eine dem deutschen Recht entsprechende Identitätsprüfung nicht stattgefunden habe.¹¹

Folge für die notarielle Praxis ist, dass bei Beglaubigungen ausländischer Notare in besonderer Weise darauf zu achten ist, auf welche Weise die Identitätsprüfung stattgefunden hat. Geschah diese durch Unterschriftsabgleich, ist eine Gleichwertigkeit von vornherein ausgeschlossen. Eine derart beglaubigte Urkunde kann daher grundsätzlich nicht zur Erfüllung eines Beglaubigungserfordernisses deutschen Rechts dienen. Unter Verweis auf die erwähnte Rechtsprechung dürfte in diesen Fällen eine Einreichung zum Handelsregister ausscheiden; vielmehr ist den Beteiligten zu empfehlen, die öffentliche Beglaubigung in gehöriger Form nachzuholen.

Geschah die Beglaubigung nicht durch Unterschriftsabgleich, bedeutet dies noch nicht, dass eine Substitution in jedem Fall gelingt. Im Gegenteil spricht viel dafür, Beglaubigungen aus Ländern, in denen ein derartiger Unterschriftsabgleich zulässig ist, generell als nicht substitutionsfähig anzusehen. Denn die Frage der Gleichwertigkeit beurteilt sich nach der abstrakten Eignung des zugrunde liegenden Verfahrens, nicht nach der konkret gewählten Verfahrensweise.¹² Anders gewendet ist eine Substitution immer schon dann ausgeschlossen, wenn das angewendete Beurkundungsrecht ein Verfahren zur Verfügung stellt, das einer Substitution nicht zugänglich ist. Gerade im register- und grundbuchverfahrensrechtlichen Zusammenhang ist diese abstrakte Auslegung folgerichtig. Denn es würde zu großen Rechtsunsicherheiten führen, wenn Registergericht und Grundbuchamt in jedem Einzelfall beurteilen müssten, ob das nach deutscher lex fori erforderliche Verfahrensrecht konkret eingehalten wurde. Dies gilt umso mehr, als die konkret gewählte Verfahrensweise aus dem Dokument meist nicht hervorgeht, so wie auch in dem der Entscheidung des KG zugrunde liegenden Sachverhalt.

Im Einklang mit den vorstehenden Überlegungen steht zumindest im Grundsatz auch eine weitere Entscheidung des OLG Köln,¹³ die ebenfalls zur Substitutionsfrage ergangen ist. In Rede stand eine Erbausschlagungserklärung, die in

7 Richtlinie (EU) 2019/1151 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 im Hinblick auf den Einsatz digitaler Werkzeuge und Verfahren im Gesellschaftsrecht, ABI. EU L 186 vom 11.07.2019, S. 80.

8 Siehe oben I.

9 Ähnlich wohl *Reichard*, GWR 2022, 207; DNotI-Report 2022, 69, 70; a. A. *Wachter*, GmbHR 2022, 636, 640 f.

10 KG, Beschluss vom 03.03.2022, 2 W 92/21, FGPrax 2022, 118, 119 mit Verweis auf BGH, Beschluss vom 10.08.1987, NotZ 6/87, DNotZ 1988, 259.

11 OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.04.2022, 1 W 25/22 (Wx), n. v.

12 *Diehn*, DNotZ 2019, 146, 147; Großkomm-GmbHG/Löbbecke, 2. Aufl. 2016, § 15 Rdnr. 146; *Stelmaszczyk*, GWR 2018, 103, 105; MünchKomm-BGB/von Hein, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rdnr. 257; MünchKomm-GmbHG/Weller/Reichert, 3. Aufl. 2018, § 15 Rdnr. 145.

13 OLG Köln, Beschluss vom 14.07.2021, 2 Wx 119/21, NJOZ 2022, 10 = MittBayNot 2022, 171.

Brasilien vor einer Schreiberin („escrevente“) beglaubigt und anschließend auch apostilliert wurde.

Der durchaus interessante internationalprivatrechtliche Einstieg soll hier nur kurz referiert werden: Das Gericht lässt offen, ob sich die Form der Ausschlagung nach Art. 28 EuErbVO oder Art. 11 EGBGB richtet, weil nach beiden Vorschriften auf die Form alternativ brasilianisches Recht als Ortsform oder deutsches Recht als Geschäftsform zur Anwendung komme. Die brasilianische Ortsform, die eine Beurkundung erfordert, wurde hier ersichtlich nicht gewahrt, sodass es letztlich auf die Frage ankam, ob die im deutschen Recht nach § 1945 Abs. 1 BGB erforderliche öffentlich beglaubigte Form erfüllt ist oder nicht. Damit stellte sich auch hier die Frage der Substitution.

Das Gericht bejahte die Gleichwertigkeit im Ergebnis. Es argumentierte, dass es bei einer Beglaubigung weniger auf die Beratung als auf die bloße Identitätsfeststellung ankomme, die auch durch eine „escrevente“ als Angestellte des Notars geleistet werden könne. Außerdem gehe aus der Beglaubigung hervor, dass die Unterschriftsbeglaubigung nicht im Verfahren des Unterschriftsabgleichs – der nach brasilianischem Beurkundungsrecht auch zulässig ist –,¹⁴ sondern aufgrund persönlicher Identitätsfeststellung erfolgt sei.

Der Entscheidung ist ohne Einschränkung zuzustimmen, soweit sie davon ausgeht, dass zumindest eine Beglaubigung mittels Unterschriftsvergleichs nicht für eine Substitution ausreicht. Insoweit entspricht sie den oben referierten Entscheidungen des OLG Karlsruhe und des KG. Was die Bejahung der Substitution im Übrigen angeht, sind aber Zweifel anzumelden. Zwar ist das Notariat in Brasilien Bestandteil des sog. lateinischen Notariats, das in seinen Grundzügen mit dem deutschen Notariat vergleichbar ist.¹⁵ Allerdings handelte im hier vorliegenden Fall kein Notar („tabelião“), sondern eine Hilfskraft, die nach brasilianischem Recht keine Beurkundungen, sondern nur Beglaubigungen durchführen darf.¹⁶ Trotz der zugegebenermaßen abgesenkten Beratungspflicht im Rahmen einer Unterschriftsbeglaubigung ohne Entwurf ist im Grundsatz anzuzweifeln, ob eine derartige Hilfskraft dieselben Anforderungen wie der Notar an die Zuverlässigkeit der Identitätsfeststellung, aber auch an die Prüfung der Geschäftsfähigkeit erfüllt. Zumindest hätte nach den oben genannten Grundsätzen der abstrakten Eignungsbetrachtung eine Substitution schon deshalb ausscheiden müssen, weil das brasilianische Beurkundungsrecht auch eine Beglaubigung aufgrund Unterschriftsabgleichs zulässt.

2. Substitution im Fernverfahren beurkundeter Erklärungen ausländischer Notare

Die Frage der Substitution im Gesellschaftsrecht hat auch Eingang in das Gesetzgebungsverfahren zum Gesetz zur Ergänzung der Regelungen zur Umsetzung der Digitalisie-

rungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Vorschriften (sog. DiREG) gefunden.¹⁷ In der Begründung des Regierungsentwurfs macht der Gesetzgeber sehr deutliche Ausführungen zur Frage der Substitution, die an dieser Stelle nicht verschwiegen werden sollen.

Die Begründung differenziert zwischen zwei Fällen, nämlich den Bereichen, in denen im deutschen Recht ein Online-Verfahren grundsätzlich nicht zugelassen ist (a), und Bereichen, in denen auch das deutsche Recht ein Online-Verfahren erlaubt (b).

a) Keine Zulassung eines Online-Verfahrens im deutschen Recht

Bei Beurkundungsgegenständen, für die das deutsche Recht ein Präsenzverfahren vorschreibt und kein Online-Verfahren zulässt, ist nach der Begründung des Regierungsentwurfs zum DiREG eine Substitution durch ein ausländisches Fernverfahren von vornherein ausgeschlossen. Denn die Entscheidung des nationalen Gesetzgebers für ein Präsenzerfordernis schließt die Gleichwertigkeit jedweden Online-Verfahrens vor in- oder ausländischen Notaren aus.¹⁸ Das ist folgerichtig.¹⁹ Obwohl Online-Verfahren dem Präsenzverfahren angenähert sein können, sind mit ihnen unüberwindbare strukturelle Defizite verbunden. Dies betrifft etwa die verminderte Möglichkeit, komplexe Verhandlungssituationen wiederzugeben: Sobald Teilnehmer gleichzeitig sprechen, ist es im Rahmen einer Videoübertragung deutlich schwerer, die jeweiligen Beiträge wahrzunehmen. Auch kann der Notar seiner Betreuungsfunktion gegenüber schutzbedürftigen Beteiligten nicht in gleicher Weise nachkommen, weil er Stimmungen bei einem Präsenzverfahren deutlich besser einfangen kann als in einem Online-Verfahren.²⁰ Der Gesetzgeber hat sich in Deutschland daher ganz bewusst dafür entschieden, die Online-Verfahren auf durch vergleichsweise professionelle Beteiligte geprägte Beurkundungssituationen im Gesellschaftsrecht zu beschränken.²¹ Diese gesetzgeberische Entscheidung würde bei einer Substitution durch ein Online-Verfahren unterlaufen werden. Das Ergebnis ist auch dogmatisch konsequent, handelt es sich bei der Substitution doch um nichts anderes als um eine Auslegung der zugrunde liegenden nationalen Formvorschrift. Mithin ist es beispielsweise von vornherein ausgeschlossen, eine Beurkundung auf dem Gebiet des Immobilien- oder gar des Erbrechts durch eine ausländische Fernbeurkundung zu ersetzen.

b) Zulassung des Online-Verfahrens nach deutschem Recht

Bei Beurkundungsgegenständen, bei denen das deutsche Recht auch das notarielle Online-Verfahren (für Beurkundung oder Beglaubigung) zulässt, ist eine Substitution

14 *Rechsteiner*, ZEV 2021, 688, 690 f.

15 So ausdrücklich OLG Köln, Beschluss vom 14.07.2021, 2 Wx 119/21, NJOZ 2022, 10, 11.

16 OLG Köln, Beschluss vom 14.07.2021, 2 Wx 119/21, NJOZ 2022, 10, 11.

17 BGBl. 2022 I, S. 1146.

18 BT-Drucks. 20/1672, S. 11.

19 Ebenso *Lieder*, ZRP 2022, 102, 103 f.; *Wicke*, GmbHR 2022, 516, 524.

20 Vgl. *Heckschen/Hilser*, ZIP 2022, 670, 672 ff. (zur virtuellen Hauptversammlung); *Vetter*, DRiZ 2022, 305 (zur Videogerichtsverhandlung).

21 BT-Drucks. 20/1672, S. 19; BT-Drucks. 19/28177, S. 115.

durch ein ausländisches Online-Verfahren zwar nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Jedoch ist eine Substitution nur durch Online-Verfahren möglich, die den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entsprechen. Dies kann allenfalls für solche ausländischen Online-Verfahren gelten, die eine Identifizierung der Beteiligten durch den Notar höchstpersönlich und mittels Lichtbildauslesung vorsehen und die ebenfalls – wie das deutsche Online-Verfahren nach § 78p BNotO – hoheitlich organisiert sind.²² Darüber hinaus dürfte zu den tragenden Grundsätzen des Beurkundungsrechts auch gehören, dass die Identifizierung nach dem Sicherheitsniveau „hoch“ im Sinne der eIDAS-Verordnung geschieht und die Unterschrift nur durch eine dauerhaft prüfbare qualifizierte elektronische Signatur ersetzt wird.²³

Auch diese Hinweise sind so klar wie folgerichtig.²⁴ Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist ein Verfahren nur dann als gleichwertig anzusehen, wenn der Notar nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht.²⁵ Zu den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts zählen mit Blick auf das Online-Verfahren auch und gerade die oben aufgezählten Alleinstellungsmerkmale. Nur durch eine Identifizierung, die wie § 16c BeurkG eine elektronische Lichtbildauslesung aus dem Ausweisdokument beinhaltet, kann die Identität der Beteiligten hinreichend rechtsicher überprüft werden. Ein bloßes sog. „Video-Ident“-Verfahren, bei dem lediglich ein Ausweis in die Kamera gehalten wird, ermöglicht die Identifizierung gerade nicht in vergleichbar sicherer Weise. Erst recht können Beteiligte nicht durch bloße Nutzung der sog. eID identifiziert werden, weil auf der eID nur die persönlichen Kerndaten als Textdatei gespeichert sind und kein Lichtbild, sodass der Notar keine Höchstpersönlichkeitskontrolle vornehmen kann. Ein weiterer tragender Grundsatz des deutschen Beurkundungsrechts besteht darin, dass die Identifizierung vom Notar höchstpersönlich durchgeführt und nicht auf Dritte ausgelagert wird; auch dies kommt in § 16c BeurkG in besonderer Weise zum Ausdruck. Schließlich muss es sich auch um ein hoheitliches Verfahren handeln. Nur die öffentlichrechtliche Ausgestaltung des Videobeurkundungssystems kann den hoheitlichen Charakter des Beurkundungsverfahrens wahren und stellt etwa sicher, dass den Beteiligten tatsächlich ein mit Amtsbefugnis ausgestatteter Notar gegenübertritt. Hinzu kommt, dass dadurch ein höheres Niveau an Datensicherheit und Rechtssicherheit geschaffen wird. Bereits aus mehreren Gründen scheidet daher etwa die Substituti-

on des deutschen Verfahrens durch das Online-Beurkundungsverfahren österreichischen Rechts aus:²⁶ In Österreich geschieht die Identifikation mittels Video-Ident-Verfahren, § 69b Abs. 2 öNotO. Der Notar kann die Identifikation auf einen Mitarbeiter oder gar auf einen externen Dienstleister auslagern, §§ 2, 5 öNEIV. Schließlich kann jedes private Videokommunikationssystem für die Beurkundung herangezogen werden, § 69b Abs. 3 öNO.

Selbstverständlich ist, dass die Gleichwertigkeit eines ausländischen Online-Verfahrens mit dem Online-Verfahren deutschen Rechts per se noch nicht zur Substitutionsfähigkeit führt. Vielmehr müssen darüber hinaus auch die allgemeinen personellen und verfahrensmäßigen Voraussetzungen für eine Substitution vorliegen.

3. Folgerungen für die notarielle Praxis

Für die notarielle Praxis folgt daraus, dass mit Blick auf Beurkundungen oder Beglaubigungen durch ausländische Notare im Wege des Fernverfahrens Vorsicht angezeigt ist. Dies gilt sowohl für Beglaubigungen aufgrund Unterschriftenvergleichs als auch für Beurkundungen oder Beglaubigungen im Wege eines Online-Verfahrens. Vor Übermittlung einer derartig gefertigten Urkunde an das Handelsregister oder – zumindest bei Beglaubigungen denkbar – an das Grundbuchamt ist sorgfältig zu prüfen, ob nach den oben genannten Grundsätzen eine Substitution überhaupt möglich ist.

II. Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“ insbesondere nach Art. 21 EuErbVO

Der gewöhnliche Aufenthalt nach Art. 21 EuErbVO spielt in der notariellen Beratung eine große Rolle, bildet dieser doch den Anknüpfungspunkt für das mangels Rechtswahl auf die Erbfolge anzuwendende Recht. Angesichts der zunehmenden Internationalisierung der Gesellschaft treten Fragen des gewöhnlichen Aufenthalts tendenziell öfter auf. Trotz der vergleichsweise hohen Entscheidungsdichte ergeben sich bei der Auslegung dieses Begriffs weiterhin Zweifelsfragen. Die Beurteilung des gewöhnlichen Aufenthalts ist eine komplexe Wertung, die von mannigfaltigen Umständen abhängen kann.²⁷ Dies führt zu einem nicht unerheblichen Grad an Rechtsunsicherheit, die gerade im Rahmen der notariellen Gestaltung misslich ist. Weist eine nach Art. 22 Abs. 1 EuErbVO mögliche Rechtswahl zugunsten des Heimatrechts in einen Staat, dessen materielles Erbrecht nicht erwünscht ist, bleibt dem Gestalter als zweite Option in der Regel nämlich nur, sich am Recht des gewöhnlichen Aufenthalts nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO auszurichten (wenn nicht ausnahmsweise eine Rück- oder Weiterverweisung nach Art. 34 EuErbVO in Betracht kommt). Zu dieser Rechtsunsicherheit kommt hinzu, dass es sich beim gewöhnlichen Aufenthalt um ein wandelbares Kriterium handelt, sodass bei Verlegung dieses Anknüpfungsp-

²² BT-Drucks. 20/1672, S. 11.

²³ Vgl. dazu BT-Drucks. 20/1672, S. 10.

²⁴ Ebenso *Lieder*, ZRP 2022, 102, 104; *Wicke*, GmbHR 2022, 516, 524.

²⁵ BGH, Beschluss vom 16.02.1981, II ZB 8/80, NJW 1981, 1160; Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026 Rdnr. 14; Urteil vom 21.10.2014, II ZR 330/13, NZG 2015, 18 Rdnr. 16.

²⁶ Ebenso *Lieder*, ZRP 2022, 102, 104.

²⁷ BeckOK-BGB/*Loyal*, Art. 21 EuErbVO Rdnr. 10; MünchKommFamFG/*Rauscher*, 3. Aufl. 2019, Art. 4 EuErbVO Rdnr. 14 f.

punktes die Gestaltung auf ein anderes Recht ausgerichtet werden muss.

Um zumindest eine gewisse Rechtssicherheit zu schaffen, ist dem Notar anzuraten, in seiner Urkunde möglichst viele Indizien, die auf den gewöhnlichen Aufenthalt im „gewünschten“ Staat hinweisen, in die Urkunde aufzunehmen.²⁸ Hierbei wird der Notar nach den zu § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG geltenden Grundsätzen im Zweifel auf die Angaben der Beteiligten vertrauen dürfen, es sei denn es bestehen Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit dieser Angaben.²⁹

Auch die internationale Zuständigkeit in Erbsachen knüpft in Art. 4 EuErbVO an den gewöhnlichen Aufenthalt an. Dies ist – zumal seit der Oberle-Entscheidung des EuGH³⁰ – für die internationale Zuständigkeit zur Ausstellung eines Erbscheins oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses von Bedeutung.

Zur Auslegung des Begriffs „gewöhnlicher Aufenthalt“ im Sinne der EuErbVO kann man sich auf bereits vorhandene Judikatur stützen.³¹ Aus jüngerer Zeit sind hierbei zwei OLG-Entscheidungen von Interesse, die sich mit ins Ausland ausgewanderten deutschen Staatsangehörigen beschäftigen. Da die Auswanderung gerade im Rentenalter ein durchaus in gewisser Häufigkeit zu beachtendes Phänomen ist, sind diese Entscheidungen auch für die notarielle Praxis relevant.

In einer Entscheidung des OLG Hamm³² ging es um einen Erblasser deutscher Staatsangehörigkeit, der seit geraumer Zeit mit seiner Lebensgefährtin in Thailand lebte. Er konnte sich zumindest mit seiner Lebensgefährtin sprachlich hinreichend verständigen und hatte in Thailand auch sonstige soziale Bindungen aufgebaut. Außerdem besaß er dort mehrere Eigentumswohnungen. Er kam allerdings regelmäßig nach Deutschland zum Verwandtenbesuch. Bei einem dieser Deutschlandbesuche wurde eine schwere Erkrankung festgestellt, die sogleich in Deutschland behandelt wurde und an der der Erblasser nach kurzer Zeit in Deutschland verstarb.

Das OLG Frankfurt a. M.³³ hatte ebenfalls über einen deutschen Erblasser zu entscheiden, der sich seit mehreren Jahren aus beruflichen Gründen in China aufhielt. Er kehrte

nur während seines Urlaubs nach Deutschland zurück und war in Deutschland Eigentümer eines Hausgrundstücks. Außerdem hatte er in Deutschland eine chinesische Staatsangehörige geheiratet, mit der er bis zu seinem Tod in China in einem gemeinsamen Hausstand lebte. Eine Rückkehr nach Deutschland hatte der Erblasser im Zeitpunkt seines Ablebens nicht völlig ausgeschlossen oder sogar beabsichtigt.

In beiden Fällen entschied sich das Gericht gegen Deutschland als gewöhnlichen Aufenthaltsort. Dass gelegentlich Deutschlandbesuche des Erblassers stattfinden, wurde in beiden Fällen noch nicht als ausreichend für die Annahme des gewöhnlichen Aufenthalts angesehen. Auch der längere Aufenthalt des Erblassers in Deutschland aus Gründen der medizinischen Behandlung im Fall des OLG Hamm wurde nicht als maßgeblich bewertet. Vielmehr hatten beide Erblasser – insbesondere auch aufgrund des gemeinsamen Hausstands mit ihrer Ehefrau bzw. Lebensgefährtin – im Ausland ihren Lebensmittelpunkt begründet. Nach der Rechtsprechung des OLG Frankfurt a. M. ist außerdem – anders als im anglo-amerikanischen Rechtskreis – kein dauerhafter Bleibewille im Ausland erforderlich (*animus manendi et non revertendi*), sodass auch eine eventuelle Rückkehrabsicht nach Deutschland nichts am gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland ändert. Dieser Aspekt kann allenfalls als ein Gesichtspunkt in die Gesamtabwägung eingestellt werden.

Beide Entscheidungen zeigen, dass von der bloßen Staatsangehörigkeit nicht darauf geschlossen werden kann, dass sich der gewöhnliche Aufenthaltsort im Heimatstaat befindet. Vielmehr ist selbst bei letztlich vorübergehend geplanter, aber doch verstetigter Verlegung des Lebens- und Daseinsmittelpunkts ins Ausland von einem gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland auszugehen – mit der Folge, dass ohne Rechtswahl auch das ausländische Erbrecht Anwendung findet.

Der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts kommt außerdem in weiteren Unionsrechtsakten und auch im nationalen Recht vor,³⁴ und zwar als Anknüpfungspunkt sowohl für das anwendbare Recht als auch für die internationale Zuständigkeit. Interessant ist in diesem Zusammenhang eine EuGH-Entscheidung zu Art. 3 Abs. 1 EuEheVO.³⁵ Die EuEheVO ist zwar primär im gerichtlichen Zusammenhang

28 Keim/Lehmann/Schwab, Beck'sches Formularbuch Erbrecht, 4. Aufl. 2019, A. VI.3.; Herrler/Döbereiner, Münchener Vertragshandbuch, Band 6. Bürgerliches Recht II, 8. Aufl. 2020, XIV.1.

29 BeckOK-BeurkG/Raude, Stand: 01.05.2021, § 17 Rdnr. 15; Frenz/Miermeister/Frenz, BNotO, 5. Aufl. 2020, § 17 BeurkG, Rdnr. 6; BGH, Urteil vom 06.11.1986, IX ZR 125/85, NJW 1987, 1266, 1267.

30 EuGH, Urteil vom 21.06.2018, C-20/17, Oberle, NJW 2018, 2309; siehe dazu Strauß, MittBayNot 2021, 440, 442 ff.

31 EuGH, Urteil vom 16.07.2020, C-80/19, EE u. a., NJW 2020, 2947; OLG Hamburg, Beschluss vom 16.11.2016, 2 W 85/16, MittBayNot 2017, 624.

32 OLG Hamm, Beschluss vom 10.08.2021, 10 W 53/21, ZEV 2021, 694.

33 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 14.09.2020, 21 W 59/20, MittBayNot 2022, 68.

34 Vgl. aus jüngerer Zeit etwa EuGH, Urteil vom 25.11.2021, C-289/20, IB/FA, NJW 2021, 3771; Urteil vom 17.10.2018, C-393/18, PPU (DU/XB), NJW 2019, 415; Urteil vom 28.06.2018, C-412/17, HR, BeckRS 2018, 13329; Urteil vom 29.01.2009, C-523/07, BeckRS 2009, 70122 (zur EuEheVO); KG, Beschluss vom 06.10.2020, 1 AR 1020/20, ErbR 2021, 161; OLG Köln, Beschluss vom 23.08.2017, 2 Wx 193/17, FGPrax 2017, 277; OLG Brandenburg, Beschluss vom 09.02.2021, 3 W 129/20, FGPrax 2021, 143 (zu § 343 FamFG); OLG Naumburg, Beschluss vom 18.07.2019, 8 UF 58/19, BeckRS 2019, 24227 (zu Art. 3 HKÜ); OLG Stuttgart, Beschluss vom 24.02.2020, 18 WF 11/20, NJOZ 2020, 1356 (zu Art. 5 KSÜ); BGH, Beschluss vom 20.03.2019, XII ZB 530/17, NJW 2019, 1605 (zu Art. 19 EGBGB).

35 EuGH, Urteil vom 25.11.2021, C-289/20, IB/FA, NJW 2021, 3771.

bei Ehescheidungen relevant und regelt keine Fragen des Kollisionsrechts.³⁶ Zudem ist der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts auch unter den europäischen Regelwerken nicht vollständig kongruent auszulegen.³⁷ Dennoch werden sich die wesentlichen Erwägungen dieser Entscheidung auch auf die Auslegung des gewöhnlichen Aufenthalts nach §§ 4, 21 EuErbVO übertragen lassen.

Der Fall betraf einen Ehegatten französischer Staatsangehörigkeit, der beruflich in Frankreich tätig war, aber über Jahre hinweg jedes Wochenende bei seiner Familie in Irland verbracht hatte. Erst sechs Monate vor Einreichung der Scheidungsklage in Frankreich hielt sich der Ehegatte weitestgehend in Frankreich auf, pflegte aber dennoch weiterhin enge Beziehungen zu Irland und hielt sich auch zeitweilig dort auf.

Der EuGH urteilt zum einen, dass es nur einen gewöhnlichen Aufenthalt geben kann. Dies macht er zunächst daran fest, dass die EuEheVO diesen Begriff nur im Singular verwendet. Außerdem könne aus der Verwendung des Adjektivs „gewöhnlich“ geschlossen werden, dass der Aufenthalt eine gewisse Beständigkeit oder Regelmäßigkeit haben muss, was auch einer Begründung zweier gewöhnlicher Aufenthalte widerspreche. Mit Blick auf die Bedeutung des gewöhnlichen Aufenthalts für die internationale Zuständigkeit führe die Annahme mehrerer gewöhnlicher Aufenthalte zudem zu Rechtsunsicherheit und gefährde das Erfordernis der Vorhersehbarkeit der Zuständigkeitsregeln. Dass nur ein gewöhnlicher Aufenthalt denkbar sei, schließe allerdings nicht aus, dass mehrere schlichte Aufenthalte parallel existierten.

Zur weiteren Auslegung des Begriffs zieht der EuGH seine Rechtsprechung zum gewöhnlichen Aufenthaltsort des Kindes im Rahmen der EuEheVO heran. Zwar sei im Unterschied zu einem Kind bei einem Erwachsenen ein eigener Willensentschluss zur Verlegung des gewöhnlichen Aufenthalts möglich. Weiter sei das Umfeld eines Erwachsenen vielschichtiger. Dennoch könne man der bisherigen Rechtsprechung entnehmen, dass der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts durch zwei Elemente gekennzeichnet sei, nämlich durch den Willen des Betroffenen, seinen Lebensmittelpunkt an einen Ort zu legen, und durch eine hinreichend dauernde Anwesenheit im betroffenen Mitgliedstaat. Unter hinreichend dauernder Anwesenheit versteht der EuGH einen Mindestzeitraum von sechs Monaten.

Damit trifft der EuGH zwei Grundsatzentscheidungen, die auch für die notarielle Praxis von Bedeutung sind. So wird man davon ausgehen dürfen, dass durch den Umzug in ein anderes Land ein gewöhnlicher Aufenthalt zumindest dann noch nicht begründet wird, wenn der Aufenthalt nicht länger als sechs Monate dauert. Dies schließt es freilich nicht aus, dass auch ein länger anhaltender Aufenthalt in einem anderen Staat noch keinen gewöhnlichen Aufenthalt dort begründet, wenn der Daseinsmittelpunkt nicht dorthin verlagert wird. Vor dem Hintergrund, dass es nicht zwei parallele

gewöhnliche Aufenthaltsorte geben kann, muss der Rechtsgestalter jedoch immer die Möglichkeit in Betracht ziehen, dass der gewöhnliche Aufenthalt wechseln kann, und darf sich nicht darauf verlassen, dass zumindest „ein“ gewöhnlicher Aufenthalt am bisherigen Daseinsmittelpunkt aufrechterhalten bleibt. Bei Fällen mit Auslandsbezug ist daher vorsorglich zu einer Rechtswahl zu raten, wenn diese möglich und sinnvoll ist.

III. Privatscheidungen

Angesichts der ausführlicheren Darstellung zur Privatscheidung und deren Bedeutung für die notarielle Praxis im letztjährigen Praxisupdate IPR³⁸ sei an dieser Stelle nur auf eine aktuelle Rechtsänderung hingewiesen. Für Scheidungen seit 01.08.2022 gilt eine novellierte EuEheVO („Brüssel-IIb-VO“ statt bislang „Brüssel-IIa-VO“).³⁹ In ihrem Art. 65 Abs. 1 regelt die neue EuEheVO nunmehr, dass öffentliche Urkunden und Vereinbarungen über eine Trennung ohne Auflösung des Ehebandes und eine Ehescheidung, die im Ursprungsmitgliedstaat rechtsverbindliche Wirkung haben, in anderen Mitgliedstaaten anerkannt werden, ohne dass es eines besonderen Verfahrens bedarf. Damit schließt die neue EuEheVO eine Lücke, die darin bestand, dass bisher auf „Privatscheidungen“ weder die Anerkennungsregeln der EuEheVO noch die Kollisionsregeln der Rom-III-VO Anwendung fanden.⁴⁰ Dies ändert freilich nichts daran, dass für außereuropäische Privatscheidungen weiterhin keine europarechtliche Lösung besteht; insoweit ist die Schaffung des Art. 17 EGBGB n. F. weiterhin von Bedeutung.⁴¹

Inhaltlich bereitet Art. 65 Abs. 1 EuEheVO n. F. durchaus Schwierigkeiten. Diese resultieren daraus, dass eine Anerkennung von Urkunden dogmatisch nicht vollständig geklärt ist und das Konzept der „Urkundsanerkennung“ teilweise mit sehr hörbaren Argumenten gänzlich abgelehnt wird.⁴² Problematisch ist insbesondere der genaue Umfang der Anerkennungswirkung. Die „Urkundsanerkennung“ bewegt sich hierbei im Spannungsfeld zwischen der Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen und der *révision au fond* durch vollständige Anwendung des für das Rechtsverhältnis geltenden Rechts. Während bei gerichtlichen Entscheidungen der Umfang der Anerkennung durch die Tatbestandswirkung in der Regel feststeht, ist dies bei öffentlichen Urkunden regelmäßig nicht der Fall. Mit Blick auf die Neuregelung des Art. 65 Abs. 1 EuEheVO⁴³ wird man davon ausgehen können, dass die Rechtsfolgen zur Anwendung

38 *Strauß*, MittBayNot 2021, 440, 446 f.

39 Verordnung (EU) Nr. 2019/1111 des Rates vom 25.06.2019 über die Zuständigkeit, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und über internationale Kindesentführungen, ABl. EU 2019, L 178.

40 Vgl. hierzu *Strauß*, MittBayNot 2021, 440, 446.

41 Vgl. hierzu *Strauß*, MittBayNot 2021, 440, 446.

42 Vgl. hierzu etwa *Kohler/Buschbaum*, IPRax 2010, 313; *Mansel*, IPRax 2011, 341.

43 Die nachfolgenden Ausführungen orientieren sich an *Dutta*, FamRZ 2020, 1428.

36 Diese werden durch die Rom-III-VO geregelt.

37 DNotl, DNotl-Report 2012, 121; *Simon/Buschbaum*, NJW 2012, 2393, 2395; BeckOGK-EuErbVO/J. *Schmidt*, Stand: 01.05.2022, Art. 4 Rdnr. 19 m. w. N.

kommen, die das materielle Recht des Errichtungsstaats hierfür vorsieht. Voraussetzung hierfür ist weiter auch die Zulässigkeit, das Zustandekommen und die Wirksamkeit der Urkunde nach dem Recht des Errichtungsstaats. Man kann Art. 65 Abs. 1 EuEheVO n. F. daher als „Quasikollisionsnorm“ auffassen.⁴⁴ Eine Einschränkung erfährt die Neuregelung außerdem dadurch, dass nach Art. 64 EuEheVO n. F. die Anerkennung nur dann greift, wenn eine hypothetische internationale Zuständigkeit der Gerichte im Errichtungsstaat der Urkunde besteht.

Die übrigen Neuregelungen der EuEheVO beschränken sich im Wesentlichen auf die Abschaffung des Exequaturverfahrens, sodass auf weitere Ausführungen hierzu an dieser Stelle verzichtet wird. Ohnehin beschäftigt sich die EuEheVO überwiegend mit Fragen der internationalen Zuständigkeit sowie der Anerkennung und Vollstreckung (nicht jedoch mit Kollisionsrecht) und ist daher für die notarielle Praxis nur eingeschränkt relevant.

IV. Qualifikationsfragen im Zusammenhang mit der EuErbVO

Die Abgrenzung der EuErbVO von anderen kollisionsrechtlichen Regelungen ist von hoher Relevanz für die notarielle Praxis, insbesondere mit Blick auf unbewegliche Gegenstände. Berichtet werden soll zu einem EuGH-Urteil zur Abgrenzung zwischen EuErbVO und Rom-I-VO bei Schenkungen mit Nachlassbezug (1.) und zu einem Urteil des OLG München im Nachgang zur EuGH-Rechtsprechung im Sinne der Kubicka-Entscheidung des EuGH (2.).

1. Qualifikation der Schenkung von Todes wegen

§ 2301 BGB trifft im deutschen Recht für Schenkungsverprechen eine Abgrenzung zwischen der schuldrechtlichen Regelung der §§ 516 ff. BGB und der erbrechtlichen Regelung der §§ 1922 ff. BGB. Rein nationalrechtlich betrachtet kommt dieser Norm in der notariellen Praxis zumindest keine herausragende Bedeutung zu. Dies gilt zum einen für Formfragen, da die notarielle Beurkundung sowohl das Formerfordernis des § 518 Abs. 1 Satz 1 BGB als auch des § 2301 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 2232 BGB erfüllt. Allenfalls ist der Unterschied zu beachten, dass Willenserklärungen im Rahmen eines Testaments bzw. Erbvertrags nach §§ 2064, 2274 BGB vertretungsfeindlich sind. Gewisse Bedeutung erlangt die Unterscheidung bei der Heilung zunächst formunwirksamer Versprechen: Diese ist nach § 518 Abs. 2 BGB auch nach Versterben des Beschenkten noch möglich, nach § 2301 Abs. 2 BGB nur zu Lebzeiten des Beschenkten.⁴⁵ Zudem kann die Unterscheidung pflichtteilsrelevant sein: Während bei einer Schenkung nach §§ 516 ff. BGB ein Pflichtteilsanspruch nicht mehr denkbar ist (man beachte allerdings den Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2325 BGB und die Tatsache, dass die Abschmelzungsfrist erst nach wirtschaftlicher Ausgliederung des Gegenstands zu laufen

beginnt⁴⁶), begründet eine Schenkung von Todes wegen nach § 2301 weiterhin gewöhnliche Pflichtteilsansprüche.⁴⁷

Weitaus höher ist die Bedeutung der Abgrenzung zwischen Schuldrecht und Erbrecht für die notarielle Praxis im Fall von Auslandsberührung. Dies kann gerade im Fall unbeweglicher Sachen große Unterschiede hervorrufen. Auf schuldrechtliche Verträge – wie sie die Schenkung darstellt – ist das Kollisionsregime der Rom-I-VO anzuwenden, auf erbrechtliche Sachverhalte die EuErbVO. Nach Art. 4 Abs. 1 lit. c) Rom-I-VO richtet sich das anwendbare Schuldvertragsrecht nach dem Belegenheitsort; zwar ist eine abweichende Rechtswahl nach Art. 3 Rom-I-VO hier denkbar, aber nicht sinnvoll. Fragen des dinglichen Rechtsübergangs regeln sich nicht nach der Rom-I-VO, sondern unterliegen generell dem Belegenheitsrecht, das sich aus dem jeweiligen nationalen Kollisionsrecht ergibt, in Deutschland aus Art. 43 ff. EGBGB.⁴⁸ Schließlich regelt sich die Form hinsichtlich des schuldrechtlichen Teils nach Art. 11 Rom-I-VO (dessen Abs. 5 insoweit nicht anwendbar ist⁴⁹), hinsichtlich des dinglichen Teils allerdings nach Art. 11 Abs. 4 EGBGB i. V. m. Art. 43 EGBGB, sodass auf in Deutschland belegene Grundstücke immer § 925 BGB Anwendung findet.⁵⁰ Ist das entsprechende Rechtsgeschäft also als Schenkung zu qualifizieren, kann der Rechtsgestalter in aller Regel für alle Bereiche der Transaktion das Belegenheitsrecht zur Anwendung bringen, was mit großen Abwicklungsvorteilen verbunden ist.

Anders ist dies indes im Rahmen des Erbrechts, für das die Kollisionsregeln der EuErbVO gelten. Diese sind im Wesentlichen auf den gewöhnlichen Aufenthalt bzw. auf die Wahl des Heimatrechts beschränkt; beide Rechte können von der Belegenheit der betroffenen unbeweglichen Sache abweichen. Hinzu kommt, dass sich nach der Kubicka-Rechtsprechung des EuGH auch die dingliche Wirkung erbrechtlicher Rechtsinstitute nach dem von der EuErbVO berufenen Erbrecht richtet, sodass auch Vindikationslegat in Deutschland anzuerkennen sind (was freilich die Notwendigkeit, den Eigentumsübergang gegenüber dem Grundbuchamt in gehöriger Form nachzuweisen, nicht ausschließt).⁵¹ Ein Rechtsübergang an einer unbeweglichen Sache unter Anwendung ausländischen Erbrechts kann also zu problematischen Verwerfungen führen, die bei Anwendung des Schuldvertragsrechts ausgeschlossen werden könnten.

⁴⁶ Vgl. dazu etwa BGH, Urteil vom 17.09.1986, IVa ZR 13/85, NJW 1987, 122, 124; Urteil vom 27.04.1994, IV ZR 132/93, NJW 1994, 1791 f.

⁴⁷ BeckOGK-BGB/*Gomille*, Stand: 01.08.2021, § 2301 Rdnr. 6; so im Grundsatz auch *Meyer*, ZEV 217, 682, 684.

⁴⁸ Hausmann/*Odersky/Schäuble*, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2021, § 16 Rdnr. 116.

⁴⁹ BeckOGK-EGBGB/*Gebauer*, Rom-I-VO, Art. 11 Rdnr. 149.

⁵⁰ *Strauß*, MittBayNot 2021, 69.

⁵¹ EuGH, Urteil vom 12.10.2017, C-218/16, Kubicka, DNotZ 2018, 33; vgl. dazu *Strauß*, MittBayNot 2021, 440, 443 f.; vgl. außerdem unter IV. 2.

⁴⁴ *Dutta*, FamRZ 2020, 1428, 1429.

⁴⁵ BGH, Urteil vom 12.11.1986, IVa ZR 77/85, DNotZ 1987, 322, 323; Urteil vom 18.05.1988, IVa ZR 36/87, NJW 1988, 2731, 2732.

Nunmehr hat der EuGH über die Abgrenzung zwischen Rom-I-VO und EuErbVO in diesem Zusammenhang judiziert.⁵² Grundsätzlich besteht ein Exklusivitätsverhältnis zwischen diesen Verordnungen, da nach Art. 1 Abs. 2 lit. g EuErbVO unentgeltliche Zuwendungen vom Anwendungsbereich der EuErbVO nicht umfasst sind, sodass insoweit die Rom-I-VO greift. Streitgegenständlich war ein Schenkungsvertrag über unbewegliches Vermögen nach österreichischem Sachrecht, der unter der aufschiebenden Bedingung des Todes des Schenkers stand. Eine Überlebensbedingung, wie sie § 2301 BGB im deutschen Sachrecht für die Anwendung erbrechtlicher Normen vorsieht, war nicht enthalten.

Der EuGH kam im Ergebnis zur Anwendung der EuErbVO. Denn ein Vertrag, in dem eine Person vorsieht, dass bei ihrem Tod das Eigentum an einer ihr gehörenden Liegenschaft übertragen wird, und damit anderen Parteien dieses Vertrags Rechte an ihrem künftigen Nachlass einräumt, sei als Erbvertrag im Sinne des Art. 3 Abs. 1 lit. b) EuErbVO einzuordnen. Dies begründet der EuGH mit dem Ziel der EuErbVO, eine Nachlassspaltung zu verhindern und eine einheitliche Regelung zu schaffen.

Für die notarielle Praxis folgt daraus, dass sich eine lebzeitige Zuwendung, die auf den Tod des Zuwendenden aufschiebend bedingt⁵³ ist, nach dem Erbrechtsstatut richtet. Aus deutscher Sicht ist insbesondere beachtenswert, dass die Anwendung der EuErbVO schon früher greift als § 2301 BGB: Es genügt die aufschiebende Bedingung (des schuldrechtlichen Vertrags) auf den Tod des Schenkers, eine Überlebensbedingung ist nicht erforderlich. Hiernach muss sich der Rechtsgestalter ausrichten. Eine „Umgehung“ eines ungünstigen Erbstatuts ist daher nur durch eine lebzeitige Überlassung möglich, die nicht unter der genannten aufschiebenden Bedingung steht. Sonstige Ausweichgestaltungen, die einer erbrechtlichen Gestaltung näherkommen, dürften ausscheiden.

2. Dinglich wirkende Singularsukzession im internationalen Erbrecht

Nach der EuGH-Rechtsprechung im Sinne des Kubicka-Urteils entscheidet das Erbstatut der EuErbVO nicht nur über die Zuordnung des Nachlasses, sondern auch über die Art des dinglichen Übergangs, sodass etwa ausländische Vindikationslegat im Inland anzuerkennen sind.⁵⁴ Hierzu wurde bereits im vergangenen Praxisupdate IPR ausführlich berichtet.⁵⁵ Daher soll an dieser Stelle nur noch ergänzend auf eine hierauf bezogene Entscheidung des OLG München hingewiesen werden.⁵⁶ Inmitten der im Ergebnis folgerichtigen Entscheidung steht ein italienischer Erbfall. Der Senat unterscheidet hierbei richtigerweise zwi-

schen dinglich wirkendem Vindikationslegat bzw. dinglicher Teilungsanordnung auf der einen und bloß schuldrechtlicher Teilungsanordnung auf der anderen Seite. Aus zivilprozessualen Gründen, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll, kommt das Gericht zum Schluss, von einer schuldrechtlichen Teilungsanordnung auszugehen, welcher ein dinglicher Vollzugsakt folgen muss. Ein Übergang des Eigentums an den Nachlassgegenständen richtet sich daher nach dem Übergang unter Lebenden, sodass in dinglicher Hinsicht Art. 43 EGBGB zur Anwendung kommt.

V. Ausschlagung für Minderjährige im internationalen Zusammenhang

Die Beglaubigung von Erbausschlagungen ist haftungsträchtig und bedarf – insbesondere bei Entwurfserstellung durch den Notar – sorgfältiger Prüfung. Dies gilt etwa dann, wenn durch „taktische Ausschlagung“ eine bestimmte Rechtsfolge herbeigeführt werden soll. Im Falle eines verschuldeten Nachlasses kommt es hingegen weniger auf die Erbfolge, sondern eher auf den rechtzeitigen Zugang der Ausschlagungserklärung beim Nachlassgericht an. Sollen Kinder ausschlagen, ist außerdem zu prüfen, ob insoweit eine Genehmigung durch das Familiengericht erforderlich ist. Regelmäßig ist diese nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB (ab 01.01.2023: § 1643 Abs. 3 Satz 1 BGB) entbehrlich.

Dass eine Ausschlagung im internationalen Zusammenhang noch weitere „Fallstricke“ bereithält, die nicht unmittelbar erkennbar sind, zeigt eine Entscheidung des OLG Hamm.⁵⁷ Im zugrunde liegenden Sachverhalt ging es um einen Nachlass, auf den polnisches Erbrecht anwendbar war und der auch von polnischen Nachlassgerichten abgewickelt wurde. Nachdem der zunächst berufene Vater eines minderjährigen Kindes die Erbschaft ausgeschlagen hatte, erklärten beide Eltern des Minderjährigen daraufhin für ihr Kind die Ausschlagung. Eltern wie Kind hatten ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland.

Bei rein nationaler Betrachtung wäre hierfür nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB keine Genehmigung durch das Familiengericht erforderlich. Allerdings verlangt das polnische Erbrechtsverfahren eine gerichtliche Genehmigung. Die von den Eltern aus diesem Grund beantragte Genehmigung vor einem deutschen AG wurde mit der Begründung zurückgewiesen, dass eine Genehmigung nach deutschem Recht nicht erforderlich sei.

Die vor dem OLG Hamm dagegen eingelegte Beschwerde hatte Erfolg. Das Gericht nimmt hierbei – in Anlehnung an einen bereits früher ergangenen Beschluss des OLG Koblenz⁵⁸ – geradezu schulmäßig eine Prüfung nach den Kriterien des IZVR bzw. IPR vor. Zunächst wird die internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte nach Art. 8 Abs. 1 EuErbVO bejaht, die an den gewöhnlichen Aufenthaltsort anknüpft. Die Frage der Genehmigungsbedürftigkeit unter-

52 EuGH, Urteil vom 09.09.2021, C-277/20, UM, ZEV 2021, 717.

53 Streng genommen müsste eigentlich von einer Befristung gesprochen werden.

54 EuGH, Urteil vom 12.10.2017, C-218/16, Kubicka, DNotZ 2018, 33; siehe bereits oben IV. 1.

55 Strauß, MittBayNot 2021, 440, 443 f.

56 OLG München, Beschluss vom 29.09.2020, 34 Wx 236/20, ZEV 2021, 179.

57 OLG Hamm, Beschluss vom 04.05.2020, 13 WF 66/20, ZEV 2020, 621 = MittBayNot 2021, 277 (Ls.).

58 OLG Koblenz, Beschluss vom 19.03.2018, 9 WF 607/17, BeckRS 2018, 39508.

falle – unter Verweis auf die EuGH-Rechtsprechung⁵⁹ – dem Statut der elterlichen Sorge.

Sodann fährt das Gericht mit der kollisionsrechtlichen Prüfung fort. Es ordnet die Frage der Genehmigung als Maßnahme zum Schutz von Person oder Vermögen des Kindes ein, die kollisionsrechtlich allerdings nicht durch die EuEheVO bestimmt wird. Vielmehr ist Art. 15 KSÜ anwendbar, welcher nach seinem Abs. 1 das anwendbare Recht an die internationale Zuständigkeit knüpft. Richtigerweise kommt das Gericht aufgrund der internationalen Zuständigkeit deutscher Gerichte zur Anwendung deutschen Rechts nach Art. 15 Abs. 1 KSÜ. Insoweit scheidet eine Genehmigungsbedürftigkeit nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB aus.

Hier bleibt das Beschwerdegericht jedoch nicht stehen. Vielmehr nimmt es Bezug darauf, dass die Ausweichklausel des Art. 15 Abs. 2 KSÜ es erlaubt, ausnahmsweise ausländisches Recht anzuwenden oder zu berücksichtigen, wenn der Sachverhalt zum jeweiligen Drittstaat eine enge Verbindung hat und der Schutz von Person oder Vermögen des Kindes diese Ausnahme erfordert. Mit Blick darauf, dass das polnische Verfahrensrecht eine gerichtliche Genehmigung erfordert, kommt das Gericht zum Ergebnis, dass ausnahmsweise ein Anspruch auf Entscheidung über den Genehmigungsantrag bestehe.

Die Ausweichklausel des Art. 15 Abs. 2 KSÜ ist also in besonders gelagerten Ausnahmefällen der Erbausschlagung in Betracht zu ziehen.

VI. Ukraine-Krieg und notarielle Praxis

Der Ukraine-Krieg macht auch vor der notariellen Praxis nicht Halt. Insbesondere ist in Zukunft mit einer höheren Anzahl ukrainischer Urkundsbeteiligter zu rechnen. Die sich in diesem Zusammenhang stellenden Rechtsfragen erstrecken sich auf viele Rechtsgebiete und wurden vom DNotI in einem Überblick aufgearbeitet, auf den an dieser Stelle verwiesen werden soll.⁶⁰

In der akuten Kriegsphase von besonderer Bedeutung sind Vollmachten für Minderjährige, die sich alleine auf der Flucht befinden. Zwar dürfte dies eher die Beurkundung durch ukrainische Notare betreffen, dennoch sei darauf hingewiesen, dass der Rat der Notariate der Europäischen Union (CNUE) auf den Seiten des Europäischen Notariellen Netzes mehrsprachige Formulare für eine derartige Vollmacht zur Verfügung stellt.⁶¹

Auf einen weiteren Aspekt, der für die notarielle Praxis in Deutschland nicht von unmittelbarer Relevanz sein dürfte, sei hier dennoch kurz hingewiesen. In der Ukraine hat sich ein gewisser „Markt“ für Leihmutterchaften entwickelt, weil diese dort rechtlich erlaubt sind. Ganz unabhängig von einer rechtlich-moralischen Bewertung dieses Modells er-

geben sich auch insoweit aufgrund des Krieges akute Probleme mit Blick auf die zur Begründung der Vaterschaft erforderliche Zustimmung der Leihmutter zur Vaterschaftsanerkennung. Aus deutscher Sicht ist auf die Abstammung nach Art. 19 EGBGB das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts anzuwenden. Dieser liegt nach einer jüngeren BGH-Rechtsprechung bereits am gewöhnlichen Aufenthaltsort der genetischen Eltern.⁶² Bei deutschen „Wunscheltern“ ist also nach §§ 1595, 1597 Abs. 1 BGB eine Beurkundung der Zustimmung durch die Leihmutter erforderlich. Diese wurde gewöhnlich durch die Konsularabteilungen der deutschen Auslandsvertretungen durchgeführt, welche nach § 10 Abs. 1 KonsG im Ausland zur Vornahme von Beurkundungen befugt sind. Aufgrund der zeitweiligen Schließung der deutschen Auslandsvertretungen in der Ukraine war dies nicht mehr möglich. Allerdings dürfte nach Art. 11 Abs. 1 Fall 2 EGBGB in diesem Fall auch die Einhaltung der Ortsform genügen, wobei nach Art. 125 f. des ukrainischen Familiengesetzbuchs ebenfalls notarielle Beurkundung erforderlich sein dürfte. Diese kann durch die ukrainischen Notare, welche vor Ort weiter beurkunden, durchgeführt werden. Die BNotK hat hierfür in Zusammenarbeit mit der ukrainischen Notarkammer ein zweisprachiges Formular entwickelt, das dem Auswärtigen Amt zur Verfügung gestellt wurde.

VII. Ausblick: Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie

Schließlich soll der Vollständigkeit halber noch auf den vom BMJ veröffentlichten Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie hingewiesen werden, der sich derzeit im Gesetzgebungsverfahren befindet.⁶³ Der Gesetzesentwurf novelliert die Regelungen im UmwG zur grenzüberschreitenden Verschmelzung und regelt erstmals die grenzüberschreitende Spaltung⁶⁴ und den grenzüberschreitenden Formwechsel. Bislang musste die Praxis grenzüberschreitende Umwandlungen oftmals auf Grundlage der zum Primärrecht ergangenen EuGH-Entscheidungen vornehmen.⁶⁵ Sollte dieser Entwurf in Kraft treten, würde er grenzüberschreitende Umwandlungen in der notariellen Praxis auf eine rechtssicherere Grundlage stellen. Der Entwurf kann insgesamt als gelungen bezeichnet werden.⁶⁶

62 BGH, Beschluss vom 20.03.2019, XII ZB 530/17, NJW 2019, 1605.

63 BT-Drucks. 20/1738.

64 Die grenzüberschreitende Spaltung zur Aufnahme wird aufgrund nur eingeschränkter europarechtlicher Vorgaben nur unterhalb der Mitbestimmungsschwellen geregelt, vgl. § 332 UmwG-E.

65 Siehe hierzu ausführlich *Stelmaszczyk*, Der Konzern 2021, 1; *Stelmaszczyk*, Der Konzern 2021, 48.

66 Siehe zum Referentenentwurf ausführlich die Stellungnahme der BNotK vom 17.05.2022, abrufbar unter <https://www.bnotk.de/stellungnahmen> (zuletzt abgerufen am 09.07.2022).

59 EuGH, Urteil vom 19.04.2018, C-565/16, ZEV 2018, 335.

60 DNotI-Report 2022, 57.

61 <https://www.notariesofeurope.eu/en/a-form-to-facilitate-travel-abroad-for-children-leaving-ukraine/> (zuletzt abgerufen am 09.07.2022).



BUCHBESPRECHUNGEN

Hermann J. Faßbender:

Notariatskunde

20. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2022. 1008 S., 69 €

Von Notarassessor Dr. **Andreas Bernert**, München

Wenn ein Werk in 20. Auflage erscheint, dann sagt das zu meist schon alles. Das Standardwerk, insbesondere, aber eben nicht nur für Notariatsfachangestellte, „Notariatskunde“ bildet hier keine Ausnahme.

Auf ganz knapp über 1000 Seiten wird derjenige fündig, der eine kompakte und klar verständliche Erläuterung des Erwerbs vom Testamentsvollstrecker (§ 4 Rdnr. 41), aber auch sehr übersichtliche Schemata zur Erfassung der gesetzlichen Erbfolge (§ 4 Rdnr. 848 ff.) oder zügig Auskunft zur kostenrechtlichen Bewertung von Handelsregisteranmeldungen (§ 5 Rdnr. 415 ff.) sucht. Nicht unerwähnt soll bleiben, dass auch der Rezensent die Gelegenheit genutzt hat, um nochmals zu verinnerlichen, an welchen Stellen und in welcher Art eigentlich das Amtssiegel des Notars anzubringen ist (§ 1 Rdnr. 44 ff.).

Notariatskunde ist in fünf Kapitel, sortiert nach Paragraphen, gegliedert. Den größten Teil nimmt § 4 ein, der sich über 630 Seiten erstreckt und mit dem Titel „Die einzelnen Geschäfte und ihre Abwicklung“ ein großes Versprechen abgibt, das er allerdings auch einhält. Der Reihe nach werden das Grundstücksrecht, das Familienrecht, das Erbrecht, das Handels- und Vereinsrecht sowie nun neu von Notar *Vladimir Primaczenko* aus Plauen bearbeitet, das Internationale Privatrecht, behandelt.

Angenehm bei der Lektüre und für das punktuelle Recherchieren sehr praktisch ist der Umstand, dass grundsätzlich nicht übermäßig mit Verweisen gearbeitet wird. Das führt zwar zu kleineren Doppelungen, der Leser muss allerdings nicht das ganze Buch kennen und für seine Zwecke an mehreren Stellen nachlesen.

Obwohl sich § 5 ausführlich mit dem Kostenrecht beschäftigt, so ist doch aus didaktischer Sicht begrüßenswert, dass die jeweiligen Autoren nach größeren Sinnabschnitten stets kurze Passagen zu den kostenrechtlichen Besonderheiten des soeben besprochenen „Amtsgeschäfts“ einfügen, auch wenn diese Abschnitte sich voneinander etwas unter-

scheiden. So findet sich etwa in § 4 A. II. 14. ein Kaufvertragsmuster mit knapper Kostenberechnung, während in § 4 A. VI. ausführlichere Erläuterungen zu den Besonderheiten der Bewertung bei Überlassungsverträgen geregelt sind.

Weiter positiv zu bemerken ist der Abschnitt zum Internationalen Privatrecht in § 4 H. Dem Autor gelingt es hier nach einer unvermeidlichen, aber angenehm kurzen theoretischen Einleitung sehr gut, den Blick des Lesers auf das Wesentliche zu leiten, nämlich auf die Probleme, die sich im Alltag im Notarbüro stellen. Jedenfalls eignen sich die Passagen sehr gut dafür, um Bewusstsein für solche Fälle zu wecken, in denen vor der Beurkundung – in der Regel wohl letztlich durch den Notar – komplizierte Fragen des Internationalen Privatrechts beantwortet werden müssen. Es sind zwar nicht alle Abschnitte dieses Teils für die Lektüre durch Nichtjuristen geeignet, aber die praktischen Hinweise ab Rdnr. 1725 und 1798 seien wärmstens empfohlen.

Mindestens ein Exemplar dieses Werks sollte in keinem Notarbüro fehlen, hat die „Notariatskunde“ doch für nahezu jede (nicht nur) alltägliche Frage entweder die Lösung zur Hand, oftmals gleich mit Muster, oder aber bereitet doch zumindest den Boden für die ersten Schritte zum richtigen, sichersten Weg. Zuletzt noch angemerkt sei, dass sich das „in erster Linie für Notarmitarbeiter bestimmte (...) Lehrbuch“, wie es sich in Rdnr. 196 selbst nennt, eben nicht nur für diese eignet, sondern gerade auch dem dienstjüngeren Notarassessor eine erhebliche Hilfestellung bei der Erarbeitung bislang unbekannter Themenfelder bieten kann.

Dass man nicht einfach weiter nur in der Voraufgabe lesen kann, versteht sich im Übrigen von selbst. Denn zahlreiche aktuelle Entwicklungen, die ja gerade auch die Mitarbeiter im Notarbüro betreffen, wie etwa Reform des GwG und Anpassung des GNotK durch das Kostenrechtsänderungsgesetz 2021 sind im Buch bereits berücksichtigt und legen auch die Anschaffung der Neuauflage überaus nahe.

Manfred von Staudinger/Manfred Rapp/Wolfgang Wiegand:

Staudinger BGB – Buch 3: Sachenrecht: ErbbauRG: Erbbaurechtsgesetz

Neub. 2022, Otto Schmidt – De Gruyter, 2022. 337 S., 129,95 €

Von Notar Dr. **Gerald Weigl**, Schwabmünchen

Im Gesamtwerk „Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und Nebengesetzen“ neu erschienen (Stand: August 2021) ist die Kommentierung zum Erbbaurechtsgesetz von Notar a. D. Dr. *Manfred Rapp*, von dem bereits die Voraufgaben 2002, 2009 und 2017 stammten.

Wie im Hinblick auf die langjährigen praktischen Erfahrungen des Autors als Notar im Erbbaurechtsbereich sowie die sich über einen großen Zeitraum erstreckende Kommentierungstätigkeit des Autors in diesem Bereich nicht anders zu erwarten, handelt es sich unverändert um eine herausragende Kommentierung des ErbbauRG. Entsprechend der Konzeption des Staudinger liegt hier zugleich einer der umfangreichsten und tiefgründigsten Kommentierungen des ErbbauRG vor, die kaum eine Frage offen lässt und sicherlich auch künftig meinungsbildend sein wird.

Erwähnenswert ist beispielsweise die sehr gelungene zusammenfassende Kommentierung der §§ 5-7 ErbbauRG zu den Veräußerungs- und Belastungsbeschränkungen eines Erbbaurechts.

Zur Frage, ob ein hoher bzw. überhöhter Kaufpreis einen Grund zur Versagung der Eigentümerzustimmung geben kann, sind die neueren Entscheidungen des OLG Schleswig vom 17.09.2020, 2 U 10/19 und vom OLG München vom 18.11.2020, 34 Wx 315/19 (diese auch veröffentlicht in *MittBayNot* 2022, 31), nebst dem u. a. hierzu Stellung nehmenden Aufsatz von *Graf Wolfskeel v. Reichenberg*, *MittBayNot* 2021, 221 berücksichtigt (dort Rdnr. 26a und 26b).

Überzeugend ist die differenzierte Darstellung zur Problematik, wann die Zustimmung von einer Erhöhung des Erbbauzinses abhängig gemacht werden darf (nicht als Druckmittel für eine noch nicht eingetretene Erhöhung, vgl. dort Rdnr. 26e).

Ein mittlerweile verstärkt praxisrelevantes Thema ist in diesem Zusammenhang die Frage der Kostentragungspflicht für die Beglaubigung der Zustimmung des Grundstückseigentümers bei einer Veräußerung oder Belastung. In der Vergangenheit entsprach es durchaus üblicher Handhabung, dass diese Kosten aufgrund der im Erbbaurechtskauf getroffenen Kostentragungsvereinbarung, wonach der Käufer im Grundsatz die Kosten der Urkunde und der Abwicklung trägt, letztlich dem Käufer auferlegt wurden. *Rapp* ist hier unverändert bei seiner Meinung geblieben, dass diese Kosten gesetzlich der Erbbauberechtigte (und nicht der Grundstückseigentümer) zu tragen hat, da die Veräußerung im Interesse des Erbbauberechtigten liege und er damit der Veranlasser der Zustimmungserklärung sei (vgl. dort Rdnr. 11a), sodass dann unter Berücksichtigung der vorgenannten, im Kaufvertrag getroffenen Kostenregelung der Käufer im Verhältnis zum Verkäufer zur Kostentragung ver-

pflichtet wäre. Nicht berücksichtigt ist hierbei allerdings die Entscheidung des BGH vom 10.09.2020, V ZB 141/18 (vgl. hierzu *Sikora/Strauß*, DNotZ 2021, 669, 681 f.), die bei solchen Zustimmungen primär den zustimmenden Beteiligten als Kostenschuldner ansieht und nicht Verkäufer oder Käufer, sofern nicht eine eindeutige Kostenübernahmeerklärung vorliegt, die auch die Beglaubigungskosten für eine solche Zustimmung erfasst (vgl. hierzu auch das Rundschreiben der BNotK Nr. 4/2020 vom 04.12.2020, in Ergänzung zum früheren Rundschreiben Nr. 9/2018 vom 09.11.2018). Die üblichen Kostentragungsregelungen im Kaufvertrag sind dabei nicht als eine solche Kostenübernahmeerklärung zu verstehen und auch eine etwaige im Erbbaurechtsvertrag enthaltene Kostentragungsregelung zulasten des Erbbauberechtigten führt nicht zu einer Änderung der Kostenschuldnerschaft im Sinne des GNotKG, sondern gewährt allenfalls dem Grundstückseigentümer dann einen schuldrechtlichen Erstattungsanspruch. Bei den Grundstückseigentümern führt diese für sie neue Kostentragungspflicht vielfach zu Unmut, der dann teils auch deutlich gegenüber dem jeweiligen Notar geäußert wird und nicht dadurch kleiner wird, wenn der Notar zusätzlich darauf hinweist, dass nach ganz überwiegender Meinung (a. A. aber *Rapp*, a. a. O. Rdnr. 25, allerdings gegen die ganz herrschende Meinung, vgl. zum Beispiel *Grüneberg* (vormals *Palandt/Wicke*, 81. Aufl., § 5 ErbbauRG Rdnr. 5 a. E.) eine fehlende Kostenübernahmeerklärung keine Verweigerung der Zustimmung rechtfertigt bzw. die Nichtzahlung durch einen Dritten auch zu keinem Zurückbehaltungsrecht des Grundstückseigentümers bei der Zustimmungserteilung führt. Wer nun daran denkt, in den Erbbaurechtskauf eine entsprechende Kostenübernahmeerklärung zulasten des Verkäufers oder Käufers aufzunehmen, wird sich dann aber wohl damit beschäftigen müssen, inwieweit dies zu einer Aufklärungspflicht gegenüber Verkäufer bzw. Käufer führt, da es rechtlich eigentlich keinen Grund für eine solche Kostenübernahme gibt.

Ausführlich kommentiert ist die Problematik des Fortbestands von Dienstbarkeiten zugunsten des Erbbauberechtigten bei Beendigung des Erbbaurechts für den Grundstückseigentümer (vgl. dort § 12 Rdnr. 25 ff.). Soll der Fortbestand für den Grundstückseigentümer gesichert sein, empfiehlt *Rapp*, solche Dienstbarkeiten auch für den jeweiligen Grundstückseigentümer, aufschiebend bedingt auf das Erlöschen des Erbbaurechts, zu bestellen (dort Rdnr. 25e).

Die ebenfalls wichtige Thematik des Fortbestands von Dienstbarkeiten am Erbbaugrundstück und am Erbbaurecht bei Begründung und Beendigung des Erbbaurechts behandelt *Rapp* ausführlich in § 10 Rdnr. 15 ff. und § 33 Rdnr. 12 ff.

Gar nicht selten wird im Erbbaurechtsvertrag eine Abrissverpflichtung des Erbbauberechtigten bei Beendigung des Erbbaurechts gewünscht, umso einer Entschädigungszahlung des Grundstückseigentümers an den Erbbauberechtigten zu entgehen. *Rapp* weist hier zur Recht darauf hin, dass nach herrschender Meinung eine solche Abrissverpflichtung nicht als dinglicher Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden kann (dort § 27 Rdnr. 8c).

Allerdings kann der Entschädigungsanspruch im Grundsatz nach § 27 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG ohne diesen Umweg ausgeschlossen werden, soweit nicht § 27 Abs. 2 ErbbauRG etwas anderes bestimmt. Fraglich ist, ob dies auch mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen möglich ist. Hierzu und zur Entscheidung des BGH vom 23.11.2018, V ZR 33/18, *MittBayNot* 2018, 571, nimmt *Rapp* ausführlich in den Erläuterungen zu § 27 Rdnr. 8 d ff. Stellung.

Vereinzelt enthalten die Kommentierungen auch steuerliche Hinweis, zum Beispiel in § 27 Rdnr. 15c und 23 zur Grunderwerbsteuer. Dies könnte in einer Neuauflage gerne noch ausgebaut werden, zum Beispiel für die Grunderwerbsteuerlichen Fragen bei parallelem Erwerb von Erbbaurecht und Erbbaugrundstück, ggf. verbunden mit der Aufhebung des Erbbaurechts (vgl. hierzu *Winkler/Schlögel*, *Erbbaurecht*, 7. Aufl. 2021, § 10 Rdnr. 85; zu einer Übersicht von Grunderwerbsteuerlichen Fragen bei Erbbaurechten: *Wälzholz*, *MittBayNot* 2017, 9, 20).

Insgesamt ist die Anschaffung dieses Kommentars, vor allem aufgrund der Fachkunde und Praxisnähe des Autors, für jeden Notar und jeden, der mit Erbbaurechten nicht nur sehr gelegentlich zu tun hat und eine ausgezeichnete Hilfestellung bei Problemlösungen in diesem Gebiet sucht, sehr empfehlenswert!

Bianka Schimanski:

Wegweiser durch die NotAktVV mit elektronischem Urkundenarchiv und Verzeichnissen

Nomos, 2022. 231 S., 48 €

Von Notar Dr. **Ingmar Wolf**, Eichstätt

Die Digitalisierung des Notariats samt grundlegender Neuausgestaltung der berufsrechtlichen Vorschriften stellt derzeit alle Notare vor Herausforderungen. Zur Verordnung über die Führung notarieller Akten und Verzeichnisse (NotAktVV) sowie zum elektronischen Urkundenarchiv und zu den notariellen Verzeichnissen als den zentralen Änderungen ist nun ein Werk erschienen, das als „Wegweiser“ bezeichnet den Anspruch erhebt, die NotAktVV verständlich zu vermitteln und bei der praktischen Umsetzung auch hinsichtlich des Urkunden- und Verwahrungsverzeichnisses sowie der elektronischen Urkundensammlung in den Notarbüros zu unterstützen.

Inhaltlich ist das zu besprechende Werk auf dem Stand März 2022. Nach einem ersten allgemeinen und einführenden Teil werden anschließend auf 63 Seiten die Vorschriften der NotAktVV abschnittsweise vorgestellt und mit Anwendungsbeispielen erläutert. Es schließt sich auf 40 Seiten ein Praxisteil zu Urkunden und sonstigen Dokumenten (und deren Behandlung) als zweiter Schwerpunkt an. Es folgen kürzere Kapitel u. a. zu Verwahrungen, Nebenakten, dem Workflow im Notarbüro, dem Scanprozess sowie Sicherheitsfragen und technischen Störungen. Den Schluss bildet ein Anhang, bestehend unter anderem aus verschiedenen tabellarischen Übersichten, Auszügen aus Rundschreiben der BNotK, Checklisten der Verfasserin sowie Auszügen aus Gesetzestexten.

Jeder Rechtsanwender im notariellen Bereich ist sicherlich beim Einarbeiten in die Materie, beim Erstellen der für den

Scanprozess erforderlichen Verfahrensdokumentation sowie im Hinblick auf ggf. nötige Umorganisationen im Büroablauf schon auf verschiedene Fragen und Unsicherheiten hinsichtlich der Handhabung seit dem 01.07.2022 gestoßen. Nachfolgend sollen daher verschiedene Praxisfragen und ihre Behandlung im „Wegweiser durch die NotAktVV“ näher beleuchtet werden.

In Rdnr. 275 ff. wird die Behandlung „gemischter Verträge“, verstanden als Urkunden, die „sowohl rechtsgeschäftliche Erklärungen als auch Erklärungen zu Verfügungen von Todes wegen enthalten“, im Hinblick auf die Ablage der Urkunde in Urkunden- bzw. Erbvertragssammlung thematisiert. Ein Anwendungsfall aus der Praxis ist beispielsweise eine Scheidungsfolgenvereinbarung, die auch einen Erbvertrag beinhaltet. Im Hinblick auf die unterschiedlichen Aufbewahrungsfristen gemäß § 50 Abs. 1 Nr. 3 und 4 NotAktVV (30 Jahre für in der Urkundensammlung und 100 Jahre für in der Erbvertragssammlung verwahrte Dokumente) und die nicht dispositive Pflicht zur Ablage von (nicht in die gerichtliche Verwahrung gebrachten) Erbverträgen in der Erbvertragssammlung gemäß § 32 NotAktVV erscheint der Vorschlag von Schimanski, die Urschrift in der Erbvertragssammlung zu verwahren und in die Urkundensammlung eine beglaubigte auszugsweise Abschrift (mit nur den rechtsgeschäftlichen Erklärungen) einzulegen, durchaus überlegenswert. Wenn allerdings in Rdnr. 536 zur selben Thematik vorgeschlagen wird, die Urkunden bestmöglich zu trennen, kann dies in keinem Fall die materielle Rechtslage und die Urkundsgestaltung betreffen, oder anders

ausgedrückt: Zweifelsfragen zur Urkundsablage und der Handhabung der NotAktVV können keinen Einfluss auf den (ggf. beurkundungs- und materiellrechtlich gebotenen) Urkundsinhalt haben.

Zur Behandlung von Verfügungen von Todes wegen dürfte mittlerweile anerkannt sein (vgl. etwa auch das Merkblatt der BNotK zum Elektronischen Urkundenarchiv, erste Version, Stand 13.06.2022, abrufbar im internen Bereich der von der BNotK betriebenen Internetseite zum Elektronischen Urkundenarchiv unter <https://www.elektronisches-urkundenarchiv.de/checklisten>), dass bei Verwahrung einer beglaubigten Abschrift in der Urkundensammlung auf Wunsch der Beteiligten (§ 31 Abs. 1 Nr. 1a NotaktVV) das Pendant für die Elektronische Urkundensammlung entweder als elektronische Fassung der beglaubigten Abschrift (mit Scanherstellung von einer papiergebundenen beglaubigten Abschrift) oder als elektronische beglaubigte Abschrift (unter Verwendung der Urschrift als Scanvorlage) hergestellt werden kann. Dies geht aus den Ausführungen in Rdnr. 296 f. sowie Rdnr. 528 nicht hervor, wo (nur) die Herstellung einer Reinschrift durch Umwandlung einer Word- in eine PDF-Datei vorgeschlagen wird.

Die Thematik von Reinschriften scheint ein gewisses Steckenpferd der Verfasserin zu sein, wird dies doch an zahlreichen Stellen (etwa Rdnr. 305 ff., Rdnr. 448 ff. und Rdnr. 652 ff.) als unbedingte Handhabungsempfehlung nahegelegt und zudem als langjährige gängige Praxis insbesondere im elektronischen Handelsregister- und Grundbuchverkehr (was jedenfalls für die notarielle Praxis in Süddeutschland unzutreffend ist) dargestellt. Und zwar nicht nur zur Vermeidung von handschriftlichen Elementen, sondern auch oder sogar primär deswegen, damit (auch aus Erwägungen zur Cyberkriminalität) keine Abschriften mit Unterschriften von Beteiligten und des Urkundsnotars sowie von dessen Siegel in den (vor allem elektronischen) Umlauf geraten. Letztlich dürfte die Erstellung einer Reinschrift aber doch wohl eher eine Frage der persönlichen Vorliebe des jeweiligen Notars und der eingeführten Praxis im jeweiligen Notarbüro sein. Wieso es im Interesse eines Notars sein sollte, dass sich keine Dokumente mit handschriftlichen Änderungen im Umlauf befinden, erschließt sich in dieser Pauschalität daher nicht. Bei manchen Urkunden zeigen doch gerade handschriftliche Ergänzungen (die aber natürlich gut lesbar sein sollten), welche Änderungen in der Beurkundungsverhandlung noch veranlasst wurden, und ermöglichen dadurch die spätere Nachvollziehbarkeit. Zudem bleibt nicht zu unterschätzen, dass die Herstellung eines

Word-Dokumentes als Reinschrift auch einen zusätzlichen Arbeitsschritt mit hohen Anforderungen an die Genauigkeit des Reinschrifterstellers (oder anders ausgedrückt: eine Fehlerquelle) darstellt. Hier mag jeder Notar für sich selbst entscheiden, wie dies gehandhabt wird.

Schließlich ist noch aufgefallen, dass jedenfalls im Hinblick auf Unterschriftsbeglaubigungen mit Entwurf das „Mehrgeht-immer“-Prinzip, wonach verwahrte Urkunden immer in einer höherwertigen als der geforderten Form verwahrt werden können (vgl. etwa *Siegel/Berthold*, DNotZ 2022, 429), nicht vorgestellt oder als Leitlinie vorgegeben wird. Denn die Gleichheit von Urkundensammlung und elektronischer Urkundensammlung fordert, anders als in Rdnr. 299 enthalten, nicht, dass bei Unterschriftsbeglaubigungen mit Entwurf stets nur eine einfache (richtig: elektronische) Abschrift in die elektronische Urkundensammlung aufgenommen wird.

Im Zuge der insbesondere zum 01.01.2022, 01.07.2022 und mit dem DIRUG zum 01.08.2022 auf die notarielle Praxis zugekommenen Veränderungen sind viele Dinge in Bewegung, und damit ist auch die Herausbildung von Handlungsempfehlungen und einer Best Practice noch im Werden. Hier ist zu hoffen, dass die Verfasserin in einer Neuauflage diesen Entwicklungen Rechnung trägt, damit der Leser tatsächlich einen Wegweiser durch den Dschungel der berufsrechtlichen Vorschriften insbesondere der NotAktVV an die Hand bekommt und organisatorische Weichenstellungen gesetzeskonform, praxistauglich und zukunftssicher zugleich vornehmen kann.

Als Fazit lässt sich festhalten: Der Wegweiser durch die NotAktVV ist ein erstes verfügbares Hilfsmittel, um sich in die Systematik und Anforderungen der NotAktVV samt korrespondierender Vorschriften der Dienstordnung und des BeurkG einzuarbeiten und sich hierzu einen ersten Überblick und ein grundlegendes Verständnis zu verschaffen. Alle Verantwortlichen in Notarbüros sollten jedoch auch die sonstigen verfügbaren Handlungsempfehlungen und Handreichungen, insbesondere der BNotK, zu Rate ziehen und nutzen, um von vorneherein sowohl praxistaugliche als auch rechtskonforme und von der Dienstaufsicht nicht zu beanstandende Handlungsabläufe und Prozesse einzuführen. Zudem bleiben weitere, sicherlich in nächster Zeit den Büchermarkt bereichernde Kommentare und Handbücher zur Klärung von auftretenden Zweifels- und Verständnisfragen unerlässlich.



Karl Winkler:

Beurkundungsgesetz

20. Aufl., C. H. Beck, 2022. 973 S., 149 €

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

Die im April dieses Jahres erschienene Neuauflage des *Winkler* Beurkundungsgesetz nimmt wie die zahlreichen Voraufgaben eine Vorreiterrolle in der Literatur zum Beurkundungsrecht ein und unterstreicht die Bedeutung als unverzichtbares Standardwerk des Beurkundungsrechts. Als Alleinstellungsmerkmal neben vielfach gelobter fachlicher Qualität ist der beeindruckende Umstand hervorzuheben, dass *Winkler* seit über 50 Jahren als Alleinautor für die Kommentierung in mittlerweile 20. Auflage verantwortlich zeichnet.

Nicht wenige Kommentare und Handbücher schmücken sich mit dem Attribut „völlig überarbeitete Auflage“, um die Leserschaft zur Anschaffung der Werke zu motivieren. Hier darf sich die Neuauflage dieses Charakteristikum vollkommen zu Recht auf die Fahnen schreiben. Die Überarbeitung berücksichtigt nicht nur die Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des notariellen Berufsrechts, sondern nimmt zugleich die durch das Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungs-Richtlinie (DiRUG) in Form der zum 01.08.2022 inkraft getretenen Neuregelungen in den Blick.

Die drei Jahre nach der Voraufgabe erschienene Neuauflage des *Winkler* fungiert als nahtlose Fortsetzung des Klassikers (so zur 19. Auflage *Sträuber*, *MittBayNot* 2020, 226) des Beurkundungsrechts. Das Werk knüpft konsequent an die bereits in der Voraufgabe begonnenen Ausführungen zu den Auswirkungen des Gesetzes zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Einrichtung des elektronischen Urkundenarchivs bei der BNotK an. Die in der Voraufgabe enthaltene Kommentierung der Bestimmungen zur Verwahrung von Urkunden in §§ 55 ff. BeurkG beschränkte sich mit Blick auf das Inkrafttreten der Vorschriften zum Jahresanfang 2022 noch auf wenige – gleichwohl instruktive – Ausführungen. In der Neuauflage dagegen werden diese Bestimmungen ausführlich und praxisnah aufbereitet. Vor allem die stete Bezugnahme auf die betreffenden Bestimmungen der NotAktVV und die vorhandenen Aufzählungen, etwa der in der elektronischen Urkundensammlung zu verwahrenden Urkunden, erleichtern den Einstieg in die sich nunmehr seit Anfang des Jahres stellenden Neuerungen für den notariellen Berufsalltag.

Zugleich erfährt die 20. Auflage mit der Kommentierung der Regelungen in §§ 16a ff. BeurkG und § 40a BeurkG ihre augenscheinlichste Neuerung im Gegensatz zur Voraufgabe. Fundiert und auf hohem Niveau werden die zum 01.08.2022 inkraft getretenen Bestimmungen umfangreich kommentiert. Die Bearbeitung zeugt von hohem Verständnis der technischen Abläufe und gibt dem Praktiker erste Leitlinien an die Hand. Es findet sich aber nicht nur eine ausführliche und praxisorientierte Kommentierung, sondern zugleich an vielen Stellen rechtswissenschaftliche Denkanstöße,

rechtspolitische Stellungnahmen und Hinweise auf die Schwächen der vom Gesetzgeber gewählten Ausgestaltung. So bezieht *Winkler* recht eindeutig Stellung zum Auseinanderfallen der Anforderungen von Präsenzbeurkundung im Vergleich zur Online-Beurkundung hinsichtlich des Erfordernisses der Unterschriftsleistung (§ 13 Abs. 1 Satz 1 BeurkG: „muss“) im Gegensatz zur Signaturleistung der Beteiligten (§ 16b Abs. 4 Satz 3 BeurkG: „sollen“). Zwar sei das Ziel des Gesetzgebers – den Notar zu schützen – grundlegend zu begrüßen, rechtsdogmatisch werde gleichwohl durch die bloße Normierung einer Sollvorschrift für die elektronische Unterzeichnung mithilfe der Signatur das materielle Recht durch das Verfahrensrecht unter Umständen eingeschränkt (*Winkler*, BeurkG, § 16b Rdnr. 22 f.). Auch spricht sich *Winkler* dafür aus, § 16a BeurkG nicht allzu restriktiv auszulegen (*Winkler*, BeurkG, § 16a Rdnr. 5). Dies dürfte für die explizit in der Kommentierung genannte weithin übliche Verwendung von Vollzugs- oder Mitarbeitervollmachten nicht von unerheblicher Bedeutung sein.

Wenn auch schwerpunktmäßig die Digitalisierung des notariellen Berufsalltags die Neuauflage dominiert, haben auch im Übrigen aktuelle Normen, Rechtsprechung und Literatur Eingang in die Kommentierung gefunden. Für den Bereich aktueller Regelungen seien nur die seit 01.08.2021 neu gefassten Bestimmungen des GWG inklusive bereits seit Oktober 2020 geltender Meldepflichtverordnung (GWG-MeldV-Immobilien) genannt, die im Rahmen von § 10 BeurkG Orientierung für den Praktiker bieten. Aufgrund des Redaktionsschlusses konnten die Änderungen des GWG durch das Sanktionsdurchsetzungsgesetz I (BGBl. 2022 Teil I Nr. 17, S. 754) keine Berücksichtigung mehr finden; diese statuieren für die tägliche notarielle Arbeit jedoch keine (neuen) Vorgaben. Für die Aufnahme neuer Rechtsprechung sei lediglich die Entscheidung des BGH vom 08.07.2021 (Az.: V ZB 42/19, *MittBayNot* 2022, 271) zu den Grenzen des Anspruchs aus § 51 BeurkG angeführt (*Winkler*, BeurkG § 51 Rdnr. 1).

Die Zunahme der Neuauflage im Umfang von rund 90 Seiten im Vergleich zur 19. Auflage verdeutlicht, dass die Überarbeitung den Neuerungen im Beurkundungsrecht den erforderlichen Raum gewährt. Der Kommentar ist auch im Zeitalter der schnell fortschreitenden Digitalisierung der notariellen Praxis ein zuverlässiger Wegbegleiter, der Antworten auf nahezu alle sich stellenden Fragen enthält. Insbesondere die zahlreichen praxisnahen Beispiele bieten sicheres Geleit durch die manchmal stürmische See der notariellen Praxis. Die Anschaffung der 20. Auflage kann mithin uneingeschränkt empfohlen werden.



RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

1. Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem vermieteten Grundstück nicht lediglich rechtlich vorteilhaft

BGH, Beschluss vom 28.04.2022, V ZB 4/21 (Vorinstanz: KG, Beschluss vom 17.12.2020, 1 W 1461/20)

BGB §§ 107, 566

LEITSÄTZE:

1. Der Erwerb eines Miteigentumsanteils an einem vermieteten Grundstück durch einen Minderjährigen führt gemäß § 566 BGB zu dessen Eintritt in den Mietvertrag auf Vermieterseite und ist deshalb für den Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB (Fortführung von Senat, Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, BGHZ 162, 137).
2. Dies gilt auch, wenn der Veräußerer den Miteigentumsanteil zuvor von dem Alleineigentümer des Grundstücks erworben hat, denn bei der Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem vermieteten Grundstück durch den bisherigen Alleineigentümer tritt der Erwerber gemäß § 566 BGB ebenfalls neben diesem in den Vertrag auf Vermieterseite ein.
3. Hierbei kommt es wegen § 1056 Abs. 1 BGB nicht darauf an, ob der Minderjährige gleich als Vermieter auftritt oder die Vermietung zunächst von den Nießbrauchern vorgenommen wird. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

11. Die Beteiligte zu 1, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, deren Gesellschafter der Beteiligte zu 2 und der Beteiligte zu 3 sind, ist Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundstücks, das mit einem vermieteten Mehrfamilienhaus bebaut ist. Im März 2016 wurde in das Grundbuch ein Nießbrauch für zwei nicht am Verfahren beteiligte Personen als Gesamtberechtigte nach § 428 BGB eingetragen. Am 09.03.2020 ließ der Beteiligte zu 2 eine Vereinbarung notariell beurkunden, wobei er im eigenen Namen sowie als Bevollmächtigter seiner Ehefrau und im Namen ihrer gemeinsamen minderjährigen Kinder, der Beteiligten zu 4 und 5, handelte sowie aufgrund Vollmacht im Namen des Beteiligten zu 3. Die Vereinbarung sieht die Übertragung von 93,8/100 Miteigentumsanteilen an dem Grundstück von der Beteiligten zu 1 auf den Beteiligten zu 2 vor sowie die anschließende schenkungsweise Übertragung von jeweils 46,9/100 Miteigentumsanteilen von dem Beteiligten zu 2 auf die Beteiligten zu 4 und 5. Die Notarin reichte diese Urkunde beim Grundbuchamt mit der Bitte um entsprechende Eintragungen ein.

2 Das Grundbuchamt forderte die Notarin mit Schreiben vom 25.03.2020 auf, die Genehmigung der Übertragung der Miteigentumsanteile auf die Beteiligten zu 4 und 5 durch einen noch zu bestellenden Ergänzungspfleger einzureichen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde hat das KG zurückgewiesen. Mit der von dem KG zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Beteiligten den Eintragungsantrag weiter.

3 II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung u. a. in FGPrax 2021, 53, veröffentlicht ist, meint, das Grundbuchamt habe zu Recht die Genehmigung der Übertragung der Miteigentumsanteile auf die Beteiligten zu 4 und 5 durch einen Ergänzungspfleger verlangt. Es handele sich für die beiden Minderjährigen bei der Übertragung der Miteigentumsanteile an dem vermieteten Grundstück nicht um ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Geschäft. Deshalb seien der Beteiligte zu 2 und seine Ehefrau als deren Eltern von der Vertretung nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 2, § 181 BGB ausgeschlossen. Daran ändere auch der an dem Grundstück bestehende Nießbrauch nichts. Sollten die Nießbraucher Vermieter sein, träten die Beteiligten zu 4 und 5 bei Beendigung des Nießbrauchs nach § 1056 Abs. 1, § 566 Abs. 1, § 567b BGB in die Mietverträge ein. Sollte hingegen – wie von der Notarin gegenüber dem Grundbuchamt erklärt – die Beteiligte zu 1 (weiterhin) Vermieterin sein, träten zunächst mit Übertragung der Miteigentumsanteile auf den Beteiligten zu 2 dieser nach § 566 BGB und sodann nach § 567b Satz 1 BGB die Beteiligten zu 4 und 5 in die Mietverträge ein. In beiden Fällen bestehe daher jedenfalls die hinreichend konkrete Gefahr, dass die Beteiligten zu 4 und 5 mit Pflichten aus den Mietverträgen belastet würden.

4 III. Dies hält der rechtlichen Nachprüfung stand. Das Grundbuchamt hat die beantragte Eintragung zu Recht davon abhängig gemacht, dass die Beteiligten eine Genehmigung der von dem Beteiligten zu 2 und seiner von ihm vertretenen Ehefrau in der Vereinbarung vom 09.03.2020 im Namen der Beteiligten zu 4 und 5 erklärten Auflassung vorlegen. Der Beteiligte zu 2 und seine Ehefrau waren von der Vertretung ihrer minderjährigen Kinder bei der Auflassung nach § 1629 Abs. 2 Satz 1, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB ausgeschlossen.

5 1. Nach § 1629 Abs. 1 Satz 1 BGB umfasst die elterliche Sorge die Vertretung des Kindes. Nach Satz 2 Hs. 1 der Vorschrift vertreten die Eltern das Kind gemeinschaftlich. Der Beteiligte zu 2 und seine Ehefrau sind daher als Sorgeberechtigte der Beteiligten zu 4 und 5 grundsätzlich berechtigt, Willenserklärungen in deren Namen als ihre gesetzlichen Vertreter abzugeben. In Bezug auf die im Namen der Beteiligten zu 4 und 5 erklärte Auflassung des Miteigentums an dem Grundstück an diese waren der Beteiligte zu 2 und seine Ehefrau indes von der Vertretung ausgeschlossen.

6 a) Für den Beteiligten zu 2 folgt dies aus § 1795 Abs. 2 i. V. m. § 181 BGB, da er die Auflassung (§ 925 BGB) zugleich als Veräußerer im eigenen Namen und als (gesetzlicher)



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Vertreter für die Beteiligten zu 4 und 5 als Erwerber erklärt hat. Seine Ehefrau, in deren Namen er aufgrund Vollmacht gehandelt hat, war nach § 1629 Abs. 2, § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB von der Vertretung ausgeschlossen, weil es sich bei der Auflassung um ein Rechtsgeschäft zwischen dem Beteiligten zu 2 als ihrem Ehegatten einerseits und den vertretenen minderjährigen Kindern andererseits handelt.

7 b) Der Beteiligte zu 2 und seine Ehefrau waren auch nicht deswegen ausnahmsweise ungeachtet des Ausschlusses nach § 1795 BGB zur Vertretung ihrer Kinder befugt, weil sich der Erwerb des Miteigentums an dem Grundstück für diese als lediglich rechtlich vorteilhaft darstellt (vgl. zu dieser Ausnahme Senat, Beschluss vom 30.09.2010, V ZB 206/10, BGHZ 187, 119 Rdnr. 16). Denn so liegt es hier nicht.

8 aa) Ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft ist für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet. Eine solche persönliche Haftung ist mit dem Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks verbunden. Gemäß § 566 Abs. 1, § 581 Abs. 2, § 593b BGB tritt der Erwerber mit dem Eigentumsübergang in sämtliche Rechte und Pflichten aus bestehenden Miet- oder Pachtverhältnissen ein. Er ist daher nicht nur zu der Überlassung des vermieteten oder verpachteten Grundstücks verpflichtet (§ 535 Abs. 1, § 581 Abs. 1, § 585 Abs. 2 BGB); vielmehr können ihn insbesondere auch Schadensersatz- und Aufwendungsersatzpflichten (§§ 536a, 581 Abs. 2, § 586 Abs. 2 BGB) sowie die Pflicht zur Rückgewähr einer von dem Mieter oder Pächter geleisteten Sicherheit (§§ 566a, 581 Abs. 2, § 593b BGB) treffen. Deshalb ist, wie der Senat bereits entschieden hat, davon auszugehen, dass der Erwerb eines vermieteten oder verpachteten Grundstücks für einen Minderjährigen nicht lediglich rechtlich vorteilhaft ist (zum Ganzen Senat, Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, BGHZ 162, 137, 140 f.).

9 bb) An dieser Bewertung ändert sich vorliegend nichts dadurch, dass die Beteiligten zu 4 und 5 jeweils lediglich einen Bruchteil des Grundstückseigentums erwerben sollen. Denn bei der Übertragung eines Miteigentumsanteils tritt der Erwerber gemäß § 566 BGB neben den verbleibenden Miteigentümern in den Vertrag auf Vermieterseite ein (vgl. BGH, Urteil vom 23.11.2011, VIII ZR 74/11, NZM 2012, 150 Rdnr. 23; Urteil vom 25.04.2018, VIII ZR 176/17, NJW 2018, 2472 Rdnr. 35). Dies gilt auch, wenn ein vermietender Alleineigentümer einen Miteigentumsanteil an dem Grundstück veräußert (ganz herrschende Meinung, vgl. BeckOGK-BGB/Harke, Stand: 01.04.2022, § 566 Rdnr. 36; BeckOK-BGB/Herrmann, Stand: 01.02.2022, § 566 Rdnr. 7; *Börstinghaus/Hinz*, MietPrax, Teil 1 Rdnr. 125; *Emmerich/Sonnenschein*, Miete, 11. Aufl., § 566 BGB Rdnr. 12 m. w. N.; *Spielbauer/Schneider/Krenek*, Mietrecht, 2. Aufl., § 566 BGB Rdnr. 24; *Schmidt-Futterer/Streyll*, Mietrecht, 15. Aufl., § 566 BGB Rdnr. 76). Denn der Mieter ist bei der Veräußerung eines Miteigentumsanteils durch den bisherigen Alleineigentümer jedenfalls nicht weniger schutzbedürftig als im Falle der Veräußerung eines Miteigentumsanteils an einen Drit-

ten bei einer bereits bestehenden Bruchteilsgemeinschaft, bei dem der Eintritt des neuen Miteigentümers in die Mietverhältnisse anerkannt ist (vgl. BGH, Urteil vom 23.11.2011, VIII ZR 74/11, NZM 2012, 150 Rdnr. 23; Urteil vom 25.04.2018, VIII ZR 176/17, NJW 2018, 2472 Rdnr. 35). Folglich träten sowohl der Beteiligte zu 2 mit dem Erwerb von 93,8/100 Miteigentumsanteilen an dem von der Beteiligten zu 1 vermieteten Grundstück neben dieser als Vermieter in die Mietverhältnisse ein als auch die Beteiligten zu 4 und 5 mit dem anschließenden Erwerb von jeweils 46,9/100 Miteigentumsanteilen von dem Beteiligten zu 2.

10 cc) Ebenso wenig ist der Eigentumserwerb für die Beteiligten zu 4 und 5 deshalb lediglich rechtlich vorteilhaft, weil an dem Grundstück ein Nießbrauch bestellt ist. Dabei kommt es nicht darauf an – was das Berufungsgericht folglich offenlassen durfte –, ob die Beteiligte zu 1 oder die Nießbraucher Vermieter der Wohnräume sind.

11 (1) Sollte die Beteiligte zu 1 ungeachtet des Nießbrauchs alleinige Vermieterin sein, etwa weil sie die Räume erst nach Eintragung des Nießbrauchs vermietet hat, sodass die Nießbraucher nicht nach § 567 BGB in die Mietverhältnisse eingetreten wären (vgl. *Schmidt-Futter/Streyll*, Mietrecht, § 567 BGB Rdnr. 5), fände § 566 BGB auf die Erwerbsvorgänge unmittelbare Anwendung. In diesem Fall träten somit zunächst der Beteiligte zu 2 mit dem Erwerb der 93,8/100 Miteigentumsanteile von dieser und sodann die Beteiligten zu 4 und 5 mit dem Erwerb der jeweils 46,9/100 Miteigentumsanteile von dem Beteiligten zu 2 in die Mietverhältnisse ein.

12 (2) Sollten hingegen die Nießbraucher Vermieter der Räumlichkeiten sein, wäre der Eigentumserwerb für die Beteiligten zu 4 und 5 ebenso wenig lediglich rechtlich vorteilhaft. Denn der minderjährige Erwerber tritt – wie das Beschwerdegericht zutreffend sieht – jedenfalls mit der Beendigung des Nießbrauchs nach § 1056 Abs. 1 BGB entsprechend § 566 Abs. 1 BGB in die Pflichten aus dem dann noch bestehenden Mietverhältnis ein (vgl. Senat, Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, BGHZ 162, 137, 141 f.; sowie auch BGH, Urteil vom 20.10.2010, XII ZR 25/09, NJW 2011, 61 Rdnr. 12).

13 (a) Soweit die Rechtsbeschwerde dem entgegenhält, es handele sich hierbei nur um eine bloß theoretische Möglichkeit einer zukünftigen Belastung, die für die Annahme eines rechtlichen Nachteils nicht genüge, trifft dies nicht zu. Richtig ist zwar, dass die bloß theoretische Möglichkeit einer zukünftigen Belastung nicht genügt, um einen Rechtsnachteil im Sinne von § 107 BGB anzunehmen. Deshalb ist die Schenkung eines Grundstücks unter Nießbrauchsvorbehalt nicht bereits deshalb rechtlich nachteilig, weil eine in Zukunft erfolgende Vermietung oder Verpachtung durch den Nießbraucher nicht ausgeschlossen werden kann. Ist das Grundstück dagegen bereits im Zeitpunkt der Auflassung vermietet oder verpachtet, besteht die hinreichend konkrete Möglichkeit, dass der Minderjährige bei Beendigung des Nießbrauchs mit Pflichten aus dem Miet- oder Pachtvertrag belastet werden kann. Dies genügt, um einen Rechtsnachteil anzunehmen (vgl. Senat, Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, BGHZ 162, 137, 142).

14 (b) Entgegen der von der Rechtsbeschwerde insoweit erhobenen Rüge waren das Grundbuchamt und das Beschwerdegericht auch nicht gehalten, die Dauer der Mietverhältnisse weiter aufzuklären, nachdem keine Anhaltspunkte dafür vorhanden waren, dass diese jeweils mit dem Nießbrauch enden.

15 (aa) Im grundbuchrechtlichen Antragsverfahren gilt der Beibringungsgrundsatz (vgl. BeckOK-GBO/Otto, Stand: 01.03.2022], § 29 Rdnr. 6; Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl., Einl. C Rdnr. 95). Es ist nicht Aufgabe des Grundbuchamts, von sich aus Nachforschungen zu betreiben (vgl. OLG München, FGPrax 2005, 193, 194 m. w. N.). Kommt es nach Prüfung der eingereichten Erklärungen und Unterlagen zu dem Ergebnis, dass der Eintragung Hindernisse entgegenstehen, die mit rückwirkender Kraft geheilt werden können (vgl. Senat, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 98/15, NJW 2017, 1811 Rdnr. 5), hat es hierauf mit einer Zwischenverfügung zu reagieren. Diese muss dem Antragsteller deutlich machen, welches Hindernis besteht und mit welchen Mitteln er Abhilfe schaffen kann (vgl. OLG Köln, NJOZ 2016, 1001 Rdnr. 18). Es ist aber nicht Aufgabe des Grundbuchamtes, dem Antragsteller einen möglichen Sachverhalt zu unterbreiten, mit dem ein Eintragungshindernis nicht bestünde, den der Antragsteller selbst aber nicht vorgetragen hat. Sollten die Mietverträge jeweils so gestaltet sein, dass sie mit dem Erlöschen des Nießbrauchs enden, wäre dies – unabhängig von der Frage, ob eine solche Gestaltung im Wohnraummietrecht überhaupt zulässig wäre – von den Beteiligten als für sie günstig darzulegen gewesen (vgl. Meikel/Böttcher, GBO, Einl. C Rdnr. 125). Einen solchen Vortrag zeigt die Rechtsbeschwerde nicht auf.

16 (bb) Das Beschwerdegericht war mangels Anhaltspunkten für eine zeitliche Beschränkung auch nicht gehalten, die Beteiligten darauf hinzuweisen, dass es seiner Entscheidung zugrunde legen will, dass die Mietverträge den Nießbrauch überdauern können. Es hat daher entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht gegen den Anspruch der Beteiligten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verstoßen. Überdies haben die Rechtsbeschwerdeführer die Entscheidungserheblichkeit des von ihnen behaupteten Verfahrensfehlers nicht dargelegt. Ein Rechtsmittelführer, der die Verletzung einer gerichtlichen Hinweispflicht bzw. einen Verstoß gegen das rechtliche Gehör geltend macht, muss darlegen, wie er auf einen entsprechenden Hinweis reagiert, insbesondere was er hierauf im Einzelnen vorgetragen hätte und wie er weiter vorgegangen wäre. Nur hierdurch wird das Rechtsmittelgericht in die Lage versetzt zu beurteilen, ob die angefochtene Entscheidung auf dem geltend gemachten Verstoß gegen die Hinweispflicht beruht (vgl. Senat, Urteil vom 11.03.2005, V ZR 160/04, NJW-RR 2005, 965, 966; BGH, Beschluss vom 27.01.2015, VI ZB 40/14, NJW-RR 2015, 511 Rdnr. 12; Urteil vom 20.10.2021, I ZR 17/21, WRP 2022, 172 Rdnr. 48). Dies gilt auch für die Rechtsbeschwerde im Grundbuchverfahren (vgl. Bauer/Schaub/Budde, GBO, 4. Aufl., § 78 Rdnr. 14, 30). Die Rechtsbeschwerdeführer hätten daher darlegen müssen, dass sie auf einen entsprechenden Hinweis vorgetragen hätten, dass die Mietverträge auf die

Dauer des Nießbrauchs befristet oder auflösend bedingt sind. An einer solchen Darlegung fehlt es.

17 2. Da der Beteiligte zu 2 und seine Ehefrau von der Vertretung ihrer minderjährigen Kinder, der Beteiligten zu 4 und 5, bei der Erklärung der Auflassung in der Vereinbarung vom 09.03.2020 ausgeschlossen waren, ist die dingliche Einigung als Rechtsgeschäft nach § 177 Abs. 1 BGB schwebend unwirksam (vgl. RGZ 93, 334, 337; Grüneberg, 81. Aufl., § 1630 Rdnr. 3; Staudinger/Lettmaier, Neub. 2020, § 1630 Rdnr. 24; Erman/Döll, BGB, 16. Aufl., § 1630 Rdnr. 2). Mit der Genehmigung durch den Ergänzungspfleger (§ 1909 BGB) würde die Auflassung rückwirkend (§ 184 Abs. 1 BGB) wirksam (vgl. BeckOGK-BGB/Kerscher, Stand: 01.03.2022], § 1630 Rdnr. 19.1). Das Grundbuchamt hat daher die beantragten Eintragungen zu Recht von der Vorlage der Genehmigung der Auflassung durch einen Ergänzungspfleger abhängig gemacht (§ 20 GBO).

18 IV. Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 61 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 36 Abs. 1 GNortKG.

2. Schlagwortartige Eintragung eines „Verweilrechts“ im Grundbuch

BGH, Urteil vom 17.12.2021, V ZR 44/21 (Vorinstanz: KG, Urteil vom 14.01.2021, 21 U 1013/20)

BGB § 874 Satz 1, § 1004 Abs. 1 Satz 2, §§ 1018, 1027

LEITSÄTZE:

- Soll Inhalt eines durch eine Grunddienstbarkeit gesicherten Geh-, Fahr- und Leitungsrechts auch das Recht zum Verweilen im Sinne eines Aufenthalts und eines beliebigen Hin- und Hergehens auf dem dienenden Grundstück sein, muss dies im Grundbuch selbst zumindest schlagwortartig eingetragen werden. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gemäß § 874 Satz 1 BGB genügt nicht.**
- Nach § 1018 Alt. 1 BGB kann ein Grundstück mit einer Grunddienstbarkeit in der Weise belastet werden, dass der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks es in einzelnen Beziehungen benutzen darf (sog. Benutzungsdienstbarkeit). Eine Benutzungsdienstbarkeit ist auch mit einer Kombination verschiedenartiger Befugnisse zur Nutzung des dienenden Grundstücks wie zum Beispiel mit dem Recht zum Begehen und Verweilen zulässig. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Bei der Bestellung einer Benutzungsdienstbarkeit ist es ohne Belang, ob dem Eigentümer des belasteten Grundstücks noch eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsmöglichkeit verbleibt. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke, die in einer von der Beklagten, einer Bauträgergesellschaft, errichteten und aus vier rechteckig angeordneten Reihenhauszeilen bestehenden Wohnsiedlung liegen. Das Flurstück 9354 (vormals Flurstück 9276) der Beklagten befindet sich inmitten der Anlage. Es ist mit einem Blockkraftheizwerk bebaut und wird im Übrigen als Grünfläche genutzt. Auf diesem Grundstück lastet eine Grunddienstbarkeit zugunsten der jeweiligen Eigentümer mehrerer umliegender Grundstücke; zu ihnen zählen die Kläger, denen das mit einem Reihenaus bebaute Grundstück Flurstück 9273 gehört. Im Grundbuch wird die Grunddienstbarkeit als Geh-, Fahr- und Leitungsrecht bezeichnet. In der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung vom 04.12.2009 heißt es:

„§ 1 Vorbemerkung:

(...)

(5) Die jeweiligen Eigentümer der Flurstücke (...) 9271 bis 9275 dürfen das Flurstück 9276 mitbenutzen, um zu Fuß oder mit Zweirädern jeder Art in den Garten ihrer Grundstücke zu gelangen. Auch dieses Recht wird durch eine Grunddienstbarkeit (Geh- und Fahrrecht) gesichert (s. § 4 (2)).

§ 4 Privatstraße und Mitbenutzungsrecht [an] den Flurstücken 9276 und 9291 (Parzelle 40)

(...)

(2) Die jeweiligen Eigentümer der Flurstücke (...) 9271 bis 9275 sind (als Gesamtberechtigte gemäß § 432 BGB) berechtigt, das Flurstück 9276 zum Verweilen, Gehen und Befahren mit Zweirädern und Handkarren und zum Verlegen, Haben und Unterhalten von Ver- und Versorgungsleitungen jeder Art mitzubeneutzen. An den Kosten der Unterhaltung, Instandsetzung, Instandhaltung und Erneuerung haben sich die Nutzungsberechtigten neben dem Eigentümer zu gleichen Teilen zu beteiligen.

Zur dinglichen Sicherung dieses Mitbenutzungsrechts wird die folgende Grunddienstbarkeit bestellt:

Die jeweiligen Eigentümer der Flurstücke (...) 9271 bis 9275 sind (als Gesamtberechtigte gemäß § 432 BGB) berechtigt, das Flurstück 9276 zum Verweilen, Gehen und Befahren mit Zweirädern und Handkarren und zum Verlegen, Haben und Unterhalten von Ver- und Versorgungsleitungen jeder Art mitzubeneutzen. An den Kosten der Unterhaltung, Instandsetzung, Instandhaltung und Erneuerung haben sich die Nutzungsberechtigten neben dem Eigentümer zu gleichen Teilen zu beteiligen.“

2 Die Beklagte beabsichtigt, auf ihrem Grundstück vier Reihenhäuser zu errichten. Die hierfür erforderliche Baugenehmigung liegt vor. Die Kläger, die die Grünfläche weiter zur Erholung und Entspannung nutzen wollen, verlangen von der Beklagten, es zu unterlassen, das Grundstück ganz oder teilweise zu bebauen. Die Beklagte hat Zwischenfeststellungswiderklage erhoben mit dem Ziel festzustellen, dass die geplante Bebauung die Kläger nicht in deren Rechten aus der Grunddienstbarkeit verletze. Das LG hat der Klage stattgegeben und die Widerklage abgewiesen. Die von der Beklagten eingelegte Berufung ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem KG zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihre Anträge weiter. Die Kläger beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

AUS DEN GRÜNDEN:

3 I. Das Berufungsgericht meint, den Klägern stehe ein vorbeugender Unterlassungsanspruch nach §§ 1027, 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB zu, da das Bauvorhaben der Beklagten die Ausübung der zu ihren Gunsten bestellten Grunddienstbarkeit beeinträchtigt, wenn nicht gar in weiten Teilen unmöglich mache. Die Grunddienstbarkeit gewähre den Klä-

gern das Recht zum Verweilen im Sinne eines Aufenthalts und beliebigen Hin- und Hergehens auf dem ganzen dienenden Grundstück. Der Begriff des Verweilens impliziere begrifflich einen Moment der Erholung und des Müßiggangs. Etwas anderes folge nicht aus der Vorbemerkung der Eintragungsbewilligung, denn darin werde der Inhalt der Grunddienstbarkeit nicht abschließend geregelt. Der Inhalt der Eintragungsbewilligung sei Bestandteil der Grundbucheintragung. Die Kläger müssten sich nicht unter Hinweis auf § 1020 Satz 1 BGB auf die Nutzung eines nach der geplanten Bebauung nur noch verbleibenden Randstreifens verweisen lassen.

4 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Kläger gegen die Beklagte auf Unterlassen der Bebauung ihres Grundstücks nicht bejaht und ein Anspruch der Beklagten auf Feststellung, dass die geplante Bebauung die Kläger in ihren Rechten aus der Grunddienstbarkeit nicht verletzt, nicht verneint werden.

5 1. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Der Berechtigte einer Grunddienstbarkeit kann die Beseitigung bzw. die Unterlassung der Beeinträchtigung der Dienstbarkeit verlangen (§ 1027 BGB i. V. m. § 1004 Abs. 1 BGB). Beeinträchtigung in diesem Sinn ist jede Störung oder Behinderung der rechtmäßigen Ausübung der Dienstbarkeit. Dazu zählt auch die Vorenthaltung des Grundstücks durch Aufbauten (vgl. § 1028 BGB sowie Senat, Urteil vom 22.10.2010, V ZR 43/10, BGHZ 187, 185 Rdnr. 18). Der Unterlassungsanspruch aus § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB ist schon dann gegeben, wenn, wie hier, die Gefahr einer erstmaligen Beeinträchtigung besteht (vorbeugender Abwehranspruch; vgl. Senat, Urteil vom 17.09.2004, V ZR 230/03, BGHZ 160, 232, 236).

6 2. Das Berufungsgericht nimmt weiterhin rechtsfehlerfrei an, dass das Recht zum Verweilen im Sinne eines Aufenthalts und eines beliebigen Hin- und Hergehens auf dem dienenden Grundstück zulässiger Inhalt einer Grunddienstbarkeit gemäß § 1018 BGB sein kann.

7 a) Nach § 1018 Alt. 1 BGB kann ein Grundstück mit einer Grunddienstbarkeit in der Weise belastet werden, dass der jeweilige Eigentümer eines anderen Grundstücks es in einzelnen Beziehungen benutzen darf (sog. Benutzungsdienstbarkeit). Eine Benutzungsdienstbarkeit ist auch mit einer Kombination verschiedenartiger Befugnisse zur Nutzung des dienenden Grundstücks zulässig (Senat, Beschluss vom 06.11.2014, V ZB 131/13, WM 2015, 935 Rdnr. 17).

8 b) Entgegen der Ansicht der Revision wird mit dem Recht zum Begehen und Verweilen kein umfassendes Nutzungsrecht des Berechtigten begründet, das nur als Nießbrauch (§ 1030 BGB) eingeräumt werden könnte (zur Abgrenzung zwischen Nießbrauch und Grunddienstbarkeit vgl. Senat, Urteil vom 20.03.2020, V ZR 317/18, BGHZ 225, 136 Rdnr. 18 f. m. w. N.). Dem Dienstbarkeitsberechtigten werden mit einem solchen Nutzungsrecht nicht dieselben Nutzungsbefugnisse eingeräumt, die auch dem Eigentümer zustehen. Das Recht, das dienende Grundstück zu begehen und darauf zu verweilen, bleibt vielmehr gegenüber den Befugnis-

sen des Grundstückseigentümers aus § 903 BGB zurück. Ob dem Eigentümer des mit einer Grunddienstbarkeit belasteten Grundstücks noch eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsmöglichkeit verbleibt, ist ohne Belang (vgl. Senat, Urteil vom 20.03.2020, V ZR 317/18, a. a. O. Rdnr. 17 ff.).

9 c) Eine Dienstbarkeit mit diesem Inhalt verstößt nicht gegen § 1019 BGB. Nach dieser Vorschrift ist als Inhalt der Grunddienstbarkeit zwar nur eine Belastung zulässig, die für die Benutzung des herrschenden Grundstücks Vorteil bietet. Es genügt aber jeder – wenn auch nur mittelbare – wirtschaftliche Vorteil für die Benutzung des herrschenden Grundstücks nach dessen Lage, Beschaffenheit und Zweckbestimmung (vgl. Senat, Urteil vom 24.09.1982, V ZR 96/81, NJW 1983, 115, 116; Urteil vom 20.03.2020, V ZR 317/18, BGHZ 225, 136 Rdnr. 24 m. w. N.). Für die Benutzung des herrschenden Grundstücks kann es wirtschaftlich vorteilhaft sein, wenn die auf dem dienenden Grundstück vorhandene Grünfläche umfassend zum Gehen und Verweilen zum Zwecke der Erholung genutzt werden kann. Handelt es sich – wie hier – bei dem herrschenden Grundstück um ein Wohngrundstück, liegt auch in der Annehmlichkeit des Wohnens neben einer Grün- und Erholungsfläche ein wirtschaftlicher, den Wohnwert beeinflussender Vorteil für die Benutzung des Grundstücks (vgl. Senat, Urteil vom 24.09.1982, V ZR 96/81, NJW 1983, 115, 116 m. w. N.).

10 3. Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, hier sei ein umfassendes Recht zum Verweilen im Sinne eines Aufenthalts und eines beliebigen Hin- und Hergehens Inhalt der Grunddienstbarkeit. Ausgehend davon, dass sich aus der Eintragungsbewilligung ein solches umfassendes Recht der Kläger zum Verweilen auf dem gesamten dienenden Grundstück ergibt, hätte dieses Recht, um zur Entstehung zu gelangen, zumindest schlagwortartig in das Grundbuch selbst eingetragen werden müssen.

11 a) § 874 BGB lässt zur Entlastung des Grundbuchs eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechtes zu. Der wesentliche Inhalt des Benutzungsrechts muss zumindest schlagwortartig im Grundbuch selbst gekennzeichnet sein (vgl. Senat, Urteil vom 22.09.1961, V ZB 16/61, BGHZ 35, 378, 382; Urteil vom 29.09.2007, V ZR 25/06, WM 2006, 2226 Rdnr. 13; Urteil vom 21.12.2012, V ZR 221/11, NJW 2013, 1963 Rdnr. 11; Urteil vom 20.03.2020, V ZR 317/18, BGHZ 225, 136 Rdnr. 7). Der Rechtsinhalt muss aufgrund objektiver Umstände erkennbar und für einen Dritten verständlich sein, sodass dieser in der Lage ist, die hieraus folgende höchstmögliche Belastung des Grundstücks einzuschätzen oder zumindest eine ungefähre Vorstellung davon zu gewinnen, welche Bedeutung die Dienstbarkeit für das Eigentum haben kann (vgl. Senat, Beschluss vom 13.09.2018, V ZB 2/18, ZfIR 2019, 274 Rdnr. 15). Enthält eine Dienstbarkeit – wie hier – eine Kombination verschiedener Befugnisse, ist der verschiedenartige Inhalt der Dienstbarkeit im Grundbuch selbst anzugeben (vgl. Senat, Beschluss vom 06.11.2014, V ZB 131/13, WM 2015, 935 Rdnr. 17). Soll Inhalt eines durch eine Grunddienstbarkeit gesicherten Geh-, Fahr- und Leitungsrechts auch das Recht zum Verweilen im

Sinne eines Aufenthalts und eines beliebigen Hin- und Hergehens auf dem dienenden Grundstück sein, muss dies deshalb im Grundbuch selbst zumindest schlagwortartig eingetragen werden. Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gemäß § 874 Satz 1 BGB genügt nicht.

12 b) Der vorliegende Eintrag im Grundbuch entspricht in Bezug auf die Nutzungsart des Verweilens diesen Anforderungen nicht. Eingezeichnet ist ein Geh-, Fahr- und Leitungsrecht. Mit der Bezeichnung als Gehrecht ist das Recht zum Verweilen entgegen der Auffassung der Revisionserweiterung nicht schlagwortartig angegeben. Ein Gehrecht ist zwar nicht ohne Weiteres mit einem Wegerecht gleichzusetzen, dies allerdings deshalb, weil das Wegerecht, anders als das Gehrecht, auch das Befahren mit einem üblichen Fahrzeug umschließt (vgl. Senat, Urteil vom 18.09.2020, V ZR 28/20, NJW 2021, 1397 Rdnr. 7). Ebenso wie mit einem Wegerecht verbindet der unbefangene Betrachter mit einem Gehrecht nächstliegend aber nur das Recht, das dienende Grundstück zu überqueren, nicht hingegen die Befugnis, sich auf der gesamten Fläche aufzuhalten und beliebig hin- und herzugehen. Das bedeutet, dass der Berechtigte auf dem belasteten Grundstück nur verweilen darf, um das Gehrecht in verkehrsüblicher Weise ausführen zu können (zum Fahrrecht vgl. Senat, Urteil vom 30.04.1965, V ZR 17/63, WM 1965, 1009, 1011). Das dienende Grundstück muss in diesem Fall nicht von Baulichkeiten freigehalten werden. Das gilt, anders als die Revisionserweiterung meint, auch dann, wenn der Ausübungsbereich des Gehrechts nicht – was möglich ist (vgl. dazu Senat, Beschluss vom 16.02.1984, V ZB 8/83, BGHZ 90, 181, 183; Urteil vom 04.12.2015, V ZR 22/15 WM 2016, 1089 Rdnr. 36) – festgelegt worden ist. Auch dann gewährt das Gehrecht nur ein Überquerungsrecht, und der Berechtigte muss bei der Wahl der Trasse das Interesse des Eigentümers des belasteten Grundstücks schonen (§ 1020 Satz 1 BGB).

13 Das Recht zum Verweilen im Sinne eines Aufenthalts und beliebigen Hin- und Hergehens auf dem dienenden Grundstück geht demgegenüber über ein bloßes Gehrecht hinaus. Es schränkt den Eigentümer des dienenden Grundstücks erheblich mehr ein, als dies in der schlagwortartigen Bezeichnung „Geh-, Fahr- und Leitungsrecht“ zum Ausdruck kommt.

14 c) Die Eintragungsbewilligung, die das Recht zum Verweilen gewährt, hat einen weitergehenden Inhalt als der Eintrag im Grundbuch. Insoweit ist die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gemäß § 874 BGB unzulässig. Der nicht zulässig in Bezug genommene Teil der Eintragungsbewilligung, die das Recht zum Verweilen betrifft, wirkt nicht als Eintragung; das Recht hat allein den aus dem Eintragsvermerk ersichtlichen Inhalt (vgl. Senat, Urteil vom 19.10.2007, V ZR 211/06, BGHZ 174, 61 Rdnr. 19 m. w. N.; Beschluss vom 06.11.2014, V ZB 131/13, WM 2015, 935 Rdnr. 23 ff.).

15 III. Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil weitere Feststellungen zu treffen sind. Sie ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO). Es hat

zu prüfen, ob die von der Beklagten geplante Bebauung, auch unter Berücksichtigung des Grundsatzes der schonenden Rechtsausübung (§ 1020 Satz 1 BGB), die Grunddienstbarkeit, soweit sie entstanden ist, beeinträchtigt.

3. Vertretungsbescheinigung eines niederländischen Notars zum Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt

OLG Schleswig, Beschluss vom 16.05.2022, 2 Wx 40/21

GBO §§ 21, 32

LEITSÄTZE:

1. Die Bescheinigung der Vertretungsberechtigung durch einen deutschen Notar reicht als Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt jedenfalls dann gemäß § 21 BNotO aus, wenn der Notar Einsicht in ein ausländisches funktionsäquivalentes Register genommen hat, das seiner rechtlichen Bedeutung nach dem deutschen Handelsregister entspricht.
2. Eine Vertretungsbescheinigung durch einen ausländischen Notar reicht – auch wenn § 21 BNotO nicht direkt anwendbar ist – ebenfalls als Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt aus, wenn für Gesellschaften öffentliche Register existieren, die in ihrer rechtlichen Bedeutung dem deutschen Handelsregister entsprechen und wenn die Bescheinigung den für eine solche Bescheinigung geltenden Bestimmungen des ausländischen Rechts entspricht. Das gilt für Notare aus dem Bereich des lateinischen Notariats, das geprägt ist durch das Verständnis der Notarin oder des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege.
3. Die Vertretungsbescheinigung eines niederländischen Notars nach Einsicht in das Register der niederländischen Handelskammer ist ein tauglicher Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt, weil es sich bei dem niederländischen Register um ein funktionsäquivalentes Register handelt und niederländische Notare solche des lateinischen Notariats sind.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin begehrt als Eigentümerin im Grundbuch von X Blatt (...) eingetragen zu werden.

2 Im Grundbuch als Eigentümerin eingetragen ist die A GbR mit Sitz in Amsterdam (NL), bestehend aus den Gesellschaftern B B V und F GbR, letztere bestehend aus den Gesellschaftern C B V, D B V, B B V und E B V.

3 Am 23.05.2019 schloss die Antragstellerin mit der A GbR (im folgenden Verkäuferin) einen Kaufvertrag über den Erwerb des im Grundbuch von X Blatt (...) eingetragenen Grundbesitzes (UR-Nr. [...] des Notars Dr. H in H). Die Ver-

käuferin und deren Gesellschafter wurden dabei durch eine Vertreterin ohne Vertretungsmacht vertreten.

4 Am 19.06.2019 beglaubigte der Vertreter und Kandidatsnotar M als Stellvertreter der niederländischen Notarin G die Unterschriften der Gesellschafter der Veräußerin unter der Genehmigungserklärung zum Kaufvertrag vom 23.05.2019 (UR-Nr. [...] des Notars Dr. H in H). Zugleich bestätigte er, dass er am gleichen Tage Einsicht in das Register der niederländischen Handelskammer genommen habe. Hieraus ergebe sich, dass die B B V und die F GbR, letztere bestehend aus den Gesellschaftern C B V, D B V, B B V und E B V Gesellschafterinnen der Verkäuferin seien. Zudem wird unter Berufung auf weitere Einsichtnahmen durch den niederländischen Notar in das Register der niederländischen Handelskammer vom gleichen Tage die Vertretungsbefugnis der unterzeichnenden Personen für die C B V, die D B V, die B B V und die E B V bestätigt. Der Schluss der notariellen Bestätigung enthält den Hinweis, dass die F GbR und die A GbR als ausländische Gesellschaften registriert seien und dass nach deutschem Recht und/oder den Gründungsdokumenten der jeweiligen Gesellschaft (zu deren Auslegung er nicht qualifiziert sei) Ausnahmen vorgesehen sein können hinsichtlich der Vertretungsberechtigung. Zudem gelte die Bescheinigung nur unter der Voraussetzung, dass die Auslegung niederländischem Recht unterliege.

5 Auf Antrag der Antragstellerin wurde am 27.06.2019 zugunsten der Antragstellerin eine Eigentumsübertragungsvormerkung im Grundbuch unter Bezugnahme auf die Bewilligung in der Urkunde mit der UR-Nr. (...) des Notars Dr. H in H eingetragen.

6 Mit Schreiben vom 03.02.2020 hat die Antragstellerin beantragt, die Eigentumsumschreibung gemäß dem Kaufvertrag, UR-Nr. (...) des Notars Dr. H in H, einzutragen.

7 Durch Zwischenverfügung vom 07.08.2020 hat das Grundbuchamt in Ziffer 1 der Verfügung der Antragstellerin aufgegeben, die Vertretungsberechtigung/Gesellschafterzusammensetzung durch Auszüge aus dem niederländischen Handelsregister samt Apostille nachzuweisen, weil der niederländische Notar bei Beglaubigung der Unterschriften vom 19.06.2019 seine Bestätigung der Vertretungsberechtigung/Gesellschafterzusammensetzung dahin gehend eingeschränkt habe, dass diese nur gelte, sofern niederländisches Recht anzuwenden sei, die GbR aber eine solche nach deutschem Recht sei. Hieran hat das Grundbuchamt mit den Ausführungen unter lit. a) der Zwischenverfügung vom 15.09.2020 festgehalten. Mit Zwischenverfügung vom 09.11.2020 hat das Grundbuchamt klargestellt, dass die Nachweiserleichterungen des § 32 GBO i. V. m. § 21 Abs. 1 GBO nicht für ausländische juristische Personen gelten würden. Der Vertretungsnachweis in der Form des § 29 GBO könne nur durch beglaubigten und mit Apostille versehenen Handelsregisterauszug nebst Übersetzung erfolgen. An dieser Auffassung hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 11.05.2021 festgehalten. Auf den Inhalt der angegriffenen Zwischenverfügungen wird Bezug genommen.

8 Hiergegen richtet sich die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde vom 01.07.2021. Die Antragstellerin habe alle erforderlichen Unterlagen vorgelegt. Die Auflassungsvormerkung sei auch ohne Beanstandung in das Grundbuch eingetragen worden. Die Notarbescheinigung sei auch bei ausländischen Rechtsträgern ein taugliches Mittel, weil das niederländische Register mit dem deutschen Handelsregister vergleichbar sei und die Befugnisse des niederländischen Notars dem eines deutschen Notars entsprächen. Unabhängig davon müssten die vorgelegten Unterlagen auch deshalb ausreichen, weil der geforderte Registerauszug aus dem niederländischen Handelsregister vorliegend nicht mehr möglich sei, da die Verkäuferin mittlerweile (mehrfach) ihre Rechtsform geändert habe und nicht mehr als GbR im niederländischen Register eingetragen sei. Auf die Begründung im Einzelnen wird Bezug genommen.

9 II. Die zulässige Beschwerde ist begründet.

10 Das Grundbuchamt durfte der Antragstellerin mit den angegriffenen Zwischenverfügungen nicht aufgeben, die Vertretungsberechtigung bzw. die Gesellschafterzusammensetzung der Veräußerin nachzuweisen, weil die Antragstellerin diesen Nachweis bereits erbracht hat.

11 Im vorliegenden Fall hat die Antragstellerin den erforderlichen Nachweis der Vertretungsberechtigung und der Gesellschafterzusammensetzung der Verkäuferin durch die Erklärung der niederländischen Notarin G vom 19.06.2019 erbracht. Die Erklärung bescheinigt, dass die B B V und die F GbR, letztere bestehend aus den Gesellschaftern C B V, D B V, B B V und E B V Gesellschafterinnen der Verkäuferin seien. Zudem wird unter Berufung auf weitere Einsichtnahmen durch den niederländischen Notar in das Register der niederländischen Handelskammer vom gleichen Tage die Vertretungsbefugnis der unterzeichnenden Personen für die C B V, die D B V, die B B V und die E B V bestätigt.

12 Diese Bescheinigung einer niederländischen Notarin nach Einsichtnahme in das Register der niederländischen Handelskammer bezüglich der betroffenen Gesellschaften ist nach Ansicht des Senats auch ausreichend, um den Nachweis über die Vertretungsberechtigung der Verkäuferin zu erbringen.

13 Die Frage, inwiefern die Bescheinigung der Vertretungsberechtigung durch Notare nach Einsichtnahme in ein entsprechendes Register bei ausländischen Gesellschaften möglich ist, wird in Rechtsprechung und Literatur uneinheitlich beantwortet.

14 Zum Teil wird vertreten, dass ein solcher Nachweis nicht möglich sei, wenn die Gesellschaften nicht in einem deutschen Register eingetragen sind, weil die Voraussetzungen der § 32 GBO, § 21 BNotO nicht gegeben seien (vgl. etwa BeckOK-GBO/Otto, Stand: 01.03.2022, § 32 Rdnr. 29).

15 Ganz überwiegend wird vertreten, dass eine Notarbescheinigung eines deutschen Notars jedenfalls dann gemäß § 21 BNotO ausreicht, wenn der Notar Einsicht in ein ausländisches funktionsäquivalentes Register genommen hat, das seiner rechtlichen Bedeutung nach dem deutschen Handelsregister entspricht (Senat, Beschluss vom

13.12.2007, 2 W 198/07, juris Rdnr. 15; Schöner/Stöber Grundbuchrecht, Rdnr. 3635i-3636h, beck-online; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 32 Rdnr. 8; Keller/Munzig/Volmer, KEHE Grundbuchrecht, § 32, Rdnr. 50 ff.; LG Kleve, Beschluss vom 22.08.2007, 4 T 386/06, juris Rdnr. 6; OLG München, Beschluss vom 10.11.2020, 34 Wx 235/20, juris Rdnr. 29; OLG München, Beschluss vom 14.10.2015, 34 Wx 187/14, juris Rdnr. 20; OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.03.2014, 15 W 381/14, juris Rdnr. 19; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.08.2014, I-3 Wx 190/13, juris Rdnr. 10).

16 Ein Teil der Vertreter der letztgenannten Auffassung vertritt weitergehend den Standpunkt, dass dies im Ergebnis – auch wenn § 21 BNotO nicht direkt anwendbar ist – gleichermaßen bei Vertretungsbescheinigungen durch ausländische Notare gilt, wenn für Gesellschaften öffentliche Register existieren, die in ihrer rechtlichen Bedeutung dem deutschen Handelsregister entsprechen und wenn diese Bescheinigung den für solche Bescheinigung geltenden Bestimmungen des ausländischen Rechts entspricht, was für Notare aus dem Bereich des Lateinischen Notariats gilt (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3636j; Demharter, a. a. O.; LG Kleve, a. a. O.).

17 Der Senat schließt sich der letztgenannten weitergehenden Auffassung an. Für die Auffassung, dass die Vertretungsbescheinigung durch einen Notar nach Einsicht in ein dem deutschen Register vergleichbares Register ausreicht, spricht, dass bei funktionsäquivalenten Registern auch der Registerauszug unmittelbar (nach Apostille und Übersetzung) Verwendung finden könnte und die Zwischenschaltung des Notars dies nur abkürzt (so zutreffend für den deutschen Notar: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3636h). Dies gilt gleichermaßen für ausländische Notare aus dem Bereich des lateinischen Notariats, das geprägt ist durch das Verständnis der Notarin oder des Notars als Träger eines öffentlichen Amtes im Bereich der vorsorgenden Rechtspflege. Es kann keinen Unterschied machen, ob ein Registerauszug eines mit dem deutschen Register vergleichbaren Registers vorgelegt wird oder ein ausländischer Notar als Träger eines öffentlichen Amtes den entsprechenden Inhalt eines solchen Registers nach Einsichtnahme in dieses bestätigt. Ebenso wenig kann es einen Unterschied machen, ob ein ausländischer Notar als Träger eines öffentlichen Amtes den Inhalt eines funktionsäquivalenten Registers nach Einsichtnahme bestätigt oder ein deutscher Notar.

18 Danach ist die Bescheinigung eines niederländischen Notars nach Einsicht in das Register der niederländischen Handelskammer ein tauglicher Nachweis, weil es sich bei dem niederländischen Register um ein funktionsäquivalentes Register handelt und niederländische Notare solche des lateinischen Notariats sind (LG Kleve, a. a. O.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 3636i). Mit Blick auf das niederländische Register geht auch das Grundbuchamt von einem gleichwertigen Register aus, weil es die Antragstellerin in den angegriffenen Zwischenverfügungen selbst zur Einreichung eines entsprechenden Registerauszugs zum Nachweis der Vertretungsberechtigung aufgefordert hat.

19 An der Tauglichkeit der Bescheinigung des Notars ändert sich auch nichts durch den Hinweis des niederländischen Notars am Ende seiner Erklärung, demzufolge die F GbR und die A GbR als ausländische Gesellschaften registriert seien und dass nach deutschem Recht und/oder den Gründungsdokumenten der jeweiligen Gesellschaft (zu deren Auslegung er nicht qualifiziert sei) Ausnahmen vorgesehen sein können hinsichtlich der Vertretungsberechtigung. Insoweit gilt, dass der Notar mit Blick auf die Vertretungsberechtigung den Inhalt des niederländischen Registers bestätigt hat. Ein Auszug aus dem Register mit Apostille und Übersetzung würde ebenfalls genügen. Auf die Frage der Anwendbarkeit des deutschen Rechts kommt es danach nicht an, weil sich die Gesellschafterzusammensetzung bzw. die Vertretungsberechtigung bereits aus dem Register ergibt; ein entsprechender Auszug hätte dem Grundbuchamt ausweislich der angegriffenen Zwischenverfügungen auch als Nachweis genügt.

20 Unabhängig davon haben alle der damaligen Gesellschafter der Veräußerin, zu diesem Zeitpunkt eine GbR, die Genehmigung erteilt. Nach deutschem Recht wäre die Zustimmung damit in jedem Fall wirksam, da die Geschäftsführung in der GbR nach dem Grundsatz der Selbstorganschaft zwingend durch die Gesellschafter wahrzunehmen ist (vgl. BeckOK-BGB, § 709 Rdnr. 4, beck-online), selbst wenn die Geschäftsführung auf einzelne Personen übertragen worden sein sollte, müsste es sich um Gesellschafter handeln (vgl. BeckOK-BGB/Schöne, Stand: 01.02.2022, § 710 Rdnr. 7), sodass jedenfalls eine wirksame Zustimmung vorliegt.

4. Eintragung einer Grundschuld zugunsten der im Rahmen der Verschmelzung aufnehmenden Gläubigerin

KG, Beschluss vom 24.03.2022, 1 W 2/22, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

GBÖ §§ 13, 19, 29

GBV § 15

UmwG §§ 2, 20

LEITSATZ:

Bewilligt der Erwerber eines Grundstücks bzw. Wohnungseigentums in Vollmacht des Veräußerers die Eintragung einer Grundschuld und wird die dort benannte Gläubigerin in der Folgezeit auf einen anderen Rechtsträger verschmolzen, kann die Bewilligung dahin ausgelegt werden, dass der aufnehmende Rechtsträger als Gläubiger der Grundschuld im Grundbuch einzutragen ist (Anschluss an OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.03.2021, 3 W 233/20, juris; Abgrenzung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.08.2020, I-3 Wx 125/20, ZIP 2020, 1915 = FGPrax 2021, 7 = MittBayNot 2021, 153).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 1. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Gegenstand der Beschwerde ist nur Punkt 2 der Zwischenverfügung vom 25.11.2021, nachdem das Grundbuchamt die zu den Punkten 1 und 3 aufgeführten Hindernisse in seiner Verfügung vom 09.12.2021 als erledigt angesehen hat.

2 2. Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Das von dem Grundbuchamt aufgeführte Eintragungshindernis besteht nicht, sodass insoweit kein Anlass zum Erlass der Zwischenverfügung bestand, § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO.

3 a) Die Eintragung einer Grundschuld im Grundbuch erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, wenn sie der Grundstückseigentümer bewilligt, § 19 GBO. Dabei erfordert der Zweck des Grundbuchs, auf sicherer Grundlage bestimmte und sichere Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen zu schaffen, klare und eindeutige Erklärungen. Im Rahmen der Bewilligung einer Grundschuld ist deshalb der Gläubiger so zu bezeichnen, wie er im Grundbuch einzutragen ist (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 19 Rdnr. 35). Soll ein Recht für eine Aktiengesellschaft eingetragen werden, bedarf es in der Bewilligung mindestens der Angabe ihrer Firma und ihres Sitzes, vgl. § 15 Abs. 1 lit. b) GBV (*Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 531).

4 b) Die danach erforderlichen Angaben zur Gläubigerin der einzutragenden Grundschuld sind in der Bewilligung vom 27.02.2020 – UR-Nr. Fx 1 xx/2(...) dem Grunde nach enthalten.

5 Hingegen ist die dort als Gläubigerin bezeichnete Aktiengesellschaft im Wege der Aufnahme durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf die Beteiligte zu 4 verschmolzen worden, § 2 Nr. 1 UmwG. Mit der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des Sitzes der Beteiligten zu 4 am 15.05.2020 ist die übertragende Aktiengesellschaft erloschen, § 20 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 UmwG. Mangels fortbestehender Rechtsfähigkeit kann sie nicht als Gläubigerin der Grundschuld im Grundbuch eingetragen werden (*Meikel/Böttcher*, GBO, 12. Aufl., § 19 Rdnr. 165).

6 c) Die Eintragung eines Verstorbenen im Grundbuch ist nicht zulässig, weil auch er keine Rechtsfähigkeit mehr besitzt (Senat, Beschluss vom 29.10.1974, 1 W 1186-1187/74, Rpfleger 1975, 133). Daran ändert es nichts, wenn der Begünstigte im Zeitpunkt der Bewilligung noch gelebt hat.

7 Es ist jedoch anerkannt, dass an seiner Stelle die Erben eingetragen werden können, wenn die Rechtsnachfolge in grundbuchmäßiger Form, § 35 Abs. 1 GBO, nachgewiesen wird. Einer an die Rechtslage angepassten neuen oder geänderten Bewilligung bedarf es dann nicht (*Bauer/Schaub/Kössinger*, GBO, 4. Aufl., § 19 Rdnr., 70; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 229 Fn. 699; *Böhringer*, ZfIR 2021, 201, 207).

8 d) Erlischt eine juristische Person, nachdem die Eintragung eines Rechts für sie im Grundbuch bewilligt worden ist, vor der Eintragung in Folge einer Verschmelzung, soll Entsprechendes hinsichtlich des Gesamtrechtsnachfolgers gelten (*Kössinger*, a. a. O.; DNotI-Report 1998, 177, 179). Die zugunsten des übertragenden Rechtsträgers erteilte Bewilligung gehe auf den übernehmenden Rechtsträger

über (Widmann/Mayer/Vossius, Umwandlungsrecht, 2002, § 20 Rdnr. 191). Andere erachten eine entsprechende Auslegung der Bewilligung für geboten (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.03.2021, 3 W 233/20, juris).

9 aa) Ob die Bewilligung mit der Verschmelzung ohne Weiteres auf den übernehmenden Rechtsträger im Rahmen der damit verbundenen Gesamtrechtsnachfolge übergeht, erscheint im Hinblick auf den rein verfahrensrechtlichen Charakter der Bewilligung (BGH, DNotZ 2013, 369, 372) fraglich. Auch ein vor der Umwandlung noch nicht beendeter Zivilprozess des übertragenden Unternehmens soll nicht ohne Weiteres mit dem aufnehmenden Unternehmen fortgeführt werden, sondern zunächst in entsprechender Anwendung des § 239 Abs. 1 ZPO unterbrochen sein (Böttcher/Habighorst/Schulte/Schulte, Umwandlungsrecht, 2. Aufl., § 20 Rdnr. 18).

10 bb) Der verfahrensrechtliche Charakter von Grundbucheintragungen schließt hingegen ihre Auslegung nicht aus. Im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz und das Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsgrundlagen kann im Grundbuchverfahren eine Auslegung aber nur erfolgen, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (BGH, ZMR 2015, 390, 393; NJW 1995, 1081, 1082; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 172; Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 28).

11 Danach kann die Bewilligung hier zweifellos dahin ausgelegt werden, dass sie nicht unter der Bedingung der Fortexistenz der dort bezeichneten Gläubigerin bis zur Eintragung der Grundsuld abhängig gemacht werden sollte, sondern auch die – unmittelbare – Eintragung der Beteiligten zu 4 als ihre Gesamtrechtsnachfolgerin umfasste.

12 (1) Betroffen von der zur Eintragung beantragten Belastung des Wohnungseigentums ist die Beteiligte zu 1. Sie ist als Eigentümerin in Abt. I ffd. Nr. 1 des Wohnungsgrundbuchs eingetragen. Die Beteiligte zu 1 hat danach die Eintragung der Grundsuld zu bewilligen, § 19 GBO.

13 Die Bewilligung musste sie jedoch nicht persönlich erklären, sondern konnte sich hierbei vertreten lassen. Das ist auch so geschehen. In der notariellen Verhandlung vom 27.02.2020 trat für sie – und zugleich die Beteiligten zu 2 und 3 – ein (Unter-)Bevollmächtigter auf, dessen Vertretungsmacht letztlich auf den zwischen den Beteiligten zu 1 bis 3 in § 4 des Kaufvertrags über das Wohnungseigentum vom 24.02.2020 – UR-Nr. Fx 1 xx/2(...) des Notars J(...) F(...) in B(...) – getroffenen Regelungen beruhte.

14 Darin hatte die Beteiligte zu 1 den Beteiligten zu 2 und 3 eine Finanzierungvollmacht erteilt, wie sie regelmäßig in entsprechenden notariellen Kaufverträgen enthalten ist. Bestimmungen zu einer bestimmten Gläubigerin enthält § 4 der UR-Nr. Fx 1 xx/2(...) nicht. Lediglich nach § 4 Abs. 7 waren die Beteiligten zu 2 und 3 verpflichtet, bis zur Beurkundung des Vertrags „die bankübliche Zusage eines in der

Europäischen Union zu allgemeinen Bankgeschäften berechtigten Kreditinstituts über die Gesamtfinanzierung des Kaufpreises bzw. entsprechende Kapitalnachweise zu erbringen“. Selbst wenn damit eine Beschränkung der Beteiligten zu 2 und 3 bei der Auswahl möglicher Gläubiger verbunden sein sollte, handelte es sich sowohl bei der in der Bewilligung bezeichneten Aktiengesellschaft als auch ihrer Gesamtrechtsnachfolgerin um solche Kreditinstitute.

15 Weitere auf die Person der Gläubigerin bezogene Einschränkungen enthält § 4 der UR-Nr. Fx 1 xx/2(...) nicht. Der Beteiligten zu 1 kam es danach nicht darauf an, welches Kreditinstitut die Beteiligten zu 2 und 3 letztlich konkret auswählen würden. Ohnehin war die Beteiligte zu 1 verpflichtet, das Wohnungseigentum auf die Beteiligten zu 2 und 3 zu übertragen.

16 (2) Für die Beteiligten zu 2 und 3 führt die Verschmelzung des von ihnen ausgewählten Kreditinstituts mit der Beteiligten zu 4 ebenfalls zu keinen – weiteren – Beschränkungen ihrer Rechte bzw. Pflichten.

17 Mit dem Vollzug der Verschmelzung im Handelsregister geht das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers einschließlich der Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger über, §§ 2, 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG. Die Beteiligte zu 4 ist danach an die der Bewilligung der Grundsuld zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarungen gebunden, wie sie zwischen den Beteiligten zu 2 und 3 und der in der UR-Nr. Fx 1 xx/2(...) als Gläubigerin der Grundsuld bezeichneten Aktiengesellschaft getroffen worden waren (vgl. Kallmeyer/Marsch-Barner/Oppenhoff, UmwG, 7. Aufl., § 20 Rdnr. 8).

18 Welche Vereinbarungen dies konkret sind, muss und kann wegen des hier geltenden formellen Konsensprinzips nicht geklärt werden. Das ist aber auch nicht erforderlich, weil nach der allgemeinen Lebenserfahrung der Bestellung von Grundschulden im Zusammenhang mit dem Erwerb von Wohnungseigentum regelmäßig schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen dem Erwerber und Gläubiger zugrunde liegen.

19 (3) Etwas anderes ergibt sich aus der von dem Grundbuchamt herangezogenen Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 12.08.2020 (I-3 Wx 125/20, ZIP 2020, 1915) nicht, auch wenn es sich bei den dort beteiligten Kreditinstituten um dieselben wie vorliegend gehandelt haben dürfte.

20 Dort war die Grundsuld für das übertragende Kreditinstitut erst nach der Eintragung seiner Verschmelzung mit dem übernehmenden Kreditinstitut im Handelsregister bewilligt worden. Eine Auslegung der Bewilligung, wie sie hier voranstehend erfolgt ist, erachtete das OLG dort nicht für möglich, weil das aufnehmende Kreditinstitut noch über drei Zweigniederlassungen verfügte, die ebenfalls Immobilienkredite vergaben. Es sei nicht auszuschließen und nicht einmal fernliegend, dass die Kaufvertragsparteien oder der übernehmende Rechtsträger bei zutreffender Beurteilung der Rechtslage die Bestellung und Eintragung der Grundsuld für eines der vorbezeichneten Kreditinstitute gewünscht hätten (OLG Düsseldorf, a. a. O., 1916; dies anzweifelnd Brock, EWIR 2021, 73, 74).



21 Vorliegend erfolgte die Bewilligung hingegen vor dem Vollzug der Verschmelzung durch Eintragung im Handelsregister, also zu einem Zeitpunkt, in dem das als Gläubigerin bezeichnete Kreditinstitut noch als juristische Person existierte. Sein Vermögen ist erst danach auf die Beteiligte zu 4 übergegangen. Ob sie dieses Vermögen dann intern einer ihrer Zweigniederlassungen zugeordnet hat, ist für die Frage der zutreffenden, hier durch Auslegung zu ermittelnden Bezeichnung der Gläubigerin in der Bewilligung vom 27.02.2020 nicht von Relevanz (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 243).

22 Auf der entsprechenden tatsächlichen Abweichung von der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 12.08.2020 beruhten die – allerdings nicht tragenden – Ausführungen desselben Senats in seinem bereits benannten Beschluss vom 03.03.2021 (OLG Düsseldorf, 3 W 233/20, juris), denen sich der Senat im Ergebnis anschließt.

Bürgerliches Recht

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

5. Keine Kündigung des Nießbrauchs nach § 314 Abs. 1 BGB bei Verletzung der Pflichten aus dem gesetzlichen Schuldverhältnis

BGH, Versäumnisurteil vom 21.01.2022, V ZR 233/20 (Vorinstanz: OLG Dresden, Urteil vom 17.09.2019, 9 U 1551/18)

BGB § 314 Abs. 1, § 1030

LEITSÄTZE:

- 1. Der Nießbrauch und das mit seiner Bestellung zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher entstehende besondere gesetzliche Schuldverhältnis sind einer Kündigung gemäß § 314 Abs. 1 BGB nicht zugänglich.**
- 2. Ist in dem der Nießbrauchsbestellung zugrunde liegenden Kausalgeschäft die Zahlung eines wiederkehrenden Entgelts vereinbart und zahlt der Nießbraucher das Entgelt nicht, kann der Eigentümer das Kausalverhältnis unter den weiteren Voraussetzungen des § 314 BGB kündigen und den Nießbrauch kondizieren (Abgrenzung von Senat, Urteil vom 13.11.1998, V ZR 29/98, NJW-RR 1999, 376, 377).**
- 3. Hiervon zu unterscheiden sind Vereinbarungen, die das durch die Bestellung des Nießbrauchs entstehende gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer betreffen. Eine Verletzung daraus folgender Pflichten berechtigt den Eigentümer nicht zu einer Beendigung des Nießbrauchs nach den Vorschriften des Leistungsstörungenrechts.**

SACHVERHALT:

1 Die Klägerin ist Eigentümerin eines bebauten Grundstücks. Mit notarieller Vereinbarung vom 23.09.2009 räumte sie dem Beklag-

ten, ihrem damaligen Lebensgefährten, ein lebenslanges Nießbrauchsrecht daran ein. Die Vereinbarung enthält in Ziffer II folgende Regelung:

„[Der Nießbraucher] ist verpflichtet, sämtliche auf dem Grundbesitz ruhenden privaten und öffentlichen Lasten einschließlich der außerordentlichen öffentlichen und die von Gesetzes wegen eigentlich dem Eigentümer obliegenden privaten Lasten zu tragen, die auf dem Stammwert der Sache gelegt zu sehen sind sowie auch die außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen (...).

Zusätzlich zu den vorstehend genannten Kosten und Lasten hat der Nießbraucher an den Eigentümer für die Dauer des Nießbrauchsrechtes ein monatliches Entgelt i. H. v. 370 € (...) zu leisten.

(...) Die Pflicht zur Leistung eines Entgeltes für die Einräumung des Nießbrauchsrechtes ist Bestandteil des dinglichen Rechtes.“

2 Mit einer „Klarstellung“ berichtigte die beurkundende Notarin die Urkunde gegenüber dem Grundbuchamt wie folgt:

„Die schuldrechtlich vereinbarte Entgeltlichkeit des Nießbrauchsrechtes soll nur als schuldrechtliche Vereinbarung der Vertragsschließenden gelten und nicht Inhalt des dinglichen Rechtes sein. Insoweit wird der Antrag [...] dahingehend berichtigt, dass die in Ziffer II. der genannten Urkunde getroffenen Vereinbarungen – besonders die Entgeltlichkeit – nur schuldrechtliche Vereinbarungen darstellen, die nicht Inhalt des dinglichen Rechtes sind.“

3 Das monatlich zu leistende Entgelt wurde mit weiterer notarieller Vereinbarung von September 2015 auf 1 € herabgesetzt. Ab 2012 entrichtete der Beklagte die Grundsteuer nicht mehr. Ob er das vereinbarte Entgelt zahlte, ist zwischen den Parteien streitig. Mit Schreiben vom 08.11.2016 forderte die Klägerin den Beklagten auf, seine Verpflichtungen aus der notariellen Urkunde bis zum 22.11.2016 zu erfüllen. Gleichzeitig erklärte sie die außerordentliche fristlose Kündigung des Vertragsverhältnisses und verlangte die Erteilung einer Löschungsbewilligung für das Nießbrauchsrecht.

4 Die Klägerin nimmt den Beklagten auf Zustimmung zur Löschung des Nießbrauchs in Anspruch. Das LG hat die Klage abgewiesen. Das OLG hat ihr stattgegeben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision will der Beklagte die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen.

AUS DEN GRÜNDEN:

5 I. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin könne von dem Beklagten die Bewilligung der Löschung des Nießbrauchs verlangen, weil sie gemäß § 323 Abs. 1 BGB wirksam von dem der Bestellung zugrundeliegenden Kausalgeschäft zurückgetreten sei. Die Parteien hätten die Nichterfüllung der von dem Beklagten übernommenen Verpflichtung zur Zahlung eines Entgeltes sowie der Tragung der nicht von § 1047 BGB erfassten Lasten zwar nicht zur auflösenden Bedingung für den Bestand oder die Ausübung des Nießbrauchsrechtes gemacht. Bei dem Kausalvertrag handele es sich aber um einen gegenseitigen Vertrag im Sinne des § 323 Abs. 1 BGB. Die von dem Beklagten zu erbringenden Gegenleistungen gingen über die in § 1047 BGB geregelte Verpflichtung zur Lastentragung hinaus. Die Voraussetzungen für einen Rücktritt lägen vor, da der Beklagte seine vertragliche Verpflichtung nicht erfüllt habe. Es könne offenbleiben, ob er das vereinbarte Entgelt bezahlt habe. Jedenfalls habe er die Grundsteuer trotz Fristsetzung nicht beglichen.

6 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin gegen den Beklagten auf Zustimmung zur Löschung des Nießbrauchs nicht bejaht werden. Zu entscheiden ist durch Versäumnisurteil. Inhaltlich beruht das Urteil jedoch nicht auf der Säumnis der Klägerin, sondern auf einer Sachprüfung (vgl. Senat, Urteil vom 04.04.1962, V ZR 110/60, BGHZ 37, 79, 82 ff.).

7 1. Rechtsfehlerfrei verneint das Berufungsgericht allerdings einen Grundbuchberichtigungsanspruch der Klägerin gemäß § 894 BGB. Der Nießbrauch, von dessen Eintragung in das Grundbuch der Senat ausgeht, ist durch eine Kündigung der Klägerin nicht beendet worden. Der Nießbrauch ist als dingliches Recht einer Kündigung durch den Eigentümer nicht zugänglich. Bei dem Nießbrauch handelt es sich um kein Dauerschuldverhältnis, das nach § 314 BGB beendet werden könnte (vgl. zur Grunddienstbarkeit Senat, Urteil vom 20.09.1974, V ZR 44/73, NJW 1974, 2123, 2124; zum dinglichen Wohnungsrecht vgl. Senat, Urteil vom 13.11.1998, V ZR 29/98, NJW-RR 1999, 376, 377 und Urteil vom 11.03.2016, V ZR 208/15, NJW-RR 2017, 140 Rdnr. 7; zur beschränkten persönlichen Dienstbarkeit vgl. Senat, Urteil vom 27.06.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423 Rdnr. 13). Die Parteien haben auch nicht – was möglich gewesen wäre (vgl. Senat, Urteil vom 20.09.1974, V ZR 44/73, NJW 1974, 2123, 2124; Urteil vom 27.06.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423 Rdnr. 13) – den Fortbestand des Nießbrauchs im Sinne einer auflösenden Bedingung mit einem Recht der Klägerin verbunden, den Vertrag über die Bestellung des Nießbrauchs durch Kündigungserklärung zu beenden oder – was ebenfalls möglich gewesen wäre (vgl. Senat, Urteil vom 19.03.2021, V ZR 44/19, MDR 2021, 1001 Rdnr. 11 m. w. N. zur Grunddienstbarkeit; Grüneberg/Herrler, 81. Aufl., § 1030 Rdnr. 7; Staudinger/Heinze, Neub. 2021, § 1030 Rdnr. 62; Schön, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, S. 335) – die Erfüllung des mit schuldrechtlicher Wirkung vereinbarten Entgelts zur auflösenden Bedingung für den Bestand des Nießbrauchs gemacht (zur Eintragung der den Bestand des Rechts betreffenden Bedingung vgl. Senat, Beschluss vom 01.10.2020, V ZB 51/20, ZfIR 2021, 32 Rdnr. 20).

8 2. Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht jedoch an, die Klägerin könne von dem Beklagten gemäß § 346 Abs. 1 BGB die Rückübertragung des Nießbrauchs verlangen, weil sie wegen Verletzung der Pflicht des Beklagten zur Zahlung der Grundsteuer wirksam gemäß § 323 Abs. 1 BGB von dem der Bestellung des Nießbrauchs zugrundeliegenden Kausalverhältnis zurückgetreten sei.

9 a) Richtig ist zwar, dass auf das der Nießbrauchsbestellung zugrunde liegende Kausalverhältnis (zum Beispiel Rechtskauf oder Schenkung) die allgemeinen Regelungen des Leistungsstörungsrechts der §§ 320 ff. BGB anwendbar sind (BeckOGK-BGB/Kazele, Stand: 01.11.2021, § 1018 Rdnr. 251; Staudinger/Weber, Neub. 2017, § 1018 Rdnr. 14). Besteht gemäß § 323 Abs. 1 BGB ein Recht zum Rücktritt von dem Kausalverhältnis, kann der Eigentümer die Rückübertragung des Nießbrauchs nach § 346 Abs. 1 BGB verlangen (vgl. MünchKomm-BGB/Mohr, 8. Aufl., § 1018 Rdnr. 7; Schön/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 1279 f.;

Staudinger/Weber, § 1018 Rdnr. 14; jew. zur Grunddienstbarkeit; Hauck, Nießbrauch an Rechten, 2015, S. 239).

10 b) Unzutreffend ist aber die Annahme des Berufungsgerichts, die Klägerin sei zum Rücktritt von dem Kausalverhältnis gemäß § 323 Abs. 1 BGB berechtigt gewesen, weil der Beklagte die in Ziffer II des Bestellungsvertrags übernommene Grundsteuer nicht gezahlt habe. Sie lässt unberücksichtigt, dass das der Bestellung des Nießbrauchs zugrunde liegende Kausalverhältnis von den (ggf. auch schuldrechtlichen) Vereinbarungen zu trennen ist, die das Verhältnis zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher während des Bestehens des Nießbrauchs regeln.

11 aa) Das Kausalverhältnis bildet den Rechtsgrund für das dingliche Recht; es setzt sich bei einem Nießbrauch insbesondere aus der Verpflichtung, den Nießbrauch zu bestellen, und der Vereinbarung der hierfür zu erbringenden Gegenleistung zusammen. Die Gegenleistung für die Bestellung des Rechts kann dabei auch ein laufendes, nach bestimmten Zeitabschnitten zu entrichtendes Entgelt sein (vgl. Senat, Urteil vom 10.05.1968, V ZR 221/64, WM 1968, 775; Urteil vom 20.09.1974, V ZR 44/73, NJW 1974, 2123; Urteil vom 27.06.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423 Rdnr. 13; Urteil vom 19.03.2021, V ZR 44/19, MDR 2021, 1001 Rdnr. 7). Ist das Kausalverhältnis unwirksam, kann das dingliche Recht nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB kondiziert werden; erbringt der Nießbrauchsberechtigte die von ihm geschuldete Gegenleistung nicht, kann der Eigentümer nach § 323 Abs. 1 BGB von dem Vertrag zurücktreten (vgl. MünchKomm-BGB/Mohr, § 1018 Rdnr. 7; Schön/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1280; Hauck, Nießbrauch an Rechten, S. 239; Schön, Der Nießbrauch an Sachen, 1992, S. 366) bzw. diesen kündigen (siehe dazu unten Rdnr. 18 ff.).

12 bb) (1) Hiervon zu unterscheiden sind Vereinbarungen, die das durch die Bestellung des Nießbrauchs entstehende gesetzliche Schuldverhältnis zwischen Nießbraucher und Eigentümer betreffen (vgl. Heinze, ZNotP 2018, 305). Das Gesetz gibt deren Rechte und Pflichten in den §§ 1030 ff. BGB zwar vor; diese Bestimmungen sind ungeachtet der zwingenden Natur des Sachenrechts aber teilweise abdingbar (vgl. Senat, Urteil vom 21.06.1985, V ZR 37/84, BGHZ 95, 99, 100; Staudinger/Heinze, Neub. 2021, Vor §§ 1030 ff. Rdnr. 12). Zulässige abweichende Vereinbarungen können mit dinglicher Wirkung getroffen werden. Sie werden mit der Eintragung in das Grundbuch zum Inhalt des Rechts und binden dann auch einen Rechtsnachfolger; eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gemäß § 874 BGB genügt (vgl. BayObLGZ 1977, 81, 84; BeckOGK-BGB/Servatius, Stand: 01.11.2021, § 1047 Rdnr. 5; Staudinger/Heinze, a. a. O. Rdnr. 16). Die Beteiligten können sich aber auch auf eine schuldrechtliche, und damit nur zwischen ihnen wirkende, abweichende Vereinbarung beschränken. Zu den abdingbaren Regelungen zählen insbesondere die Beschränkung der Erhaltungspflicht des Nießbrauchers auf die zur gewöhnlichen Unterhaltung gehörenden Maßnahmen (§ 1041 Satz 2 BGB; vgl. Senat, Urteil vom 23.01.2009, V ZR 197/07, NJW 2009, 1810 Rdnr. 16; Staudinger/Heinze, Vor §§ 1030 ff. Rdnr. 14 m. w. N.) und die Regelung zur Lastentragung in § 1047 BGB (vgl. Senat, Urteil vom 21.12.1973, V ZR 157/72,

NJW 1974, 641 f.; BayObLGZ 1979, 273, 277; Staudinger/*Heinze*, § 1047 Rdnr. 31).

13 (2) Solche Vereinbarungen sind nicht Teil des der Bestellung des Nießbrauchs zugrunde liegenden Kausalverhältnisses, insbesondere sind die Erhaltungs- und Lastentragungspflichten des Nießbrauchers keine Gegenleistung für die Gewährung des Nießbrauchs (vgl. Senat, Urteil vom 21.12.1973, V ZR 157/72, NJW 1974, 641, 642; RGZ 143, 231, 234; BeckOGK-BGB/*Servatius*, § 1047 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, 8. Aufl., § 1047 Rdnr. 1). Eine Verletzung dieser Pflichten berechtigt den Eigentümer nicht zu einer Beendigung des Nießbrauchs nach den Vorschriften des Leistungsstörungsrechts (Staudinger/*Heinze*, § 1054 Rdnr. 1). Dem Eigentümer stehen, wenn nicht anderes vereinbart ist (vgl. Rdnr. 7), neben der Möglichkeit der zwangsweisen Verwaltung nach § 1054 BGB nur Erfüllungsansprüche sowie Ansprüche auf Schadensersatz wegen der Verletzung des gesetzlichen Schuldverhältnisses (§ 280 BGB; BeckOGK-BGB/*Servatius*, § 1054 Rdnr. 14; MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, § 1030 Rdnr. 19) zu. Das gilt auch, wenn diese Pflichten mit (nur) schuldrechtlicher Wirkung erweitert worden sind.

14 c) So verhält es sich hier. Mit der Vereinbarung, dass der Beklagte sämtliche öffentlichen und privaten Lasten des Grundstücks zu tragen hat, haben die Parteien seine Verpflichtung aus § 1047 BGB und damit das gesetzliche Schuldverhältnis, wenn auch nur mit schuldrechtlicher Wirkung, ausgestaltet. Demnach hat der Beklagte durch die Nichtzahlung der Grundsteuer zwar seine Pflichten als Nießbraucher, nicht aber Pflichten aus dem dem Nießbrauch zugrunde liegenden Kausalverhältnis verletzt mit der Folge, dass ein Rücktritt der Klägerin nach § 323 Abs. 1 BGB von dem Kausalverhältnis hierauf nicht gestützt werden kann.

15 III. Daher kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben und ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO), weil weitere Feststellungen zu treffen sind. Sie ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

16 1. Die Klägerin kann von dem Beklagten die Löschung des Nießbrauchs (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB) verlangen, wenn sie das Kausalverhältnis gemäß § 314 BGB gekündigt hat. Das Berufungsgericht wird festzustellen haben, ob der Beklagte das vereinbarte laufende Entgelt nicht gezahlt und damit die Gegenleistung für die Bestellung des Nießbrauchs nicht erbracht hat.

17 a) Ob der Eigentümer das der Nießbrauchsbestellung zugrunde liegende Kausalgeschäft bei Nichtzahlung des vereinbarten Entgelts gemäß § 314 BGB kündigen kann, ist allerdings umstritten. Teilweise wird das verneint (*Hauck*, Nießbrauch an Rechten, 2015, S. 235 ff.). Die Gegenansicht bejaht die Kündbarkeit des Kausalverhältnisses mit der Folge, dass der Nießbrauch kondiziert werden könne (MünchKomm-BGB/*Pohlmann*, § 1054 Rdnr. 1; Staudinger/*Heinze*, § 1054 Rdnr. 1; *Schön*, Der Nießbrauch an Sachen, 1992,

S. 266, 269). Die Einstellung der Zahlung des vereinbarten Entgelts wird als wichtiger Grund im Sinne des § 314 Abs. 1 BGB angesehen (vgl. OLG Koblenz, Grundeigentum 2018, 1278 zur Grunddienstbarkeit; *Heinze*, ZNotP 2018, 305, 310).

18 b) Die zweite Ansicht trifft zu. Zwar sind der Nießbrauch und das mit seiner Bestellung zwischen dem Eigentümer und dem Nießbraucher entstehende besondere gesetzliche Schuldverhältnis einer Kündigung gemäß § 314 Abs. 1 BGB nicht zugänglich. Ist in dem der Nießbrauchsbestellung zugrunde liegenden Kausalgeschäft die Zahlung eines wiederkehrenden Entgelts vereinbart und zahlt der Nießbraucher das Entgelt nicht, kann der Eigentümer aber das Kausalverhältnis unter den weiteren Voraussetzungen des § 314 Abs. 1 BGB kündigen und den Nießbrauch kondizieren (§ 812 Abs. 1 Satz 2 BGB).

19 aa) Der Anwendung von § 314 BGB auf das Kausalverhältnis steht nicht die Rechtsprechung des Senats entgegen, wonach das der Bestellung eines dinglichen Wohnungsrechts und einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zugrunde liegende Kausalgeschäft kein Dauerschuldverhältnis und deshalb einer außerordentlichen Kündigung, auch nicht in analoger Anwendung des § 314 BGB, zugänglich ist (vgl. Senat, Urteil vom 13.11.1998, V ZR 29/98, NJW-RR 1999, 376, 377; Urteil vom 27.06.2014, V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423 Rdnr. 13; Urteil vom 11.03.2016, V ZR 208/15, NJW-RR 2017, 140 Rdnr. 7). Das Kausalverhältnis wird nicht deshalb zu einem Dauerschuldverhältnis, weil das in seiner Erfüllung bestellte dingliche Recht auf (lange) Dauer bestellt ist. Mit der Bestellung des dinglichen Rechts und – bei entgeltlicher Bestellung – der Erbringung der dafür vereinbarten Gegenleistung, ist das Kausalverhältnis erfüllt (vgl. Senat, Urteil vom 10.05.1968, V ZR 221/64, WM 1968, 775; Urteil vom 20.09.1974, V ZR 44/73, NJW 1974, 2123; Urteil vom 13.11.1998, V ZR 29/98, NJW-RR 1999, 376, 377).

20 bb) Anders liegt es indessen, wenn in dem Bestellungsvertrag – wie hier – eine Verpflichtung des Berechtigten zur Zahlung eines laufenden Entgelts vereinbart ist; in diesem Fall enthält das Kausalverhältnis Elemente eines Dauerschuldverhältnisses (vgl. Senat, Urteil vom 20.09.1974, V ZR 44/73, NJW 1974, 2123 f.; zur lebenslangen Pflegeverpflichtung als Gegenleistung für die Übertragung eines Grundstücks vgl. Senat, Urteil vom 09.07.2021, V ZR 30/20, FamRZ 2021, 1846 Rdnr. 16; zum Hofübergabevertrag vgl. BGH, Urteil vom 08.12.2015, X ZR 98/13, BGHZ 208, 154 Rdnr. 24). Mit der Begründung des dinglichen Rechts hat nur der Eigentümer seine Pflicht aus dem Kausalgeschäft vollständig erfüllt. Der Nießbraucher bleibt hingegeben bis zur Beendigung des Nießbrauchs zur Zahlung des laufenden Entgelts verpflichtet. Weil das in dem Kausalverhältnis vereinbarte Entgelt die Gegenleistung für die Bestellung des Nießbrauchs sein soll, ist dem Eigentümer bei Nichtzahlung ein Festhalten an dem Kausalverhältnis regelmäßig nicht zuzumuten. Das rechtfertigt es, bei Verletzung der Pflicht zur Erbringung der Gegenleistung die Kündigung auch nach der allgemeinen Kündigungsvorschrift für Dauerschuldverhältnisse in § 314 Abs. 1 BGB aus wichtigem Grund zuzulassen.

21 c) Bei der Verletzung von Pflichten aus einem Dauerschuldverhältnis geht die Kündigung gemäß § 314 BGB dem Rücktritt gemäß § 323 Abs. 1 BGB regelmäßig – und so auch hier – vor (vgl. BT-Drucks. 14/040, S. 177; BGH, Urteil vom 11.02.1981, VIII ZR 312/79, NJW 1981, 1264, 1265; Urteil vom 08.12.2015, X ZR 98/13, BGHZ 208, 154 Rdnr. 23 f.; vgl. auch Senat, Urteil vom 09.07.2021, V ZR 30/20, FamRZ 2021, 1846 Rdnr. 16 zu § 313 Abs. 3 BGB). Dem entspricht es, dass die Klägerin mit Schreiben vom 08.11.2016 nicht den Rücktritt, sondern die Kündigung erklärt hat.

22 2. Sollte der Beklagte das laufende Entgelt nicht gezahlt haben, hat das Berufungsgericht zu prüfen, ob dies – auch unter Berücksichtigung der Reduktion des monatlichen Entgelts auf 1 € ab September 2015 – einen wichtigen Grund im Sinne des § 314 BGB darstellt. Das bedarf einer Abwägung der Interessen der Parteien im Rahmen der Zumutbarkeit (§ 314 Abs. 1 Satz 2 BGB). Dabei ist auch von Bedeutung, ob es sich um eine unerhebliche Pflichtverletzung handelt (vgl. BeckOGK-BGB/Martens, § 314 Rdnr. 33; MünchKommBGB/Gaier, § 314 Rdnr. 18). Nach § 314 Abs. 2 BGB ist eine auf eine Verletzung vertraglicher Pflichten gestützte Kündigung aus wichtigem Grund zudem grundsätzlich erst nach Ablauf einer zur Abhilfe bestimmten Frist oder nach erfolgloser Abmahnung zulässig (zu den Einzelheiten BGH, Urteil vom 12.10.2011, VIII ZR 3/11, NJW 2012, 53 Rdnr. 17 m. w. N.).

6. Vorsorgliche Bestimmung rechtlich nicht sondereigentumsfähiger Gebäudeteile zu Sondernutzungsflächen in der Teilungserklärung

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.05.2022, 3 Wx 59/22 mitgeteilt von Prof. Dr. **Jürgen Kühnen**, Vorsitzender Richter am OLG Düsseldorf

WEG § 4 Abs. 2 Satz 2, § 7 Abs. 1 Satz 2

LEITSATZ:

Die in einer notariell beurkundeten Teilungserklärung aufgenommene Bestimmung: „Sollten die zu Sondereigentum erklärten Gebäudeteile nicht sondereigentumsfähig sein, so sind sie den jeweils zugehörigen Sondereigentumseinheiten zur Sondernutzung zugewiesen und hinsichtlich der Instandhaltungspflichten und etwaiger Betriebskosten wie Sondereigentum zu behandeln“ verstößt nicht gegen den im Grundbuchrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatz.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte ist die im Grundbuch eingetragene Eigentümerin des verfahrensgegenständlichen, mit einem Wohngebäude bebauten Grundbesitzes. Mit notarieller Urkunde vom 15.09.2021 erklärte sie die Aufteilung des Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentum. In Absatz (2) a) der Urkunde bestimmte sie, welche Räume und Bestandteile zum Sondereigentum gehören. Der Absatz schließt mit folgender Erklärung:

„Sollten die zu Sondereigentum erklärten Gebäudeteile nicht sondereigentumsfähig sein, so sind sie den jeweils zugehörigen Sondereigentumseinheiten zur Sondernutzung zugewiesen und hinsichtlich der Instandhaltungspflichten und etwaiger Betriebskosten wie Sondereigentum zu behandeln.“

2 Mit Zwischenverfügung vom 07.02.2022 wies das Grundbuchamt die Beteiligte darauf hin, dass die vorstehend wiedergegebene Vereinbarung nicht dem Bestimmtheitsgrundsatz entspreche und nicht eintragungsfähig sei. Bei Eintragung müsse feststehen, was zum Gemeinschaftseigentum und was zum Sondereigentum gehöre.

3 Hiergegen wendet sich die Beteiligte mit ihrer Eingabe vom 24.02.2022 sowie mit ihrer als Erinnerung bezeichneten Schrift vom 15.03.2022. In der Teilungserklärung sei genau definiert, was zum Sondereigentum gehöre. Wäre aber die Zuweisung (in der Regel aufgrund von Rechtsprechung) nicht möglich, sei aus Gründen der Rechtssicherheit hilfsweise geregelt, dass es sich dann wegen der Kostentragung insoweit um ein Sondernutzungsrecht handle. Für die Zulässigkeit der Regelung spreche, dass eine unzulässige Begründung von Sondereigentum auch in eine Ausweisung von Sondernutzungsrechten umgedeutet werden könne.

4 Das Grundbuchamt hat unter dem 06.04.2022 einen Nichtabhilfe- und Vorlagebeschluss erlassen. Der beanstandete Passus stelle es in das Ermessen des Grundbuchamtes, was tatsächlich zum Sondereigentum gehöre und was „nur“ Sondernutzungsrecht werden solle. Es ergebe sich gerade nicht aus dem Gesetz, ob die Gegenstände im Sondereigentum stünden; je nachdem welcher Meinung sich das Grundbuchamt anschließe, würde es durch sein Ermessen Gegenstände zum Sondereigentum deklarieren oder Sondernutzungsrechte daran begründen.

5 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Grundakten verwiesen.

6 II. Das als unbefristete Beschwerde zulässige Rechtsmittel der Beteiligten gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes vom 07.02.2022, § 18 Abs. 1 Satz 1, § 71 Abs. 1 GBO, ist begründet.

7 Das vom Grundbuchamt gesehene Eintragungshindernis besteht nicht. Die Erklärungen in Abschnitt (2) a) der Teilungserklärung vom 15.09.2021 genügen dem im Grundbuchrecht geltenden Bestimmtheitsgrundsatz.

8 Ganz allgemein formuliert besagt der Bestimmtheitsgrundsatz, dass das Grundstück, über das durch Rechtsgeschäft verfügt werden soll, sowie Berechtigter und Inhalt eines an einem Grundstück eintragungsfähigen Rechts klar und eindeutig feststehen müssen (vgl. statt aller: Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 18).

9 Für den hier in Rede stehenden Sachverhalt der Begründung von Wohnungseigentum gilt, dass die Miteigentumsanteile an dem gesamten Grundstück sowie die jeweils verbundenen Sondereigentumsrechte im Grundbuch eingetragen werden, § 7 Abs. 1 Satz 2 WEG. Die Eintragung sowohl des Gegenstandes als auch des Inhaltes des Sonder-

eigentums erfolgt regelmäßig durch Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (Hügel/Elzer, Wohnungseigentumsgesetz, 3. Aufl. 2021, § 7 Rdnr. 8). Darüber hinaus können auch Sondernutzungsrechte, bei denen es sich zwar nicht um ein dingliches Recht, sondern um eine Vereinbarung der Wohnungseigentümer (§ 10 WEG) bzw. eine einseitige Erklärung des teilenden Alleineigentümers (§ 8 WEG) handelt, im Grundbuch eingetragen werden, § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG; die Eintragung erfolgt als ausdrückliche Eintragung des Sondernutzungsrechts oder durch Bezugnahme auf die zugrunde liegende Vereinbarung der Wohnungseigentümer bzw. die Teilungserklärung (vgl. Hügel/Elzer, a. a. O., § 7 Rdnr. 17 ff.).

10 Gemäß § 4 Abs. 2 Satz 2 WEG kann Sondereigentum nicht unter einer Bedingung oder einer Befristung eingeräumt werden. Das entspricht der Rechtslage bei Übertragung des Eigentums an einem Grundstück, § 925 Abs. 2 BGB. Ausgeschlossen sind deshalb sowohl aufschiebende als auch auflösende Bedingungen (§ 158 BGB) (Hügel/Elzer, a. a. O., § 4 Rdnr. 20; vgl. für § 925 BGB: MünchKomm-BGB/Ruhwinkel, 8. Aufl. 2020, § 925 Rdnr. 30). Sinn und Zweck der gesetzlich angeordneten Bedingungsfeindlichkeit der Einräumung von Sondereigentum bzw. der Übertragung von Grundeigentum ist der Ausschluss möglicher Zweifel über die Wirksamkeit des dinglichen Rechtsaktes im Interesse der Sicherheit des Grundstückverkehrs. Zulässig sind hingegen Rechtsbedingungen, sog. *condicio iuris* (MünchKomm-BGB/Ruhwinkel, § 925 Rdnr. 31; BeckOGK-BGB/Reymann, Stand: 01.03.2022, § 158 Rdnr. 39.3). Eine Rechtsbedingung ist eine unechte Bedingung und liegt vor, wenn die Parteien eines Rechtsgeschäfts die Wirksamkeit ihrer Erklärungen davon abhängig machen, dass eine bestimmte gesetzliche Voraussetzung für das Zustandekommen oder die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts erfüllt ist. Dass die Erklärung bzw. das Geschäft (ggf. zunächst) keine Wirkungen entfaltet, beruht also nicht auf dem Willen des oder der Erklärenden, sondern auf dem Willen des Gesetzes. Der bei einer Rechtsbedingung entstehende Schwebezustand entspricht somit genau der Lage, die besteht, wenn der Erklärende bzw. die Parteien gar keine Kenntnis von dem gesetzlichen Wirksamkeitserfordernis haben und keine Rechtsbedingung vereinbaren (vgl. MünchKomm-BGB/Westermann, 9. Aufl. 2021, § 158 Rdnr. 54, BeckOGK-BGB/Reymann, § 158 Rdnr. 38 ff.).

11 Das vorausgeschickt erweisen sich die in Abschnitt (2) a) der Teilungserklärung getroffenen Bestimmungen als wirksam; die im letzten Satz des Abschnitts erklärte Zuweisung zur Sondernutzung für den Fall der fehlenden Sondereigentumsfähigkeit der zuvor bezeichneten Gebäudeteile führt nicht zur mangelnden Bestimmtheit der Teilungserklärung.

12 Die im letzten Satz des Abschnitts (2) a) der Teilungserklärung enthaltene Regelung ist eine Rechtsbedingung im vorstehend definierten Sinne. Zunächst ist in Abschnitt (2) a) bestimmt, welche Gebäudeteile zum Sondereigentum gehören sollen. Im letzten Satz ist sodann geregelt, was gelten soll, wenn die genannten Gebäudeteile nicht sondereigentumsfähig sein sollten; dann nämlich sollen sie – wenigstens – zur Sondernutzung zugewiesen sein. Das zeigt, dass

die Zuweisung von Sondereigentum davon abhängig sein soll, dass die Sondereigentumsfähigkeit der ausdrücklich genannten Gebäudeteile verneint wird. Die also nach dem Inhalt der Teilungserklärung maßgebliche Frage der Sondereigentumsfähigkeit der ausdrücklich genannten Gebäudeteile ist eine Rechtsfrage. Sie stellt sich nicht nur im hier zu entscheidenden Einzelfall, sondern immer, wenn der Eigentümer eines Grundstücks dessen Teilung erklärt und die Eintragung von Wohnungseigentum beantragt. Die Sondereigentumsfähigkeit von Gebäudeteilen richtet sich nach § 5 WEG, der die Abgrenzung von Gemeinschaft- und Sondereigentum regelt. Die Norm definiert den Begriff Sondereigentum, wobei Abs. 1 der Vorschrift positiv umschreibt, was Sondereigentum sein kann, und Abs. 2 negativ festlegt, welche Gebäudeteile auf keinen Fall sondereigentumsfähig sind. Die Regelungen sind zwingend (BeckOK-WEG/Leidner, Stand: 01.03.2022, § 5 Rdnr. 1).

13 Entscheidend für die von der Beteiligten beantragte Eintragung im Grundbuch ist also die Rechtsfrage, ob die in der Teilungserklärung in erster Linie gewollte Zuweisung der genannten Gebäudeteile zum Sondereigentum wirksam ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt nicht vom Willen der Beteiligten ab, sondern davon, ob die Voraussetzungen des § 5 Abs. 1 WEG gegeben sind. Diese – im Einzelfall möglicherweise schwierige und streitige – rechtliche Frage hat das Grundbuchamt vor der Eintragung zu prüfen; ein Ermessen steht ihm – entgegen der Argumentation im Nichtabhilfebeschluss – insofern nicht zu.

14 Der im letzten Satz des Abschnitts (2) a) der Teilungserklärung getroffenen Bestimmung, nämlich der Zuweisung der rechtlich nicht als sondereigentumsfähig zu bewertenden Gebäudeteile zur Sondernutzung, kommt also allein die Bedeutung zu, vorsorglich und hilfsweise bereits in der Teilungserklärung den Willen des teilenden Eigentümers dahin festzuhalten, dass an den fraglichen Gebäudeteilen wenigstens in rechtlicher Hinsicht ein Sondernutzungsrecht bestehen soll. Bedenken gegen die Zulässigkeit der Regelung ergeben sich auch deshalb nicht, da in der Rechtsprechung und in der überwiegenden Literatur anerkannt ist, dass die unwirksame Begründung von Sondereigentum in die Bestellung eines Sondernutzungsrechts umgedeutet werden kann, § 140 BGB (Senat, NJW-RR 1998, 515; OLG Karlsruhe, ZMR 2010, 873 ff.; BeckOK-WEG/Leidner, § 5 Rdnr. 63; BeckOKG-WEG/Monreal, Stand: 01.12.2021, § 5 Rdnr. 63). Auch die Umdeutung hat den Zweck, den von den Parteien erstrebten wirtschaftlichen Erfolg auch dann zu verwirklichen, wenn das rechtliche Mittel, das sie dafür gewählt haben, unzulässig ist, jedoch ein anderer, rechtlich gangbarer Weg zur Verfügung steht, der zum annähernd gleichen wirtschaftlichen Ergebnis führt (BGHZ 68, 204, 206). Die im Kommentar von Schöner/Stöber (a. a. O., Rdnr. 2917) angeführte Erwägung, der Eintragungsantrag und die Eintragungsbewilligung müssten klar und bestimmt sein, weshalb im Eintragungsverfahren eine Umdeutung nicht hinnehmbar sei, verfängt im hier zu beurteilenden Fall nicht. Wie ausgeführt, ist die hiesige Teilungserklärung klar und bestimmt: Gewollt ist die Begründung von Sondereigentum an allen im Abschnitt (2) a) genannten Gebäudeteilen. Die Teilungserklärung wird nicht dadurch unklar, dass

zugleich erklärt ist, welche Folgen nach dem Willen des teilenden Eigentümers daran geknüpft sein sollen, sollte die Begründung von Sondereigentum rechtlich unzulässig sein; das Gegenteil ist der Fall, denn nach dem eindeutigen Inhalt der Teilungserklärung soll dann ein Sondernutzungsrecht bestehen. Demzufolge entsteht auch für das Grundbuchamt keine Unklarheit, welche Eintragungen beantragt sind: beantragt ist, die Eintragung der in Abschnitt (2) a) genannten Gebäudeteile als Sondereigentum, hilfsweise sollen Sondernutzungsrechte eingetragen werden. Ein Fall der Umdeutung einer Erklärung ist das nicht.

15 Ist demnach die im letzten Satz von Abschnitt (2) a) der Teilungserklärung hilfsweise erklärte Begründung von Sondernutzungsrechten rechtlich nicht zu beanstanden (eine entsprechende Regelung in einer Teilungserklärung wird auch von BeckOK-WEG/Leidner, § 5 Rdnr. 63.1 vorgeschlagen), ist die angefochtene Zwischenverfügung aufzuheben und die Sache dem Grundbuchamt zur erneuten Bescheidung des Eintragungsantrages zurückzugeben.

16 III. Mit Blick auf den Erfolg des Rechtsmittels ist weder eine Kostenentscheidung des Senats, noch eine Wertfestsetzung veranlasst. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde erübrigt sich ebenfalls.

7. Keine Eintragungsfähigkeit einer Haftungsbeschränkung des Nießbrauchers auf eigenübliche Sorgfalt

OLG Nürnberg, Beschluss vom 08.11.2021, 15 W 3774/21

BGB §§ 277, 1036 Abs. 2, §§ 1045, 1047
GBO § 18

LEITSATZ:

Einer Vereinbarung, nach der der Berechtigte bei Ausübung seines Nießbrauchs nur die Sorgfalt, die er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt, schuldet, kommt keine dingliche Wirkung zu und sie kann daher nicht in das Grundbuch eingetragen werden.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten zu 1 und 2 sind als Eigentümer zu je ½ des Grundstücks (...) und verschiedener Miteigentumsanteile an den Fl. Nr. (...), (...), (...), (...) und (...) im Grundbuch des AG Schwabach von (...), Blatt (...), eingetragen. Mit Überlassungsvertrag vom 28.07.2021, URNr. (...), überließen sie diese an die Beteiligte zu 3 und bewilligten und beantragten, die Rechtsänderung in das Grundbuch einzutragen. Als Gegenleistung ist u. a. unter Ziffer III 1. des Vertrages ein Vorbehaltsnießbrauch zugunsten der Übergeber auf Lebensdauer vereinbart:

„Für den Nießbrauch gelten die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1030 ff. BGB. Hiernach sind die Berechtigten befugt, den Vertragsbesitz voll zu nutzen. Sie haben andererseits alle wiederkehrenden und in Abände-

rung der gesetzlichen Bestimmungen auch die dem Eigentümer obliegenden außergewöhnlichen privaten und öffentlichen Lasten und Abgaben sowie die außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen zu bezahlen.

Der Berechtigte schuldet bei Ausübung seines Nießbrauchs nur die Sorgfalt, die er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt.

Die Vertragsteile bewilligen und beantragen die Eintragung des vorbehaltenen Nießbrauchs in das Grundbuch an nächstoffener Rangstelle, (...).“

2 Mit Schreiben vom 05.08.2021 beantragte der Urkundsnotar den Vollzug aller in der Urkunde gestellten und noch nicht erledigten Anträge.

3 Die zuständige Rechtspflegerin des AG – Grundbuchamt – Schwabach teilte am 19.08.2021 mit, dass die Regelung hinsichtlich der Sorgfaltspflicht des Nießbrauchers nicht eintragbar sei. Der Urkundsnotar führte mit Schreiben vom 09.09.2021 unter Bezugnahme auf Kommentarliteratur aus, die genannte Vereinbarung sei möglich.

4 Mit Zwischenverfügung vom 17.09.2021 teilte das AG – Grundbuchamt – Schwabach mit, dass der Eintragung ein Hindernis entgegenstehe. Gemäß § 1041 Satz 1 BGB habe der Nießbraucher für die Erhaltung der ihm überlassenen Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen. Nach § 1036 Abs. 2 BGB obliege ihm die Pflicht, bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu verfahren. Nach einheitlicher Ansicht sei diese Bestimmung nicht mit dinglicher Wirkung abdingbar. Überdies wäre der genaue Inhalt des dinglichen Nutzungsrechtes nur durch tatsächliche Ermittlungen feststellbar. Die Eintragungsfähigkeit einer Haftungsbeschränkung des Nießbrauchers auf Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten sei daher abzulehnen. Zur Behebung des Hindernisses könne bis 17.10.2021 eine Erklärung der Beteiligten in der Form des § 29 GBO vorgelegt werden, mit der der Bewilligungsinhalt entsprechend geändert werde.

5 Hiergegen legte der Urkundsnotar im Namen der Beteiligten Beschwerde ein. § 1036 Abs. 2 BGB sei zwar nicht mit dinglicher Wirkung abdingbar, aber die Haftung des Nießbrauchers könne auf die Sorgfalt nach § 277 BGB begrenzt werden. Im Hinblick auf die Subjektivität der wirtschaftlichen Zweckbestimmung könnten die Pflichten des Nießbrauchers modifiziert werden. Dadurch werde der Wesenskern des Nießbrauchs nicht berührt. Dies diene auch dem Ziel der Streitvermeidung.

6 Das AG – Grundbuchamt – Schwabach half der Beschwerde unter Bezugnahme auf die Gründe in der Entscheidung vom 17.09.2021 mit Beschluss vom 13.10.2021 nicht ab.

7 II. Das gegen die Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO gerichtete Rechtsmittel ist als unbeschränkte Beschwerde (§ 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1 GBO) statthaft und auch im Übrigen zulässig, § 73 GBO.



8 Die Beschwerde hat aber in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Grundbuchamt die Vorlage einer Ergänzungserklärung gefordert, mit der der Bewilligungsinhalt im Hinblick auf Ziffer III. 1. des notariellen Vertrages vom 28.07.2021 geändert wird. Der Erlass einer Zwischenverfügung zur Einschränkung des Eintragungsantrags hinsichtlich einer nicht eintragungsfähigen Nebenbestimmung war zulässig (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 18 Rdnr. 27). In der Sache ist sie auch berechtigt, da die in Ziffer III. 1. des Vertrages enthaltene Regelung, dass der Berechtigte bei Ausübung seines Nießbrauchs nur die Sorgfalt, die er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt, schuldet, nicht mit dinglicher Wirkung in das Grundbuch eingetragen werden kann.

9 Da die Pflicht zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung neben der Pflicht zur Substanzerhaltung zu den Kernregelungen des Nießbrauchs zählt, kann § 1036 Abs. 2 BGB aufgrund des Typenzwangs des Sachenrechts grundsätzlich nicht vollständig mit dinglicher Wirkung abbedungen werden (KG Berlin, Beschluss vom 11.04.2006, 1 W 609/03; *Staudinger/Heinze*, Neub. 2017, § 1036 Rdnr. 18; *MünchKomm-BGB/Pohlmann*, 8. Aufl. 2020, § 1036 Rdnr. 17; *BeckOK-BGB/Reischl*, Stand: 01.05.2021, § 1036 Rdnr. 12; *BeckOGK-BGB/Servatius*, Stand: 01.11.2019, § 1036 Rdnr. 42).

10 Teile der Literatur räumen dem Nießbraucher aber bestimmte Gestaltungsmöglichkeiten mit dinglicher Wirkung ein. So wird es im Hinblick auf die Subjektivität der wirtschaftlichen Zweckbestimmung für zulässig erachtet, dass die Pflichten des Nießbrauchers zumindest präzisiert oder – zum Beispiel durch eine Begrenzung der Haftung des Nießbrauchers auf die eigenübliche Sorgfalt nach § 277 BGB – modifiziert werden können. Eine solche Abrede überschreite die für die Zulässigkeit dinglicher Änderungen maßgebliche Grenze zwischen Eigentum und Nießbrauch noch nicht dahin gehend, dass der Wesenskern des Nießbrauchs berührt sei. Wie auch in der Beschwerdebegründung wird überdies das Ziel der Streitvermeidung für die dingliche Wirkung angeführt (*Palandt/Herrler*, 80. Aufl. 2021, § 1036 Rdnr. 2; *Staudinger/Heinze*, a. a. O. Rdnr. 18; *BeckOK-BGB/Reischl*, a. a. O.; *Trömer*, RNotZ 2016, 421, 430).

11 Es kann dahinstehen, ob eine Präzisierung der Pflichten des Nießbrauchers mit dinglicher Wirkung möglich ist. Jedenfalls kann einer Vereinbarung, wie hier, dass der Nießbraucher für die Erfüllung seiner Pflichten nur gemäß § 277 BGB einzustehen hat, nicht mit dinglicher Wirkung zugunsten und zulasten Dritter in das Grundbuch eingetragen werden. Der Senat schließt sich insoweit der Meinung des OLG Frankfurt a. M. (Beschluss vom 14.01.2014, 20 W 349/13) und des KG (Beschluss vom 11.04.2006, 1 W 609/03) an, dass die Haftung des Nießbrauchers aufgrund des sachenrechtlichen Typenzwangs nicht mit dinglicher Wirkung auf die eigenübliche Sorgfalt beschränkt werden kann.

12 Die Pflicht des Nießbrauchers zur ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung nach § 1036 Abs. 2 BGB bildet einen unverzichtbaren Bestandteil des Nießbrauchs (*BayObLG*, Beschluss vom 29.03.1977, BReg. 2 Z 25/76). Die Regeln der ordnungsgemäßen Wirtschaft geben dem Nießbraucher

den Handlungsrahmen vor, an den er sich bei der Nutzung der Sache im Rahmen ihrer Zweckbestimmung zu halten hat. Die Nutzung und Bewirtschaftung des Nießbrauchers sollen so erfolgen, als wäre er der Eigentümer. Es gilt grundsätzlich ein objektiver Maßstab (*Staudinger/Heinze*, a. a. O. Rdnr. 16). Dem würde aber ein Haftungsmaßstab nach § 277 BGB widersprechen, bei dem nicht der objektive, typisierte, sondern ein subjektiver, auf die persönlichen Gepflogenheiten des Betreffenden abstellender Fahrlässigkeitsmaßstab gilt (*Staudinger/Caspers*, Neub. 2019, § 277 Rdnr. 1).

13 Der Haftungsmaßstab des § 277 BGB würde daher dazu führen, dass objektiv gebotene Bewirtschaftungsmaßnahmen je nach der empirisch ermittelten, subjektiven Sorgfalt des Nießbrauchers nicht geschuldet sind, denn § 277 BGB ändert schon den Pflichtenkreis. Entscheidend sind die individuellen, persönlichen Eigenarten des jeweiligen Schuldners, einschließlich eines bei ihm üblichen „Schlendrians“, soweit er nicht schon grob fahrlässig ist (*MünchKomm-BGB/Grundmann*, 8. Aufl. 2019, § 277 Rdnr. 3; *Caspers*, a. a. O.). Es ist mit dem sachenrechtlichen Grundsatz der Typenfixierung nicht vereinbar, den dinglichen Pflichtenumfang des Nießbrauchers von seiner – veränderlichen – persönlichen Sorgfalt abhängig zu machen. Der genaue Inhalt des dinglichen Nutzungsrechts wäre dann nur durch tatsächliche Ermittlungen feststellbar (OLG Frankfurt a. M., a. a. O., juris Rdnr. 15; *Pohlmann*, a. a. O., § 1036 Rdnr. 17; *Staudinger/Caspers*, a. a. O., Rdnr. 5; *Meikel/Grziwotz*, GBO, 12. Aufl., Einl B Rdnr. 551; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 1375).

14 Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass dem Nießbraucher eine Reihe von Pflichten mit dinglicher Wirkung erlassen werden können, die grundsätzlich zu den Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft gehören, wie die Versicherungspflicht nach § 1045 BGB und die Pflicht zur Lastentragung nach § 1047 BGB (allgemeine Meinung, siehe *Servatius*, a. a. O., § 1045 Rdnr. 7 und § 1047 Rdnr. 5 m. w. N.). Denn der Umfang dieser Pflichten ist objektiv bestimmbar und richtet sich nicht nach den persönlichen Umständen des Nießbrauchers. Für einen Grundstückserwerber soll sich aber im Fall des Nießbrauchs wie auch bei anderen Belastungen soweit als möglich aus dem Grundbuch und der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung der Inhalt des sein Eigentum beschränkenden Rechts direkt ergeben, ohne dass tatsächliche Ermittlungen erforderlich wären wie im Fall eines Haftungsmaßstabs nach § 277 BGB (OLG Frankfurt a. M., a. a. O.).

(...)

Bürgerliches Recht

FAMILIENRECHT

8. Prüfungskompetenz des Grundbuchamts hinsichtlich des Erfordernisses der Zustimmung nach § 1365 BGB bei der Bestellung von Finanzierungsgrundpfandrechten

KG, Beschluss vom 01.03.2022, 1 W 471/21, mitgeteilt von Ronny Müller, Richter am KG

BGB §§ 182, 1364, 1365

GBO §§ 13, 19, 29

PStG §§ 54, 55

LEITSÄTZE:

1. **Verpflichtet sich ein im gesetzlichen Güterstand lebender Ehegatte im Rahmen der Veräußerung eines sein wesentliches Vermögen bildendes Wohnungserbbaurechts bei der Finanzierung des Kaufpreises durch den Käufer zulasten des Kaufgegenstandes mitzuwirken, kann die Zustimmung des anderen Ehegatten zu dem Vertrag auch die von dem Erwerber unter Ausnutzung einer Belastungsvollmacht im Namen des Veräußerers erklärte Bewilligung der Eintragung einer Grundschuld erfassen.**
2. **Der – aktuelle – Bestand der Ehe muss dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen werden, wenn sich die Eheschließung aus einer dem Grundbuchverfahren genügenden – älteren – Eheurkunde ergibt und nicht ersichtlich ist, dass der veräußernde Ehegatte mit einer anderen als der dort aufgeführten, die Zustimmung erklärenden Person verheiratet sein könnte.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 1. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und hat auch in der Sache Erfolg. Die von dem Grundbuchamt aufgezeigten Eintragungshindernisse bestehen nicht, sodass die angefochtene Zwischenverfügung nicht veranlasst war, vgl. § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO.

2 2. Die Eintragung einer Grundschuld im Grundbuch erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, wenn sie der Grundstückseigentümer bewilligt, § 19 GBO. Er muss die Bewilligung nicht selbst abgeben, vielmehr kann die Erklärung auch durch einen Vertreter erfolgen. In diesem Fall ist dem Grundbuchamt auch dessen Vertretungsmacht nachzuweisen. Soweit die Wirksamkeit materiellrechtlicher Erklärungen eines Vertreters von der Zustimmung eines Dritten abhängt, wird dadurch auch die Vertretungsmacht zur Abgabe der verfahrensrechtlichen Eintragungsbewilligung beschränkt. Dem Grundbuchamt ist dann auch die Zustimmung des Dritten nachzuweisen (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 19 Rdnr. 63).

3 a) Ein im gesetzlichen Güterstand lebender Ehegatte ist grundsätzlich befugt, über seinem Vermögen zugehörige Gegenstände frei zu verfügen, § 1364 BGB (Grüneberg/*Siede*, 81. Aufl., § 1364 Rdnr. 2). Nur bei Verfügungen über sein

Vermögen im Ganzen bedarf er der Einwilligung des anderen Ehegatten, § 1365 Abs. 1 BGB. Eine solche Verfügung kann auch bei einer Verfügung über ein einzelnes Grundstück – oder wie hier Wohnungseigentumsrecht – vorliegen, wenn dieses tatsächlich das ganze oder nahezu das ganze Vermögen des Ehegatten bildet (BGH, MDR 2013, 701). Wird mit der Belastung durch ein Grundpfandrecht der Wert des Grundstücks ausgeschöpft, kann diese Verfügung dem Zustimmungserfordernis unterfallen (BGH, FamRZ 2012, 116, 117).

4 Da das Zustimmungserfordernis eine Ausnahme von der freien Verfügungsbefugnis des Ehegatten, § 1364 BGB, darstellt, kann das Grundbuchamt grundsätzlich davon ausgehen, dass ein Rechtsgeschäft über ein Grundstück auch bei im gesetzlichen Güterstand lebenden Eheleuten keine Verfügung über das Vermögen im Ganzen darstellt. Das Grundbuchamt ist nur dann zu einer Beanstandung berechtigt und verpflichtet, wenn es von dem Vorliegen der Voraussetzungen des § 1365 Abs. 1 BGB Kenntnis hat oder wenn aus den Eintragungsunterlagen oder aufgrund bekannter bzw. nach der Lebenserfahrung naheliegender Umstände begründeter Anlass zu einer solchen Annahme besteht (BGH, MDR 2013, 701). Dem Grundbuchamt ist dann die Einwilligung des Ehegatten und die Ehe zwischen ihm und dem Grundstückseigentümer in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachzuweisen.

5 b) Vor diesem Hintergrund ist die angefochtene Zwischenverfügung im Ausgang nicht zu beanstanden. Die Beteiligte zu 1 hat im Rahmen der Beurkundung vom 07.10.2021 – UR-Nr. B 1 xx/2(...) des Notars C(...) A. B(...) in B(...) – ausdrücklich erklärt, mit dem Vertrag über ihr ganzes oder überwiegendes Vermögen im Sinne von § 1365 BGB zu verfügen und mit Herrn S(...) K(...) im gesetzlichen Güterstand verheiratet zu sein.

6 Unter Hinzurechnung von 12 v. H. jährlicher Zinsen für nur zwei Jahre (= 2 x 49.800 €) zu dem Nominalbetrag der zur Eintragung beantragten Grundschuld (415.000 €) wird der mit dem Kaufpreis für das Wohnungseigentum (499.000 €) zu veranschlagende Verkehrswert, § 46 Abs. 1 GNotKG, überschritten.

7 aa) Die danach zur Veräußerung des Wohnungseigentums erforderliche Zustimmung hat der Ehemann der Beteiligten zu 1 hingegen am 07.10.2021 – UR-Nr. B 1 xx/2(...) des Notars C(...) B. B(...) in B(...) – erklärt. Diese Erklärung umfasste auch die in Punkt 13.1 von der Beteiligten zu 1 übernommene Verpflichtung, „an der Finanzierung des Kaufpreises durch den Käufer zulasten des Kaufgegenstandes mitzuwirken“. Entgegen dem Grundbuchamt bedurfte es danach bei der Bestellung der Finanzierungsgrundschuld unter Ausnutzung der erteilten Vollmacht durch die Beteiligte zu 2 nicht der erneuten Zustimmung des Ehemanns der Beteiligten zu 1.

8 Dabei ist dem Grundbuchamt zuzugeben, dass dies anders wäre, wenn nicht die Zustimmung des Ehegatten, sondern die Genehmigung des Familien- bzw. Betreuungsgerichts gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 1, § 1908 i Abs. 1 Satz 1 BGB nachzuweisen wäre. Es entspricht der herrschenden, von dem Senat geteilten Meinung, dass durch die familien- oder

betreuungsgerichtliche Genehmigung eines Kaufvertrags über ein Grundstück die Genehmigungsbedürftigkeit des nachfolgenden dinglichen Geschäfts der Grundpfandrechtsbestellung nicht entfällt (OLG Hamm, FGPrax 2014, 11, 12; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.06.2011, 20 W 251/11, juris; OLG Zweibrücken, DNotZ 2005, 634, 635; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 3688). Das beruht auf der Annahme, dass der Kreis der nach §§ 1821, 1822 BGB genehmigungsbedürftigen Geschäfte im Interesse der Rechtssicherheit an einer klaren Abgrenzung rein formal und damit eindeutig zu bestimmen ist, sodass bei der Anwendung der genannten Vorschriften grundsätzlich kein Raum für eine wertende, an der wirtschaftlichen oder sonstigen Bedeutung des in Frage stehenden Geschäfts orientierten Betrachtungsweise bleibt. Es verbietet sich daher, eine nach dem klaren Wortlaut des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftige Verfügung allein deshalb für genehmigungsfrei zu halten, weil dieselben Interessen des Vertretenen bereits durch ein anderes Rechtsgeschäft berührt und im Rahmen der dafür erteilten gerichtlichen Genehmigung ausreichend gewahrt wurden, sodass für die Genehmigung der formal unter § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB fallenden Verfügung kein Bedürfnis mehr bestehe (Senat, Beschluss vom 17.11.1992, 1 W 4462/92, OLGZ 1993, 266, 267).

9 Eine solche formale Betrachtung ist bei Verfügungen eines im gesetzlichen Güterstand lebenden Ehegatten jedenfalls dann nicht geboten, wenn es wie hier im Rahmen der Veräußerung eines Grundstücks um dessen Belastung mit einem der Sicherung der Kaufpreisfinanzierung dienenden Grundpfandrecht geht. Diese Belastung ist so eng mit der Veräußerung des Grundstücks verbunden, dass es gerechtfertigt erscheint, sie lediglich als „Veräußerungsmodalität“ anzusehen, ähnlich der Erwerbsmodalitäten, wenn der Ehegatte bei dem Erwerb eines Grundstücks zur Sicherung des Restkaufpreises ein Grundpfandrecht bestellt (vgl. Staudinger/*Thiele*, Neub. 2017, § 1365 Rdnr. 56). Der Belastung des Eigentums kommt hier im Ergebnis nur eine im Verhältnis zu seiner letztlich angestrebten Übertragung geringe, untergeordnete Bedeutung zu (vgl. *Bernauer*, DNotZ 2019, 12, 22). Im Hinblick auf die regelmäßig, so auch hier, getroffenen Sicherungsabreden zwischen den Kaufvertragsparteien ist mit der Eintragung dieses Grundpfandrechts auch keine die Zwecke des § 1365 BGB (hierzu BGH, NJW 2007, 3124, 3126) gefährdende Belastung des Vermögens des Ehegatten verbunden. Die Grundschuldgläubigerin darf die Grundschuld nur wegen der Beträge verwerten, die sie tatsächlich mit Tilgungswirkung auf die Kaufpreisschuld des Erwerbers geleistet hat (Beck'sches Notar-Handbuch/*Everts*, 7. Aufl., § 1 Grundstückskauf Rdnr. 274), sodass zuvor entsprechende Zahlungen bei dem Verkäufer eingegangen sein müssen.

10 Darüber hinaus ist zutreffend darauf hingewiesen worden, dass sich auch die gerichtlichen Genehmigungen ihrer verfahrensrechtlichen Form nach so grundlegend von der Zustimmung des anderen Ehegatten nach § 1365 Abs. 1 BGB unterscheiden, dass bei letzteren eine rein formale Betrachtung zu kurz greift (*Bernauer*, a. a. O., 23).

11 bb) Entgegen der angefochtenen Zwischenverfügung bedarf es vorliegend keines „aktuellen“ Ehenachweises. Die Eheschließung der Beteiligten zu 1 mit Herrn S(...) K(...) ist mit der bei den Akten befindlichen Eheurkunde (eine „Heiratsurkunde“ gibt es nicht und kann folglich von keinem Standesamt ausgestellt werden, § 55 Abs. 1 Nr. 2 PStG) bewiesen, § 54 Abs. 1 und 2, § 55 Abs. 1 Nr. 2 PStG. Sie lag dem Grundbuchamt am 22.09.2021 im Original vor und genügte damit der im Grundbuchverfahren erforderlichen Form, § 29 Abs. 3 GBO.

12 Hingegen ist es zutreffend, dass die am Tag der Eheschließung ausgestellte Eheurkunde über den derzeitigen Bestand der Ehe keine Aussage trifft. Das ist hier allerdings unschädlich. Es ist kein Anhaltspunkt ersichtlich, dass die Beteiligte zu 1 mit einer anderen Person als mit Herrn K(...) verheiratet sein könnte. Er hat aber nach den obigen Ausführungen die nach § 1365 Abs. 1 BGB erforderlichen Erklärungen – auch hinsichtlich der hier beantragten Eintragung einer Grundschuld im Grundbuch – abgegeben. Hätte die Ehe im Zeitpunkt der Beurkundung vom 07.10.2021 bereits nicht mehr bestanden, wäre die Zustimmung des Herrn K(...) nicht erforderlich gewesen. Seine Erklärung ginge dann ins Leere.

13 Dem steht die Entscheidung des Senats vom 20.05.2014 (1 W 234–235/14, DNotZ 2014, 698) nicht entgegen. Die beiden Sachverhalte unterscheiden sich grundlegend. Dort hatten die Beteiligten schon keine Eheurkunde vorgelegt, sodass nicht einmal die Eheschließung nachgewiesen war. Zudem war die bestehende Ehe Voraussetzung des Vollzugs der Eigentumsumschreibung, weil nur dann die in der Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümer vorgesehene Ausnahme von dem Zustimmungserfordernis nach § 12 WEG überhaupt erfüllt war.

Bürgerliches Recht

ERBRECHT

9. Kein Ausschlagungsrecht des Nachlasspflegers

BGH, Beschluss vom 16.03.2022, IV ZB 27/21 (Vorinstanz: OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29.09.2021, 5 W 39/21)

BGB §§ 1952, 1960

LEITSATZ:

Der Nachlasspfleger ist nicht berechtigt, mit Wirkung für die unbekannt Erben eine in den Nachlass des Erblassers gefallene weitere Erbschaft auszuschlagen. Das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft ist ein allein dem Erben bzw. seinen Rechtsnachfolgern, den Erbeserben, persönlich zustehendes Recht.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 2 begehrt als Nachlasspfleger für die unbekannt Erben der am 25.02.2021 verstorbenen Erb-

lasserin die nachlassgerichtliche Genehmigung zur Ausschlagung einer der Erblasserin angefallenen Erbschaft. Die unter Betreuung stehende Erblasserin war gesetzliche (Mit-)Erbin ihres am 07.11.2020 vorverstorbenen Ehemannes. Mit notarieller Urkunde vom 04.02.2021 erklärte die für die Erblasserin eingesetzte Betreuerin die Ausschlagung der Erbschaft sowie die vorsorgliche Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist gegenüber dem Nachlassgericht und beantragte die Genehmigung der Ausschlagungserklärung durch das Betreuungsgericht. Infolge des Todes der Erblasserin wurde über diesen Antrag nicht mehr entschieden. Das Nachlassgericht bestellte sodann den Beteiligten zu 2 mit Beschluss vom 09.03.2021 zum Nachlasspfleger für die unbekannt Erben der Erblasserin mit den Aufgabenkreisen Ermittlung der Erben sowie Sicherung und Verwaltung des Nachlasses. Mit notarieller Urkunde vom 25.03.2021 schlug der Beteiligte zu 2 für die unbekannt Erben der Erblasserin die Erbschaft nach dem Ehemann aus und focht vorsorglich eine etwaige Versäumung der Ausschlagungsfrist wegen Irrtums an. Ferner beantragte er die nachlassgerichtliche Genehmigung der Ausschlagungserklärung. Der vom Nachlassgericht zur Vertretung der unbekannt Erben in dem streitgegenständlichen Genehmigungsverfahren zum Verfahrenspfleger bestellte Beteiligte zu 1 trat dem Antrag unter Hinweis auf die Höchstpersönlichkeit des Ausschlagungsrechts entgegen.

2 Mit Beschluss vom 27.05.2021 erteilte das Nachlassgericht die beantragte Genehmigung. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1 hob das OLG diesen Beschluss auf und wies den Antrag des Beteiligten zu 2 auf Genehmigung der Ausschlagungserklärung zurück. Hiergegen richtet sich die vom OLG zugelassene Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 2, mit der er seinen Antrag auf Genehmigung der Ausschlagungserklärung weiterverfolgt.

3 II. Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

4 1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, der von dem Beteiligten zu 2 erklärten Ausschlagung der Erbschaft nach dem vorverstorbenen Ehemann der Erblasserin sei die beantragte Genehmigung durch das Nachlassgericht zu versagen. Die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft obliege auch wegen ihres höchstpersönlichen Charakters nicht dem Nachlasspfleger, sondern sei an die Person des (Erbes-)Erben gebunden. Die Ausschlagung einer dem Erblasser kurz vor seinem Tod angefallenen überschuldeten Erbschaft, die dieser selbst weder angenommen noch ausgeschlagen habe, gehöre nicht zu den Befugnissen eines Nachlasspflegers. Sie könne insbesondere nicht aus einem Sicherheitsbedürfnis in Bezug auf den Nachlass abgeleitet werden. Ein Rechtsverlust des unbekannt (Erbes-)Erben durch Zeitablauf sei mit Blick auf die gesetzliche Bestimmung des § 1952 Abs. 2 BGB nicht zu befürchten. Eine Ausschlagungsbefugnis des Nachlasspflegers sei auch nicht mit dem Schutz des ihm anvertrauten Nachlasses vor dem Zugriff von Gläubigern des überschuldeten Unternachlasses zu rechtfertigen. Dem könne der Nachlasspfleger wirksam dadurch begegnen, dass er die Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses gemäß §§ 1990,

1991 BGB erhebe bzw. prozessual auf den Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung gemäß § 780 Abs. 1 ZPO hinwirke. Vor allem sei maßgeblich, dass es sich bei der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft nicht um eine nach rein wirtschaftlichen Kriterien zu treffende Entscheidung handle, sondern um eine an die Person des Erben gebundene Entscheidung höchstpersönlicher Natur.

5 2. Das hält der rechtlichen Überprüfung stand.

6 Das Beschwerdegericht hat zu Recht angenommen, dass der von dem Beteiligten zu 2 als Nachlasspfleger für die unbekannt Erben der Erblasserin erklärten Ausschlagung der Erbschaft nach ihrem vorverstorbenen Ehemann die beantragte Genehmigung durch das Nachlassgericht zu versagen ist.

7 a) Gemäß § 1960 Abs. 1 BGB hat das Nachlassgericht bis zur Annahme der Erbschaft für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen, soweit ein Bedürfnis besteht. Das Gleiche gilt, wenn der Erbe unbekannt ist oder wenn ungewiss ist, ob er die Erbschaft angenommen hat. Der von dem Nachlassgericht gemäß § 1960 Abs. 2 BGB zu bestellende Nachlasspfleger ist gesetzlicher Vertreter des Erben. In dieser Eigenschaft und nicht etwa als Vertreter des Nachlasses bzw. treuhänderische Amtsperson hat er seiner Hauptaufgabe, der Sicherung und Erhaltung des Nachlasses, für den wirklichen Erben nachzukommen mit nach außen grundsätzlich unbeschränkter Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis (Senatsurteil vom 08.12.2004, IV ZR 199/03, BGHZ 161, 281, juris Rdnr. 17). In diesem Zusammenhang hat der Nachlasspfleger den Nachlass zu erhalten, zu verwalten und die Vermögensinteressen der noch festzustellenden Erben wahrzunehmen. Maßgebend hierfür ist nach objektiven Kriterien vor allem das wirtschaftlich und finanziell Vernünftige (OLG Hamm, NLPrax 2019, 33 unter II., juris Rdnr. 10). Demgegenüber gehört es nicht zu den Aufgaben des Nachlasspflegers, darüber zu entscheiden, wem der zu sichernde Nachlass endgültig zufällt (vgl. MünchKommBGB/Leipold, 8. Aufl., § 1960 Rdnr. 70).

8 Der Nachlasspfleger ist insbesondere nicht berechtigt, die Erbschaft für die unbekannt Erben anzunehmen oder auszuschlagen (vgl. Motive V S. 550 f.; MünchKomm-BGB/Leipold, a. a. O.; Grüneberg/Weidlich, 81. Aufl., § 1945 Rdnr. 2; Staudinger/Mesina, Neub. 2017, § 1960 Rdnr. 48; Kroiß/Ann/Mayer/Ivo, BGB Erbrecht, 6. Aufl., § 1945 Rdnr. 12; BeckOGK-BGB/Heinemann, Stand: 01.12.2021, § 1960 Rdnr. 100; Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft, 5. Aufl., Rdnr. 386). Dass der Nachlasspfleger als Vertreter der unbekannt Erben nicht deren Erbenstellung durch Annahme oder Ausschlagung beeinflussen darf, kommt auch unmittelbar im Wortlaut von § 1960 BGB zum Ausdruck, wonach das Nachlassgericht, soweit ein Bedürfnis besteht, „bis zur Annahme der Erbschaft“ die erforderlichen Maßnahmen zur Sicherung des Nachlasses zu treffen hat und für denjenigen, welcher Erbe wird, einen Pfleger (Nachlasspfleger) bestellen kann.

9 b) Unterschiedlich beurteilt wird demgegenüber die hier maßgebliche Frage, ob der Nachlasspfleger berechtigt ist, für die unbekannt Erben eine dem Erblasser noch vor

seinem Tod angefallene – unter Umständen überschuldete – Erbschaft (sog. Unternachlass), die dieser selbst weder angenommen noch ausgeschlagen hat, auszuschlagen.

10 aa) Eine Auffassung hält den Nachlasspfleger für berechtigt, diesen sog. Unternachlass auszuschlagen (vgl. etwa Staudinger/*Mesina*, § 1960 Rdnr. 48; Kroiß/Ann/Mayer/*Krug*, BGB Erbrecht, § 1960 Rdnr. 80; *Muscheler*, Erbrecht II, Rdnr. 3097 Fn. 459; *Zimmermann*, Die Nachlasspflegschaft, Rdnr. 387 f.; *Jochum/Pohl*, Nachlasspflegschaft, 5. Aufl., Rdnr. 556; eine derartige Befugnis des Nachlasspflegers wohl stillschweigend voraussetzend ferner OLG Schleswig, ZErB 2012, 187 unter 2., juris Rdnr. 30; unklar Firsching/*Graf/Krätzschel*, Nachlassrecht, 11. Aufl., § 41 Rdnr. 85). Erforderlich sei in einem derartigen Fall lediglich gemäß § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1822 Nr. 2 BGB eine Genehmigung durch das Nachlassgericht. Die Gegenauffassung lehnt demgegenüber eine Ausschlagungsbefugnis seitens des Nachlasspflegers ab (vgl. MünchKomm-BGB/*Leipold*, § 1960 Rdnr. 70; Soergel/*Naczinsky*, BGB, 14. Aufl., § 1960 Rdnr. 38; BeckOGK-BGB/*Heinemann*, § 1952 Rdnr. 10; anders, aber *ders.*, § 1960 Rdnr. 100; jurisPK-BGB/*Hönninger*, 9. Aufl. § 1960 Rdnr. 34; *Kipp/Coing*, Erbrecht, 14. Aufl., § 89 III. 1.; *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 6. Aufl., § 1 Rdnr. 169).

11 bb) Die letztgenannte Ansicht trifft zu. Der Nachlasspfleger ist nicht berechtigt, mit Wirkung für die unbekannteten Erben eine in den Nachlass des Erblassers gefallene weitere Erbschaft auszuschlagen. Das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft ist ein allein dem Erben bzw. seinen Rechtsnachfolgern, den Erbeserben, persönlich zustehendes Recht. Dies ergibt sich bereits aus § 1952 BGB. Gemäß § 1952 Abs. 1 BGB ist das Recht des Erben, die Erbschaft auszuschlagen, vererblich. Stirbt – wie hier – der Erbe vor dem Ablauf der Ausschlagungsfrist, so endet die Frist nicht vor dem Ablauf der für die Erbschaft des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist (§ 1952 Abs. 2 BGB). Die Ausschlagungsfrist des Erbeserben für den Unternachlass endet mithin, selbst wenn sie für den verstorbenen Erben – wie hier – bereits zu laufen begonnen hatte, frühestens mit dem Ende der Ausschlagungsfrist hinsichtlich des Hauptnachlasses (vgl. BeckOGK-BGB/*Heinemann*, § 1952 Rdnr. 25). Schon wegen dieses nicht drohenden Rechtsverlustes für den unbekannteten Erbeserben besteht mithin – wie das Beschwerdegericht zu Recht ausführt – kein Sicherheitsbedürfnis, welches es rechtfertigen könnte, dass der Nachlasspfleger die allein dem Erben bzw. dem Erbeserben vorbehaltene Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft an sich ziehen müsste. Vielmehr bestünde im Gegenteil die Gefahr, dass der Nachlasspfleger durch ein von ihm selbst ausgeübtes Ausschlagungsrecht das den Erbeserben in § 1952 Abs. 1 und 2 BGB vorbehaltene persönliche Ausschlagungsrecht unterlaufen könnte.

12 Es ist auch der Sache nach nicht gerechtfertigt, danach zu differenzieren, ob es sich um die Ausschlagung der Erbschaft nach dem Erblasser oder um eine solche einer in den Nachlass des Erblassers gefallenen Erbschaft eines Dritten handelt. In beiden Fällen ist es eine persönliche Entschei-

dung des Erben bzw. Erbeserben, ob er die Erbschaft annimmt oder ausschlägt. Zu Recht weist das Beschwerdegericht in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft vom Erben bzw. Erbeserben nicht immer nur nach rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten getroffen werden wird, sondern hierfür auch persönliche Überlegungen, etwa ein besonderes Näheverhältnis zum Erblasser oder der Ruf und das Ansehen der Beteiligten, eine Rolle spielen können. Das kann entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch in Fallbeispielen wie den hier vorliegenden und bei zunächst unbekannteten Erben in Betracht kommen.

13 Dem steht auch der Wortlaut des § 1915 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1822 Nr. 2 BGB nicht entgegen. Auf die Pflegschaft finden die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften nur entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Letzteres ist hier – wie oben gezeigt – der Fall. Entsprechend ist in anderen Fallgestaltungen ebenfalls anerkannt, dass ein Ausschlagungsrecht nur persönlich durch den Erben ausgeübt werden kann. So ist etwa der Testamentsvollstrecker nicht zur Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft befugt (vgl. Senatsurteil vom 05.11.2014, IV ZR 104/14, ZEV 2015, 107 Rdnr. 9; Staudinger/*Dutta*, Neub. 2021, § 2205 Rdnr. 27). Gemäß § 83 Abs. 1 InsO steht die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft wegen ihrer höchstpersönlichen Natur ausschließlich dem Schuldner im Insolvenzverfahren zu (vgl. BGH, Urteil vom 20.12.2012, IX ZR 56/12, ErbR 2013, 148 Rdnr. 11; Beschluss vom 10.03.2011, IX ZB 168/09, ZEV 2011, 327 Rdnr. 6). Warum dies beim Nachlasspfleger anders sein sollte, ist nicht ersichtlich.

14 Auch zum Schutz des Nachlasses vor dem Zugriff durch Gläubiger des (überschuldeten) Unternachlasses ist eine Ausschlagung durch den Nachlasspfleger nicht erforderlich. Zu Recht geht das Beschwerdegericht davon aus, ein Nachlasspfleger könne den Nachlass gegen den Zugriff von Gläubigern dadurch schützen, dass er die Einrede der Dürftigkeit gemäß §§ 1990, 1991 BGB erhebt oder sich auf den Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung gemäß § 780 Abs. 1 ZPO beruft (vgl. Staudinger/*Dobler*, Neub. 2020, § 1990 Rdnr. 44; MünchKomm-BGB/*Küpper*, § 1990 Rdnr. 10; ferner auch BeckOGK-BGB/*Heinemann*, § 1960 Rdnr. 134). Demgegenüber kann es entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht darauf ankommen, ob der Aufwand für den Nachlasspfleger, sich im Einzelfall gegen Forderungen von Nachlassgläubigern zur Wehr zu setzen, größer ist als eine Ausschlagung der Erbschaft. Sollten durch diese Tätigkeit des Nachlasspflegers höhere Kosten als durch eine Erbschaftsausschlagung entstehen, sind diese vom Nachlass zu tragen. Allein die mögliche Gefahr einer höheren Kostenbelastung vermag eine Befugnis des Nachlasspflegers zur Vornahme einer Ausschlagung anstelle des Erben bzw. Erbeserben nicht zu begründen.

15 Auch ein Vergleich zwischen der Betreuung und der Nachlasspflegschaft rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Ist der Erbe – wie hier die Erblasserin – nicht oder nur beschränkt geschäftsfähig und ist insoweit Betreuung angeordnet, so vertritt der Betreuer gemäß § 1902 BGB den Be-

treuten gerichtlich und außergerichtlich und ist in diesem Zusammenhang auch zur Ausschlagung berechtigt (vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, § 1945 Rdnr. 38). Der Betreuer nimmt insoweit als gesetzlicher Vertreter das höchstpersönliche Recht des Erben auf Erbschaftsausschlagung in Anspruch. Damit ist die Rechtsstellung des Nachlasspflegers, der allein für die unbekannteten Erben tätig wird, denen ihr Recht auf Ausschlagung erhalten bleiben soll, nicht zu vergleichen. Ob – wie die Rechtsbeschwerde ferner geltend macht – der für die unbekannteten Erben bestellte Nachlasspfleger berechtigt ist, einen in den Nachlass gefallenen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen (so Scheuing, Der Pflichtteilsanspruch in Zwangsvollstreckung und Insolvenz, S. 26; anders Staudinger/Herzog, Neub. 2021, §§ 2303-2345, § 2317 Rdnr. 123), kann offenbleiben, da dies eine gänzlich andere Fallkonstellation darstellt als die hier zu beurteilende Ausschlagung einer in den Nachlass gefallenen Erbschaft.

16 III. Die Entscheidung wegen der Kosten beruht auf § 84 FamFG i. V. m. § 36 Abs. 1 GNotKG, die Festsetzung des Gegenstandswerts auf § 36 Abs. 1 GNotKG.

10. Grundsätzlich keine Angabe des Berufungsgrundes im Erbschein

BGH, Beschluss vom 08.09.2021, IV ZB 17/20 (Vorinstanz: OLG Hamburg, Beschluss vom 07.04.2020, 2 W 83/19)

BGB § 2353

LEITSATZ:

Im Erbschein ist der Berufungsgrund grundsätzlich auch dann nicht anzugeben, wenn dies beantragt ist.

Die Entscheidung ist abgedruckt in der DNotZ 2022, 147.

11. Zuwendung des „vorhandenen Bargeldes“ in einem privatschriftlichen Testament

OLG München, Beschluss vom 05.04.2022, 33 U 1473/21, mitgeteilt von **Holger Krätzschele**, Richter am OLG München

BGB §§ 133, 2084, 2174
ZPO §§ 138, 529

LEITSÄTZE:

- Zur Auslegung des Begriffes „vorhandenes Bargeld“ in einem privatschriftlichen Testament.**
- Wendet der Erblasser im Wege des Vermächtnisses mehreren Vermächtnisnehmern das bei seinem Tode „vorhandene Bargeld“ zu, ist eine Auslegung, wonach dieses Bargeld auch „leicht verfügbare Bankguthaben“ erfasst (OLG Karlsruhe, ZEV 2007, 380) möglich, aber nicht zwingend.**

- Es gibt keine Regel, nach der unter dem Begriff „Bargeld“ zwangsläufig auch das auf Bankkonten liegende Geld umfasst wird.**
- Umstände, die im Rahmen der Testamentsauslegung herangezogen werden sollen, müssen entweder unstrittig oder zuvor vom Gericht festgestellt worden sein.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Parteien streiten vorliegend über Ansprüche nach dem Tod der Erblasserin B Ho am 25.08.2017. Die Beklagten haben die Erblasserin aufgrund Testaments vom 24.03.2015 gemeinschaftlich beerbt.

2 In diesem Testament ordnete die Erblasserin u. a. zugunsten des Klägers zwei Vermächtnisse an:

„(...)

5. Mein Haus in der F. Straße 19 erhält mein Patenkind, D. K. mit der Auflage Frau M. He. solange sie will, darin wohnen zu lassen.“

(...)

12. Mein vorhandenes Bargeld wird in 19 Teile aufgeteilt. Es erhalten:

1. Teil D. K.

(...)“

3 Das in Ziffer 5 genannte Grundstück wurde am 12.07.2017 aufgrund notariellen Schenkungsvertrages und Auflassung des Notariats E in M an die Enkelin der Erblasserin aufgegeben. Dabei handelte die Erblasserin nicht selbst, vielmehr wurde sie von der Beklagten zu 1 vertreten. Diese handelte aufgrund einer notariellen Vorsorgevollmacht vom 17.12.2012. Für den maßgeblichen Inhalt der Vorsorgevollmacht wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils, S. 3, Bezug genommen.

4 Die Enkelin der Erblasserin, A B, die bei der notariellen Beurkundung ebenfalls von der Beklagten zu 1 vertreten wurde, ist zwischenzeitlich als Eigentümerin für den streitgegenständlichen Grundbesitz in der F-Straße 19 in M eingetragen (...).

5 Der Kläger ist der Ansicht, er sei im Hinblick auf das durch die Erblasserin angeordnete Vermächtnis anspruchsberechtigt. Die Beklagten vereitelten rechtswidrig die Vermächtniserfüllung. Die der Übereignung zugrunde liegende Schenkung sei angesichts des nahenden Todes der Erblasserin erfolgt. Diese sei am 12.07.2017 außer Stande gewesen, ihren rechtsgeschäftlichen Willen zu äußern. Die Vorsorgevollmacht vom 17.12.2012 sei missbraucht worden, insbesondere seien die Bedingungen für die Vorsorgevollmacht nicht eingetreten gewesen. Im Übrigen sei die Erblasserin nicht in der Lage gewesen, den Inhalt des Dokuments vom 12.07.2017, mit dem sie die Anweisung zur Schenkung der Immobilie gegeben hatte, kognitiv zu erfassen. Da infolge-

dessen auch die Übereignung nichtig sei, könne der Kläger die Beklagten auf Vermächtniserfüllung in Anspruch nehmen.

6 Darüber hinaus ist der Kläger der Ansicht, dass auch ein deutlich höherer Zahlungsanspruch als vom LG angenommen bestehe. Denn unter dem von ihr verwendeten Begriff „Bargeld“ habe die Erblasserin ihr gesamtes Geldvermögen verstanden, insbesondere auch private Bankkonten, Scheine und Münzen und auch das Buchgeld, nicht jedoch nur das im Zeitpunkt ihres Ablebens vorhandene physische Bargeld (Scheine und Münzen).

7 Das LG hat die Klage fast vollständig nach Durchführung einer Beweisaufnahme abgewiesen. Es sah die Immobilienübertragung aufgrund Vertrages vom 12.07.2017 als wirksam an, sodass insoweit kein Vermächtnisanspruch für den Kläger bestünde.

8 Im Hinblick auf das vermächtnisweise zugewendete Bargeld war das LG der Ansicht, dass die Testamentsauslegung ergäbe, dass es sich bei dem zugewendeten Bargeld tatsächlich nur um das im Zeitpunkt des Ablebens der Erblasserin vorhandene physische Barvermögen handelte. Der insoweit bestehende Auskunftsanspruch sei durch Erfüllung erloschen.

9 (...)

10 Gegen die beinahe vollständige Klageabweisung richtet sich die Berufung des Klägers (...).

12 Die Beklagten beantragen (...),

die Berufung zurückzuweisen.

(...)

15 II. Die Berufung des Klägers ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO im Beschlussweg als unbegründet zurückzuweisen, da der Senat einstimmig davon überzeugt ist, dass die Berufung offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, die Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung hat, die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Senats nicht erfordern und eine mündliche Verhandlung nicht geboten ist.

16 Der Senat hält das Urteil des LG für offensichtlich zutreffend. Er nimmt auf das angefochtene Urteil Bezug. Bezug genommen wird ferner auf die Hinweise des Senats vom 26.10.2021, wonach er die Berufung im Sinne von § 522 Abs. 2 ZPO für unbegründet hält. Das weitere Vorbringen im Berufungsverfahren (...) rechtfertigt keine davon abweichende Entscheidung.

Ergänzend gilt Folgendes:

A. Zum Anspruch auf Übereignung der Immobilie

17 Der Kläger begehrt im vorliegenden Rechtsstreit die Übereignung des streitgegenständlichen, im Antrag genannten Grundstücks. Diese Klage kann insoweit ausschließlich dann Erfolg haben, wenn die Beklagten (noch) Eigentümerinnen des Grundstücks wären (da ein Verschaffungsvermächtnis im Sinne des § 2170 BGB zweifelsfrei nicht vorliegt, siehe dazu unten unter 3.), denn die Übereig-

nung eines Grundstücks setzt voraus, dass die diesbezügliche Einigung (Auflassung) vom Berechtigten abgegeben wird, § 873 Abs. 1 BGB. Nachdem durch das Erstgericht für den Senat bindend festgestellt ist (§ 529 Abs. 1 ZPO) und von der Berufung auch nicht angegriffen wurde, dass im Grundbuch als Eigentümerin die nicht am Rechtsstreit beteiligte A(...) B(...) (die Enkelin der Erblasserin) eingetragen ist, könnten die Beklagten Erklärungen als Berechtigte im Sinne des § 873 Abs. 1 BGB nur dann abgeben, wenn die Übereignung des Grundstücks an die Enkelin unwirksam wäre und sich dieses noch im Vermögen der Beklagten befände.

18 Dies vorangestellt, gilt Folgendes: Die Übereignung der streitgegenständlichen Immobilie an die Enkelin der Erblasserin ist wirksam, sodass der Kläger insoweit keinen Anspruch gegenüber den Klägerinnen hat.

19 Die Erblasserin, vertreten durch die Beklagte zu 1, übereignete die Immobilie an ihre Enkelin. Die Beklagte zu 1 handelte dabei im Rahmen der ihr erteilten Vollmacht vom 17.12.2012 und zudem aufgrund einer wirksamen Weisung der Erblasserin vom 12.07.2017 und damit mit Vertretungsmacht.

1. Handeln aufgrund der Vollmacht vom 17.12.2012

20 Die Beklagte zu 1 konnte das Schenkungsversprechen und die Auflassung der streitgegenständlichen Immobilie im Rahmen der erteilten Vollmacht vom 17.12.2012 erklären. Die dagegen vorgebrachten Einwände greifen nicht durch.

a) Widersprüchlicher Klägervortrag

21 Soweit der Kläger ausführt, die Voraussetzungen für den Gebrauch der Vollmacht vom 17.12.2012 hätten am 12.07.2017 nicht vorgelegen, da die Erblasserin geschäftsfähig gewesen sei (...), verhilft dies der Berufung nicht zum Erfolg. Dabei kann hier dahinstehen, dass sich der Kläger mit dem Vortrag, wonach die Geschäftsfähigkeit der Erblasserin am 12.07.2017 unstrittig sei, in Widerspruch zu seinem Vortrag im Schriftsatz vom 26.11.2021 (...) setzt, in dem es heißt „(...) die Erblasserin [sei] infolge ihrer Augenerkrankung nicht in der Lage gewesen, den vermeintlich von ihr unterschriebenen Text selbst lesen zu können.“ Träfe dies zu, ließe sich daraus durchaus der Schluss ziehen, dass die Voraussetzungen der Vollmacht vom 17.12.2012 vorlagen, denn dort heißt es u. a.: „(...) für den Fall, dass ich künftig aufgrund (...) einer körperlichen (...) Behinderung nicht mehr in der Lage sein sollte, meine vermögensrechtlichen Angelegenheiten selbst zu besorgen“, worunter jedenfalls die Unfähigkeit, Geschriebenes überhaupt noch lesen zu können, subsumiert werden könnte. Schriftlich hätte die Erblasserin ihren Willen dann jedenfalls nicht mehr äußern können.

b) Unerheblichkeit von Beschränkungen im Innenverhältnis

22 Letztlich kann dahinstehen, ob die tatsächlichen Voraussetzungen für den Gebrauch der Vollmacht vom 17.12.2012 vorlagen, da die Erblasserin in der Vollmachtsurkunde ausdrücklich angeordnet hatte, dass etwaige Beschränkungen, wozu namentlich die Voraussetzungen für ein Tätigwerden der Bevollmächtigten, aber auch die Art der vorzunehmenden

den Geschäfte gehören würden, ausschließlich im Innenverhältnis gelten, das Handeln des Bevollmächtigten im Außenverhältnis aber wirksam sein solle. Das folgt insbesondere auch aus dem Hinweis auf eine mögliche Schadenersatzpflicht des Bevollmächtigten, denn Schadenersatzansprüche im Innenverhältnis setzen ein im Außenverhältnis wirksames Rechtsgeschäft voraus.

23 Die Vollmacht ist also nach Ansicht des Senats dahin auszulegen (§ 133 BGB), dass die Erblasserin im Außenverhältnis jedwedes Vertreterhandeln als wirksam ansehen wollte und Beschränkungen nur im Innenverhältnis wirksam sein und ggf. Sekundäransprüche auslösen sollten. Dass sie die Vollmacht insoweit unter eine echte Bedingung stellen wollte (§ 158 BGB), sodass die Vollmacht erst wirksam werden sollte, wenn die in der Urkunde genannten körperlichen oder geistigen Gebrechen auftreten, lässt sich aus dem Wortlaut der Vollmacht nicht entnehmen; dagegen spricht insbesondere der Hinweis, wonach mittels der Vollmacht jederzeit Rechtsgeschäfte vorgenommen werden können, sodass jedenfalls im Wege der Auslegung voneinander unbedingten Vollmacht auszugehen ist, aufgrund derer die Beklagte zu 1 die Erblasserin bei der streitgegenständlichen Übereignung wirksam vertreten konnte.

24 Etwas anderes folgt auch nicht aus der vom Kläger zitierten Entscheidung des BGH vom 09.05.2018 (NJW-RR 2018, 1025). In der Entscheidung ging es im Kern gerade um die Frage, ob bei erteilter Vollmacht ein Kontrollbetreuer zu bestellen ist, weil die vom Vertreter vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Außenverhältnis grundsätzlich wirksam sind.

c) Kein Missbrauch der Vertretungsmacht

25 Die Übereignung des streitgegenständlichen Grundstücks ist auch nicht nach den Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht unwirksam.

26 Insoweit legt der Senat seiner Entscheidung folgende allgemeinen Rechtssätze zugrunde:

– Ein Missbrauch der Vertretungsmacht liegt vor, wenn der Vertreter die ihm nach außen verliehene Vertretungsmacht unter Verletzung von Beschränkungen des Innenverhältnisses gebraucht, wobei Vorsatz unnötig ist (BGH, NJW 1988, 3013). Insoweit ist die Vertretung wirksam; das Missbrauchsrisiko trägt grundsätzlich der Vertretene (MünchKomm-BGB/Schubert, 9. Aufl. 2021, § 164 Rdnr. 225).

– Die Missachtung von Regeln und Weisungen, die sich aus dem Innenverhältnis des Vertreters zum Vertretenen ergeben, wirkt sich erst dann im Außenverhältnis aus, wenn die Grenzen des rechtlich Tragbaren überschritten werden (BGH, NZG 2021, 239 Rdnr. 10, beck-online). Erst dann spricht man von einem Vollmachtsmissbrauch im Rechtsinne, der sich auf die Wirksamkeit des vom Vertreter geschlossenen Rechtsgeschäfts auswirkt (BGH, a. a. O., Staudinger/Schilken, Neub. 2019, § 167 Rdnr. 91, 99).

– Wenn der die im Innenverhältnis geltende Beschränkung seiner Vertretungsmacht überschreitende Vertreter zugleich den Geschäftsgegner vertritt, gelten für den Missbrauch der Vertretungsmacht besondere Regeln. Die Unwirksamkeit eines Insihgeschäfts gemäß § 181 BGB unter

dem Gesichtspunkt des Missbrauchs der Vertretungsmacht setzt voraus, dass es für den Vertretenen nachteilig ist (BGH, NZG 2021, 239 Rdnr. 10, beck-online).

27 Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze lassen sich die Voraussetzungen einer Kollusion im Hinblick auf die Übereignung des streitgegenständlichen Grundstücks durch die Beklagte zu 1 als Vertreterin zugleich für die Erblasserin und ihre Tochter nicht feststellen.

aa) Kein Handeln zum Nachteil des Vertretenen

28 Nach den vom Kläger vorgetragene Einschränkungen im Hinblick auf den Gesundheitszustand der Erblasserin am 12.07.2017 ist jedenfalls nicht erkennbar, dass die Beklagte zu 1 ihre Vertretungsmacht missbraucht hätte. Legt man den Vortrag des Klägers im Hinblick auf die körperlichen Einschränkungen der Erblasserin zugrunde, durfte die Beklagte zu 1 am 12.07.2017 davon ausgehen, dass die Voraussetzungen der Vollmacht vom 17.12.2012 vorlagen. Lag bei der Erblasserin hingegen keine maßgeblichen körperlichen Einschränkungen vor, belegt die – wie nachstehend ausgeführt wirksame – Weisung vom 12.07.2017, dass nicht zum Nachteil der Erblasserin gehandelt wurde.

bb) Wirksame Weisung der Erblasserin vom 12.07.2017

29 Die Beklagte zu 1 hat das fragliche Rechtsgeschäft aufgrund einer wirksamen Weisung der Erblasserin durchgeführt, sodass das Rechtsgeschäft jedenfalls aus diesem Grunde nicht unter die Regeln über den Missbrauch der Vertretungsmacht/Kollision fällt.

30 Die seitens der Erblasserin am 12.07.2017 erteilte schriftliche Weisung an die Beklagte zu 1 zur Übereignung der streitgegenständlichen Immobilie ist wirksam.

(1) Echtheit der Unterschrift bewiesen

31 Der Senat teilt die Überzeugung des Erstgerichts, dass die Unterschrift unter dem Schriftstück vom 12.07.2017 von der Erblasserin stammt und somit eine echte Privaturkunde (§§ 416, 440 BGB) vorliegt.

32 (i) Die Darlegungslast für das Vorliegen einer wirksamen Anweisung der Erblasserin an die Beklagte zu 1 tragen die Beklagten, da sie sich (insoweit) auf deren Wirksamkeit berufen. Sie haben demzufolge die Echtheit dieser Privaturkunde, auf die sie sich beziehen, zu beweisen, § 440 Abs. 1 ZPO.

33 (ii) Diesen Beweis konnten die Beklagten auch zur Überzeugung des Senats führen.

34 Der Senat hält, wie bereits im Hinweisbeschluss vom 26.10.2021 ausgeführt, die Beweiswürdigung zur Urheberschaft der Erklärung durch das LG für zutreffend. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird zunächst Bezug genommen auf die Beweiswürdigung durch das Erstgericht im angefochtenen Urteil und die Ausführungen des Senats im Hinweisbeschluss vom 26.10.2021.

35 (iii) Das weitere Vorbringen des Klägers im Berufungsverfahren führt insoweit zu keiner anderen Bewertung.

36 Zwar ist es zutreffend, worauf der Kläger erneut hinweist, dass die gerichtlich bestellte Sachverständige die Urhebererschaft der Erblasserin lediglich mit überwiegender Wahrscheinlichkeit feststellen konnte. Allerdings, und dies verkennt der Kläger bei seiner Argumentation, hat die Sachverständige keine Hinweise für eine Fälschung der fraglichen Unterschrift finden können (...). Insbesondere ließen sich keine fälschungsverdächtigen Auffälligkeiten in den graphischen Grundkomponenten Strichbeschaffenheit, Druckgebung und Bewegungsfluss feststellen (...), sondern die verbliebenen Zweifel mit der Erkrankung der Erblasserin, der Schreibposition, der Unterlage etc. erklären. Wenn sich aber keine Hinweise für eine Fälschung der Unterschrift finden, begegnet es keinen Bedenken, dass das LG aus der überwiegenden Wahrscheinlichkeit, die das Sachverständigengutachten für die Urhebererschaft der Erblasserin ermittelt hat, im Rahmen seiner eigenen Beweiswürdigung die volle Überzeugung gewonnen hat, dass die Erblasserin das fragliche Schriftstück unterschrieben hat. Insbesondere die vom Kläger selbst angeführte Erkrankung der Erblasserin (Parkinson, Blickparese) bietet eine hinreichende Erklärung für die Unsicherheit des Schriftbildes. Schließlich scheint auch der Kläger von der Urhebererschaft der Erblasserin auszugehen, wenn er im Schriftsatz vom 26.11.2021 (...) ausführt „(...) dass die Erblasserin (...) den von ihr am 12.07.2017 unterschriebenen Text nicht mehr mit ihren eigenen Augen lesen, d. h. den konkreten Inhalt des Textes nicht mehr visuell wahrnehmen bzw. kognitiv erfassen (...) konnte“.

37 In der Zusammenschau dieser Umstände teilt der Senat also die Ansicht des LG, dass die fragliche Erklärung von der Erblasserin herrührt; der Senat würdigt den vom Erstgericht erhobenen Beweis ebenso. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass die Beklagten ihrerseits nicht erklärt haben, wie es zu der fraglichen Unterschrift kam, selbst wenn man unterstellt, dass sie diesbezügliche Kenntnis haben.

38 (iv) Konnten die Beklagten somit beweisen, dass die Unterschrift von der Erblasserin herrührt, steht fest, dass es sich um eine echte Privaturkunde mit den Wirkungen des § 416 Abs. 1 ZPO handelt. Damit haben die Beklagten (formell) bewiesen, dass die Erblasserin die in der Urkunde enthaltene Erklärung abgegeben und willentlich in den Verkehr gebracht hat (BGH, NJW-RR 2006, 847). Diese Erklärung kann im Wege der Auslegung (§ 133 BGB) nur dahin ausgelegt werden, dass es dem Willen der Erblasserin entsprach, dass streitgegenständliche Grundstück auf ihre Enkelin zu übertragen.

(2) Handeln mit Geschäftswillen

39 Soweit sich der Kläger vor dem Hintergrund der Abgabe der Erklärung vom 12.07.2017 auf einen fehlenden Geschäftswillen seitens der Erblasserin beruft, verhilft dies der Berufung nicht zum Erfolg. Die vom Kläger hergestellte Verknüpfung zwischen der – angeblich fehlenden – Fähigkeit der Erblasserin, den Text physisch lesen zu können und ihrem Willen, einen bestimmten rechtsgeschäftlichen Erfolg herbeizuführen (vgl. Grüneberg, Vor § 166 Rdnr. 1), trägt jedenfalls schon deswegen nicht, weil von einer „faktischen Blindheit“ (was immer das sein soll) der Erblasserin (...) nicht

ausgegangen werden kann. Im Ergebnis ist der Senat deswegen davon überzeugt, dass die Erblasserin am 12.07.2017 uneingeschränkt ihren rechtsgeschäftlichen Willen bilden konnte und gebildet hat.

Im Einzelnen:

40 (i) Das Erstgericht hat im angefochtenen Urteil nicht festgestellt, dass die Erblasserin faktisch blind war. Die Berufung greift auch nicht an, dass das Erstgericht insoweit Feststellungen unterlassen hätte. Zwar führt der Kläger in der Berufungsbegründung aus, das Urteil des Erstgerichts „beruhe auf einer unvollständigen und damit fehlerhaft bewerteten Tatsachengrundlage“ (...). Allein dies stellt jedoch keinen tauglichen Angriff gegen die tatsächlichen Feststellungen des Erstgerichts dar. Dafür wäre vielmehr erforderlich, dass der Kläger mit seiner Berufungsbegründung konkrete Verfahrensfehler des Erstgerichts, neue, zu berücksichtigende Angriffs- und Verteidigungsmittel, von Amts wegen zu berücksichtigende Umstände oder sonstige Umstände aufzeigt, die derartige Zweifel begründen (können).

41 (ii) Verfahrensfehler oder neue Angriffs- und/oder Verteidigungsmittel werden vom Kläger mit der Berufungsbegründung schon nicht angeführt oder geltend gemacht. Von Amts wegen zu berücksichtigende Umstände sind nicht ersichtlich, ebenso wenig werden sonstige Umstände aufgezeigt, die Zweifel an der Richtigkeit der erstinstanzlichen Feststellungen begründen. Insbesondere hat das Erstgericht insoweit keinen entscheidungserheblichen Vortrag übergegangen oder falsch bewertet. Einer der Ausgangspunkte für die Angriffe des Klägers gegen das Ersturteil ist die Blickparese der Erblasserin, die die Sachverständige Farhat bei der Erstellung ihres Gutachtens berücksichtigt hat. Entgegen den Ausführungen des Klägers ging die Sachverständige dabei davon aus, dass die Erblasserin zwar mit Schwierigkeiten, aber letztlich doch lesen konnte („beeinträchtigten Lesevermögen“, [...]), sodass sich aus diesem Gutachten gerade nicht ableiten lässt, dass die Erblasserin aus körperlichen Gründen nicht mehr in der Lage war, überhaupt zu lesen („dieses vollständig ausschloss“ [...]).

42 (iii) Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es sich bei der von der Sachverständigen in ihrem Gutachten zugrunde gelegten Blickparese der Erblasserin nicht um (eigene) Feststellungen der Schriftsachverständigen handelte, vielmehr um Umstände, die diese ihrem Gutachten zugrunde legte, nachdem entsprechende Arztberichte vorlagen (...). Die Sachverständige hat also nicht selbst festgestellt, dass die Erblasserin an einer Blickparese litt (...), vielmehr war dies einer von mehreren Aspekten, den die Sachverständige ihrer Bewertung zugrunde gelegt hat. Im Übrigen ergibt sich aus keiner der von der Sachverständigen herangezogenen Stellungnahmen, dass die Erblasserin faktisch blind war bzw. die Lesefähigkeit völlig fehlte (...).

43 (iv) Eine „faktische Blindheit“ der Erblasserin war auch nicht unstreitig. Tatsächlich haben die Beklagten schon im Schriftsatz vom 16.05.2019 ausgeführt, dass die Erblasserin „zum Zeitpunkt der Erstellung des Schreibens [vom 12.07.2017] im Vollbesitz ihrer geistigen Fähigkeiten und

sich sehr wohl bewusst [war], welche Erklärung sie mit ihrer Unterschrift abgab“, was die klägerische Behauptung ausschließt, die Beklagten hätten unstreitig gestellt, dass die Erblasserin aus körperlichen Gründen nicht mehr in der Lage war, zu lesen.

44 (v) Allein mit der unter Beweisantritt vorgetragene Tatsache, dass die Erblasserin den Zeugen K(...) gebeten hatte, ihr Hörbücher zu besorgen (...), lässt sich der dem Kläger obliegende Beweis nicht führen. Dass der Zeuge irgendwelche eigenen Beobachtungen zu einer völlig aufgehobenen Lesefähigkeit der Erblasserin machen könnte, wird insoweit nicht einmal behauptet. Und dass die Erblasserin gerne Hörbücher wollte und den Zeugen gebeten hat, ihr diese zu besorgen, lässt sich mit allen möglichen Gründen erklären. Dem Senat sind sogar Fälle bekannt, in denen Menschen, deren Sehvermögen tadellos ist, Hörbücher hören. Jedenfalls kann von dem Wunsch nach Hörbüchern nicht auf eine bestimmte körperliche Disposition geschlossen werden.

45 Im Übrigen hätte sich die Erblasserin den fraglichen Text auch vorlesen lassen können, bevor sie ihre Unterschrift leistete.

46 (vi) Aus all dem folgt: Zu Recht ist das LG davon ausgegangen, dass die Erblasserin – wie jeder andere erwachsene Mensch, der Lesen gelernt hat – das Schriftstück vom 12.07.2017 lesen konnte. Mit ihrer Unterschrift hat sie der Beklagten mithin eine entsprechende Weisung erteilt, das streitgegenständliche Grundstück auf ihre Enkelin zu übertragen.

47 Für diesen Wunsch bedurfte die Erblasserin keines plausiblen Grundes. Dass sie dasselbe Ziel durch Streichung des Vermächtnisses hätte erreichen können, trifft schon deswegen nicht zu, weil das Grundstück dann im Wege der Universalsukzession auf ihre Erben und nicht auf ihre Enkelin übergegangen wäre. Sie hätte vielmehr insoweit neu testieren müssen und das wäre, wie der vorliegende Rechtsstreit zeigt, nicht zwangsläufig sicherer oder einfacher gewesen.

48 Gänzlich unerheblich ist in diesem Zusammenhang, dass die Beklagten zum Zustandekommen des Schreibens vom 12.07.2017 schweigen. Gemäß § 138 Abs. 1 ZPO obliegt ihnen lediglich die Pflicht, sich zu den entscheidungserheblichen Tatsachen wahrheitsgemäß zu äußern, wozu vorliegend nicht gehört, wer das Schriftstück physisch erstellt hat und ob insoweit eine anwaltliche Beratung erfolgte. Es ist, worauf bereits hingewiesen wurde, nach § 416 Abs. 1 ZPO bewiesen, dass die Erblasserin die Erklärung abgegeben hat; dass sie (inhaltlich) nicht gemeint haben könnte, was in der Erklärung zum Ausdruck kommt, liegt fern.

cc) Keine Formbedürftigkeit der Weisung

49 Die Weisung der Erblasserin gegenüber ihren Bevollmächtigten (den Beklagten) war schließlich auch nicht formbedürftig.

50 Voranzustellen ist, dass die Berufung insoweit nur dann erfolgreich sein könnte, wenn sich die Regeln über die Formbedürftigkeit von Grundstücksgeschäften einschließlich der zur ihrer Umsetzung erteilten Vollmachten auch auf

die schriftliche Weisung der Erblasserin vom 12.07.2017 erstrecken würden, da sowohl die maßgebliche Auffassung (§ 925 Abs. 1 BGB) als auch die zu ihrem Vollzug erteilte Vollmacht notariell beurkundet waren.

51 Insoweit legt der Senat seiner Entscheidung folgende allgemeinen Rechtssätze zugrunde:

– Grundsätzlich ist nur ein Vertrag, durch den die Verpflichtung zur Veräußerung oder zum Erwerb eines Grundstücks begründet wird, nach § 311b BGB formbedürftig (MünchKomm-BGB/Ruhwinkel, 8. Aufl. 2019, § 311b Rdnr. 25).

– Die Vollmacht zum Abschluss eines formbedürftigen Rechtsgeschäftes ist nach § 167 Abs. 2 [BGB, Anm. d. Schriftleitung] grundsätzlich formfrei. Ist die Vollmacht hingegen Bestandteil eines formbedürftigen Grundstücksgeschäftes, bedarf sie der notariellen Beurkundung (BGH, NJW 1980, 41). Dasselbe gilt, wenn die Vollmacht zur Veräußerung des Grundstücks unwiderruflich ist (BGH, NJW 1952, 1210).

– Ein weiterer Ausnahmefall vom Grundsatz des § 167 Abs. 2 BGB liegt vor, wenn zwar die Vollmacht rechtlich widerrufen werden kann, tatsächlich aber mit der Bevollmächtigung schon die gleiche Bindungswirkung eintreten sollte und nach der Vorstellung des Vollmachtgebers auch eingetreten ist, wie durch Abschluss des formbedürftigen Hauptvertrages, die Vollmacht also den damit in Wahrheit bereits gewollten Grundstücksübertragungsvertrag nur verdeckt (OLG Schleswig, DNotZ 2000, 775).

52 Keine dieser Konstellationen ist vorliegend gegeben, wobei allein die letzte im konkreten Fall überhaupt in Betracht käme. Allerdings hat sich die Erblasserin mit der von ihr erteilten Weisung nicht bereits soweit gebunden, dass dadurch das Hauptgeschäft praktisch vorweggenommen wurde. Es wäre ihr rechtlich und tatsächlich unbenommen gewesen, sowohl Weisung als auch Vollmacht vom 17.12.2012 zu widerrufen. Etwas anderes folgt auch nicht aus dem Umstand, dass die Beklagte zu 1 noch am selben Tag das Rechtsgeschäft vollzogen hat, denn allein die tatsächliche Umsetzung des Rechtsgeschäfts am selben Tag bedeutet nicht, dass die Erblasserin auf dessen Vollzug keinen Einfluss mehr hätte nehmen können. Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Beklagten mittels der erteilten Vollmacht vom 17.12.2012 bereits vorher jederzeit hätten tätig werden können.

53 Ist die Weisung nach den vorgenannten Grundsätzen nicht formbedürftig, stellt sich die Frage eines möglichen Blankettmissbrauchs nicht.

2. Wirksamkeit des Vermächtnisses (§ 2169 Abs. 4 BGB)

54 Vor diesem Hintergrund kann die Frage, ob sich die Erblasserin zu Lebzeiten bindend zur Übereignung des Grundstücks verpflichtet hat und damit das Vermächtnis gemäß § 2169 Abs. 4 BGB seine Wirkung verloren hat, offenbleiben.

55 Allerdings ist der Senat der Ansicht, dass mit wirksamer Vornahme des Kausalgeschäfts am 12.07.2017 eine wirksame Verpflichtung der Erblasserin zur Übereignung der Im-



mobilität begründet worden war, sodass das Grundstück – bei lediglich ausstehender Umschreibung im Grundbuch – wirtschaftlich nicht mehr zum Vermögen der Erblasserin gehörte (vgl. dazu Grüneberg/*Weidlich*, 81. Aufl. 2022, § 2169 Rdnr. 8).

3. Kein Verschaffungsvermächtnis, § 2170 BGB

56 Schließlich verhilft es der Berufung nicht zum Erfolg, wenn der Kläger (auch) behauptet, die Erblasserin habe mit der Zuwendung der Wohnung im Testament ein Verschaffungsvermächtnis im Sinne des § 2170 BGB angeordnet.

57 Für eine derartige Auslegung lassen sich weder im Testament noch außerhalb der Urkunde auch nur die geringsten Anhaltspunkte finden.

B. Das Bargeldvermächtnis

58 Auch im Hinblick auf die Testamentsauslegung verhilft das weitere Vorbringen im Berufungsverfahren der Berufung nicht zum Erfolg.

59 Auch insoweit nimmt der Senat zunächst Bezug auf seinen Hinweisbeschluss vom 26.10.2021, in dem bereits die maßgeblichen Gesichtspunkte für die Auslegung der Verfügung von Todes wegen dargelegt worden sind.

60 Die dagegen erhobenen Einwände greifen nicht durch.

1. Auslegungsgrundsätze

61 Der Senat ist im Rahmen der Auslegung von den in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Grundsätzen ausgegangen, die auch der Kläger zitiert. Allein das Zitieren früherer Rechtsprechung, namentlich des Reichsgerichts, wie es der Kläger im Schriftsatz vom 26.11.2021 tut, bedeutet nicht, dass der Senat von anderen Grundsätzen ausgegangen wäre. In jedem Falle war der wahre Wille der Erblasserin zu ermitteln und ihm, soweit er formgerecht niedergelegt ist, Geltung zu verschaffen.

62 Unter dieser Prämisse hält der Senat daran fest, dass die Erblasserin ihre kleinteiligen Verfügungen in für sie absteigender Bedeutung vorgenommen hat. Während die Erbeinsetzungen zugunsten der beiden Beklagten an der Spitze des Testaments stehen, folgen die weiteren Verfügungen einer absteigenden Systematik, wonach zunächst umfangreich Immobilien, dann Bargeld und schließlich Schmuck zugewendet wird. Allein das Zuteilungsverfahren für den Schmuck – würfeln und dann jeweils 20 Stücke aussuchen dürfen – zeigt, dass der Erblasserin diese, ebenfalls am Ende des Testaments stehende Zuwendung nicht so wichtig war wie die Verfügungen, die sie am Anfang des Testaments getroffen hat, anderenfalls hätte sie die jeweiligen Stücke bestimmten Personen zugewiesen. Sie hatte insoweit keine Präferenz, wer welches Stück bekommt und nahm es damit zugleich auch hin, dass wertmäßige Divergenzen entstehen. Dass das Bargeld gegen Ende des Testaments erwähnt wird, ist ein Indiz dafür, dass die Erblasserin damit nur das physisch vorhandene Bargeld meinte und nicht in einer Größenordnung verfügen wollte, die nach den Wertvorstellungen des Klägers durchaus einer Erbeinsetzung hätte gleichkommen können.

2. Wortlautanalyse

63 Soweit sich der Kläger gegen die Analyse des Wortlauts der Verfügung durch den Senat wendet, verhilft auch dies der Berufung nicht zum Erfolg. Der Senat hat dargelegt, dass ausgehend vom Wortlaut der Verfügung der wahre Wille des Erblassers zu ermitteln ist, wobei maßgeblich ist, wie die Erblasserin den Begriff „Bargeld“ verwendet bzw. verstanden hat.

64 Unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des BayObLG (DNotZ 2003, 870) hat sich der Senat demzufolge mit der Frage auseinandergesetzt, was die Erblasserin im konkreten Fall mit den Wörtern „vorhandenes Bargeld“ zum Ausdruck bringen wollte.

65 a) Es mag sein, dass es Konstellationen gibt, in denen unter dem Begriff des Bargeldes auch andere Geldformen verstanden werden können. In der zitierten Entscheidung des BayObLG ging das Gericht davon aus, dass es nach der Lebenserfahrung keinesfalls fernliege, dass „der Erblasser mit dem Begriff ‚Barschaft‘ nicht nur den – geringen – Bargeldbestand im Haus bzw. in der Geldbörse gemeint hat, sondern auch die (leicht verfügbaren) Bankguthaben“. Ähnliches ergibt sich aus der vom Kläger zitierten Entscheidung des OLG Karlsruhe (ZEV 2007, 380), wonach „sich frei veräußerliche Kapitalanlagen, wie sie die hinterlassenen Depots enthalten haben, noch zwanglos dem Begriff des ‚Bargelds‘ zuordnen [lassen]“. Schließlich hat auch der BGH in der Entscheidung IV ZR 17/74 die Entscheidung der Vorinstanz gebilligt, dass vom Begriff „Barvermögen“ auch das auf Konten vorhandene Buchgeld samt Wertpapierdepot umfasst sein kann/ist.

66 Zwingend in dem Sinne, dass vom Begriff „Bargeld“ (der allein in der Entscheidung des OLG Karlsruhe so verwendet wurde) auch zwangsläufig das auf Konten vorhandene Buchgeld umfasst ist, ist dies indes nicht und in keiner der genannten Entscheidungen wurde dies so judiziert. Teilweise fehlte es in den genannten Entscheidungen an einer ausdrücklichen Erbeinsetzung, sodass schon im Wege der Auslegung zu klären war, ob durch die Zuwendung des „Bargelds“ bzw. „Barschaft“ entgegen der Regel des § 2087 BGB eine Erbeinsetzung erfolgt sein könnte, was wiederum (auch) davon abhängen kann, welche Vermögensgruppen der jeweilige Erblasser gebildet hat. Insoweit unterscheiden sich diese Fälle vom vorliegenden entscheidend: Hier liegt eine ausdrückliche Erbeinsetzung vor und es stellt sich nicht die Frage, ob durch die Zuwendung eines – unterstellt – erheblichen Buchgeldbestandes eine solche vorgenommen worden sein könnte.

67 b) Soweit in der Literatur vertreten wird, dass das Wort „Barvermögen“ nicht auf das Bargeld beschränkt sei, sondern „in der Regel auch das auf diversen Bankkonten liegende Geld [umfasse]“ (jurisPK-BGB/*Reymann*, Stand: 03.04.2020, § 2174 Rdnr. 107), ist dem Senat eine solche Regel nicht bekannt; im Gegenteil: Das auf Bankkonten liegende Geld ist ersichtlich „unbar“. Die Deutsche Bundesbank geht beispielsweise davon aus, dass „die ausgegebene Menge an Bargeld kontinuierlich [ansteige]“, dass „Bargeld in der Bevölkerung ein sehr hohes Vertrauen [genieße]“

und „während der Corona-Pandemie (...) die Auszahlungen von Banknoten (...) außergewöhnlich stark [zunahmen]“. (...) Das zeigt, dass es gewichtige Argumente für die Auslegung des Begriffes „vorhandenes Bargeld“ in Richtung der physisch vorhandenen Münzen und Scheine gibt. Vor diesem Hintergrund vermag der Senat jedenfalls nicht den Schluss zu ziehen, dass im Allgemeinen Sprachgebrauch mit dem Begriff „Bargeld“ auch das Buchgeld gemeint ist.

68 c) Soweit in der Berufungsbegründung (...) ausgeführt wird, der Begriff „Bargeld“ würde „häufig schlicht zur Bezeichnung von Zahlungsmitteln“ verwendet, hat der Senat bereits darauf hingewiesen, dass ihm eine solche Regel nicht bekannt ist. Im Übrigen widerspricht sich der Kläger in diesem Zusammenhang erneut, denn wenn die „Erblasserin eine erfahrene Geschäftsfrau [war], (...) die [ihre] Vermögenswerte nicht wie eine misstrauische ältere Dame zuhause unter dem Kopfkissen lagerte“, liegt es doch nahe, dass sie wusste, was sie mit dem Begriff Bargeld ausdrückt. Ohne Weiteres hätte sie den Begriff „Geld“ verwenden können, um diesem einen weiteren Bedeutungsgehalt zu geben.

69 d) Ein gewichtiges Indiz kommt schließlich dem Umstand zu, dass es sich bei der Erblasserin unstreitig um eine wirtschaftlich erfahrende Person handelte, die zum Beispiel nach dem unbestrittenen Vortrag der Beklagten noch wenige Wochen vor ihrem Tod einer Kreditaufnahme von 350.000.000 € zugestimmt hat. Bei einer solchen Person liegt es jedenfalls nahe, dass sie sich über den Begriff des „vorhandenen Bargelds“ entsprechende Gedanken gemacht und ihn nicht zufällig oder leichtfertig verwendet hat.

3. Rechenmodelle zum Nachweis der Gleichbehandlungsabsicht

70 Soweit der Kläger durch verschiedene Rechenmodelle versucht nachzuweisen, dass die Erblasserin mit dem Begriff „Bargeld“ mehr gemeint haben muss als das physisch vorhandene Bargeld (im Sinne von Scheinen und Münzen), verhilft auch dies der Berufung nicht zum Erfolg.

71 Der Kläger ist insoweit der Ansicht, aus dem von ihm geschätzten und seinen Berechnungen zugrunde gelegten „Barvermögen“ i. H. v. 100.000.000 € ließe sich errechnen (und vor allem nachweisen), dass die Erblasserin eine wirtschaftliche Gleichbehandlung der im Testament genannten Vermächtnisnehmer angestrebt habe.

72 Diese Auslegung kommt aus mehreren Gründen nicht in Betracht.

73 a) Zunächst kann im Rahmen der Testamentsauslegung schon nicht die vom Kläger eingeführte Rechengröße von 100.000.000 € zugrunde gelegt werden.

74 Das LG hat kein Barvermögen der Erblasserin i. H. v. 100.000.000 € zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments festgestellt (selbst wenn man zugunsten des Klägers unterstellen würde, dass darunter auch das Buchgeld zu verstehen wäre). Dass das Erstgericht entsprechende Feststellungen fehlerhaft unterlassen hätte, wird mit der Berufung nicht angegriffen. Auch die Beklagten haben sich gegen die Berechnungen des Klägers gewendet, indem sie

diese als „fantasievolle Berechnungen“ bzw. „an den Haaren herbeigezogen“ (...) bezeichnen, sodass auch § 138 Abs. 3 ZPO nicht zur Anwendung kommt. Demzufolge lässt sich eine Gleichbehandlungsabsicht der Erblasserin nicht über bestimmte Wertrelationen ableiten, da die dafür zugrunde gelegten Werte nicht festgestellt sind.

75 b) Auch sonstige, außerhalb der Urkunde liegende Umstände, die das Erstgericht für den Senat bindend festgestellt hätte, lassen eine Gleichbehandlungsabsicht der Erblasserin nicht erkennen. Soweit der Kläger in seiner Berufungsbegründung (...) aus der Anlage (...) einen derartigen Schluss ziehen will, vermag der Senat nicht zu erkennen, woraus sich aus dieser Vollmacht eine Absicht der Erblasserin, alle in ihrem Testament bedachten Personen im Wesentlichen wirtschaftlich gleich zu bedenken, ergeben soll.

76 c) Im Übrigen: Eine Gleichbehandlungsabsicht der Erblasserin ist im Testament weder angedeutet noch versteckt zum Ausdruck gekommen. Selbst wenn man also zugunsten des Klägers eine Gleichbehandlungsabsicht der Erblasserin im Errichtungszeitpunkt unterstellen würde, wäre diese unbeachtlich, da der (mögliche) Wille des Erblassers, der im Testament nicht andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck gekommen ist, unbeachtlich ist (BGH, NJW 2022, 474 Rdnr. 18; 2019, 2317 Rdnr. 17; MünchKomm-BGB/Leipold, § 2065 Rdnr. 16; Grüneberg/Weidlich, § 2084 Rdnr. 4).

77 Im Übrigen ist auf Folgendes hinzuweisen: Der Kläger schließt unzulässig von dem im Todeszeitpunkt vorhandenen Bargeld auf den Willen der Erblasserin im Errichtungszeitpunkt nach dem Motto: War im Todeszeitpunkt wenig Bargeld vorhanden, entsprach das nicht dem Willen der Erblasserin, war im Todeszeitpunkt sehr viel Bargeld vorhanden, entsprach dies dem Willen der Erblasserin. Ein derartiger Rückschluss ist aber nicht zulässig.

78 Aus den vorgenannten Gründen war der Begriff des Bargeldes wie vom Erstgericht dahin auszulegen, dass damit allein das bei der Erblasserin physisch vorhandene Bargeld (Scheine/Münzen) gemeint war. Insoweit haben die Beklagten über dessen Höhe bereits Auskunft erteilt, darauf beruht die Verurteilung zur Zahlung durch das LG. Ein etwaiger Auskunftsanspruch des Klägers ist mithin erfüllt (§ 362 Abs. 1 BGB), ein weitergehender Auskunftsanspruch, insbesondere hinsichtlich des Buchgeldes, besteht nicht, da insoweit auch kein weitergehender Zahlungsanspruch besteht.

79 III. Die Kostenentscheidung beruht auf § 97 Abs. 1 ZPO. Die Feststellung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit erfolgte gemäß § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.



ANMERKUNG:

Von Notar **Michael Volmer**, Starnberg

1. Der Prozessgang

Die offenbar sehr vermögende Erblasserin¹ hatte durch (wohl handschriftliches) Testament vom 24.03.2015 ihrem Patenkind vermächtnisweise eine Immobilie zugewandt. Unter dem 12.07.2017 beurkundete nun jedoch die Tochter der Erblasserin, ausgestattet mit einer umfassenden Vorsorgevollmacht, die auch zu Schenkungen ermächtigte, eine Schenkung dieser Immobilie wiederum auf ihre Tochter, d. h. die Enkeltochter der Erblasserin, wobei sie diese Enkeltochter ebenfalls aufgrund Vollmacht vertrat.

Nach dem Erbfall sieht sich das Patenkind um sein legitimes Vermächtnis gebracht und geht hiergegen an. Da unmittelbare Ansprüche gegen die beschenkte Enkeltochter nicht bestehen, stellt es sich auf den Standpunkt, die Übertragung an diese sei sowohl schuldrechtlich wie dinglich wegen Missbrauchs der Vertretungsmacht unwirksam, das Eigentum befinde sich entgegen der Verlautbarung weder im Grundbuch noch im Nachlass und das Vermächtnis könne erfüllt werden. Demgegenüber wartet die Erbengemeinschaft mit einer von der Erblasserin unterzeichneten maschinenschriftlichen Anweisung auf, welche der Tochter auftrag, diese Schenkung genau so vorzunehmen.

Das OLG München kann sich von der Unwirksamkeit dieser Anweisung nicht überzeugen: Eine Geschäftsunfähigkeit der Erblasserin bei Unterzeichnung der Anweisung im Sommer 2017 hatte das Patenkind selbst nicht behauptet. Im Gegenteil hatte es sich unter anderem auf den Standpunkt gestellt, wegen fortdauernder Geschäftsfähigkeit der Bevollmächtigten habe die Vorsorgevollmacht gar nicht ausgenutzt werden dürfen. Das OLG München hält die Unterschrift für echt und geht auch davon aus, dass die Erblasserin trotz einiger Leseschwächen noch in der Lage gewesen sei, den Text der Urkunde zu erfassen und zu erkennen, dass es sich um eine rechtserhebliche Erklärung handele.

Damit war der Einwand des Missbrauchs der Vertretungsmacht erledigt, die Schenkung wirksam und das Vermächtnis wegen lebzeitiger Weggabe des Vermächtnisgegenstandes entfallen.

2. Zur Wirksamkeit der Weisung

Man kann sich seiner Privatautonomie nicht begeben. Testamentarische Verfügungen schränken die Vertragsfreiheit zu Lebzeiten gar nicht, erbvertragliche Verfügungen, denen wechselbezügliche eines gemeinschaftlichen Testaments gleichstehen, nur gegenüber Schenkungen und auch nur nach dem Erbfall ein. Umgekehrt ist die Stellung des testamentarischen Bedachten sehr schwach. Zu Recht hat deswegen das OLG München die bloß unterschriebene Weisung als lebzeitige Anordnung

betrachtet, nicht als Verfügung von Todes wegen. Zu überlegen wäre allenfalls, ob diese Weisung zusätzlich zu der notariell beurkundeten Vollmacht ihrerseits hätte beurkundet werden müssen (§ 311b Abs. 2 BGB), um wirksam zu sein. Die Ausdehnung der Beurkundungspflicht über die allgemeine Vollmacht bzw. den allgemeinen Auftrag hinaus auch oder erst auf die konkrete Weisung (§ 663 BGB) wird, soweit ersichtlich, in der Literatur nicht diskutiert.² Ich möchte das aber ablehnen, weil die Beurkundungspflicht im häufig informellen Austausch zwischen Beauftragtem und Geschäftsherrn ein Fremdkörper bliebe. Jedenfalls wäre hier aber zu berücksichtigen: Es ging ja nicht um die Frage, ob die Weisung wirksam gewesen wäre. Dogmatischer Ansatzpunkt war der Missbrauch der Vertretungsmacht, d. h. auch bei dessen herabgesetztem Kontrollmaßstab wegen Vertretung in einer In-Sich-Konstellation,³ war zu klären, ob die Weisung so ersichtlich unwirksam gewesen wäre, dass man der Bevollmächtigten die strikte Missachtung hätte auferlegen müssen. Das wird man kaum sagen können.

3. Vorfeldkontrolle der Weisung

Natürlich bleibt bei der Entscheidung ein ungutes Gefühl. Zugleich zeigt sich dem juristisch geschulten Auge aber, dass man diesem Gefühl nicht nachgeben darf. Man hätte nämlich schon gerne gewusst, mit welchem Anteil an Willensbildung die Erblasserin selbst und mit welchem Anteil ihre Verwandtschaft dazu beigetragen hat, dass es zu der Weisung überhaupt kam. Hat die Erblasserin, mit anderen Worten, weitgehend unbesehen einen ihr vor die Nase gehaltenen Zettel unterschrieben oder ist sie möglicherweise des Vermächtnisses überdrüssig geworden und hat ausdrücklich die Erstellung einer solchen Anweisung erbeten? Indes zeigt sich sogleich: Diese Fragestellung, so interessant sie für die menschliche Aufarbeitung des vorliegenden Falles auch wäre, führt in der Vertragsdogmatik wie in der Prozesssituation ins Nichts. Wollen wir tatsächlich Verträge danach gewichten, unter welchen äußeren Einflüssen diese zustande gekommen sind bzw. wer wann wem welche Flausen in den Kopf gesetzt hat? Zu Recht kennt die Dogmatik des Schuldrechts nur ganz grobe äußere Grenzen: Die arglistige Täuschung und die Drohung (§ 123 BGB) sowie das Ausnutzen einer erheblichen (!) Willensschwäche, § 138 BGB. Unterhalb dessen ist jedes Hervorrufen, jede Überzeugungsarbeit, jede Einflussnahme auf einen Willensentschluss nicht sinnvoll juristisch zu gewichten. Damit ist meines Erachtens mit den Mitteln unserer Rechtsordnung die Entscheidung des OLG München unausweichlich.

4. Gestaltungsüberlegungen

Es bleiben allenfalls gestalterische Überlegungen, wie die Zugriffsmöglichkeiten der näheren Verwandtschaft, insbesondere nach deren Ausstattung mit einer Vorsorgevollmacht, beschränkt werden können. Diese Überle-

1 Der Beschluss erwähnt eine von der Erblasserin veranlasste Kreditaufnahme von 350 Million € kurz vor ihrem Tod, ferner ein behauptetes Kontoguthaben von 100 Millionen €.

2 Vgl. BeckOGK-BGB/Schreindorfer, Stand: 01.04.2022, § 311b Rdnr. 66-69.3.

3 Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung.

gungen sind aber eher Appell an die Erblasser als konkrete Gestaltungsempfehlung:

- a) Keine Befreiung von § 181 BGB: Bei nur einem Vorsorgebevollmächtigten schwierig, bei mehreren auf gleicher Ebene (in derselben Generation) eher machbar.
- b) Flankierende Weisungen, wie mit dem Vermögen verfahren werden soll:⁴ Dies wäre aber bei gegenteiliger Weisung erfolglos.
- c) Herausnehmen des gesamten Grundstückes aus der Vollmacht: Erfolgversprechend, aber das Testament müsste bei Erteilung der Vorsorgevollmacht bekannt (und überhaupt erstellt) sein – hier nicht der Fall!
- d) Verstärkung des Vermächtnisses durch erbvertragliche Bindung: Hilfreich, aber: Wie kann der Erblasser bei Zerwürfnissen die Bindung beseitigen? Zudem hilft es nicht bei handschriftlichen Testamenten mit nicht-Ehegatten.

So bleiben allenfalls zwei menschliche Appelle:

Verheimlicht Testamente auch gegenüber den Angehörigen.

Und: Regelt die Angelegenheiten durch lebzeitige Übertragung, bevor ihr zum Spielball widerstreitender Interessen werdet.

Man kann sich seiner Vertragsfreiheit eben nicht begeben. Man kann allenfalls mit der Gier der Verwandtschaft rechnen.

4 Zu deren Wirksamkeit BGH, Urteil vom 22.07.2009, XII ZR 77/06, NJW 2009, 2814.

12. Zur Geltung der §§ 2113, 2114 BGB für den Vorerbentestamentsvollstrecker

KG, Beschluss vom 11.01.2022, 1 W 252/21, mitgeteilt von Dr. **Annette Rieger**, Richterin am KG

BGB §§ 2112, 2113 Abs. 1, §§ 2205, 2208 Abs. 1, §§ 2209, 2222, 2365, 2368
FamFG § 354 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. **Der nur für die Vorerbschaft eingesetzte Testamentsvollstrecker ist nicht kraft Gesetzes an die Beschränkungen gebunden, die dem Vorerben gegenüber dem Nacherben in den §§ 2113, 2114 BGB auferlegt sind (Fortführung von KG, RJA 13, 252; entgegen OLG München, FamRZ 2016, 1302).**
2. **Der Erblasser kann gemäß § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB anordnen, dass der für die Vorerbschaft ernannte Testamentsvollstrecker nur die Rechte des (nicht befreiten) Vorerben ausüben und deshalb der Beschränkung des § 2113 Abs. 1 BGB unterliegen soll. Eine solche Beschränkung ist gemäß § 354 Abs. 2 FamFG in einem Testamentsvollstreckerzeugnis anzugeben.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Eingetragene Eigentümer sind die Beteiligte zu 1 zu ½ sowie die Beteiligte zu 1 und M(...) in Erbengemeinschaft zu ½. Grundlage der letztgenannten Eintragung ist ein (auf einem privatschriftlichen Testament beruhender) Erbschein, ausweislich dessen der 2017 verstorbene J(...) von der Beteiligten zu 1 zu ⅔ und von M(...) zu ⅓ beerbt worden ist. Weiter heißt es, M(...) sei nur Vorerbe. Nacherbfolge insoweit sei angeordnet. Der Nacherbfall trete ein mit dem Tod des Vorerben. Nacherben seien seine künftigen Abkömmlinge. Es sei Testamentsvollstreckung angeordnet. Hierzu sind in Abt. II ein Nacherbenvermerk und ein Testamentsvollstreckervermerk gebucht.

2 In notarieller Verhandlung vom 12.02.2021 bewilligte die Beteiligte zu 1 – auch in ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstreckerin – die Eintragung einer Auflassungsvormerkung nebst Wirksamkeitsvermerk im Grundbuch. Zum Nachweis ihrer Verfügungsbefugnis nahm sie auf ein Testamentsvollstreckerzeugnis Bezug, nach dem sie Testamentsvollstreckerin über den Nachlass des J(...) wie folgt ist: Der Erblasser habe angeordnet, dass sie den Nachlass hinsichtlich des Erbteils des M(...) auch nach der Erledigung der ihr sonst übertragenen Aufgaben verwalte. Die Testamentsvollstreckung ende erst mit dem Tod des M(...).

3 Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag nach unerledigter Zwischenverfügung mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen, da es für den Wirksamkeitsvermerk an einer Mitwirkung der Nacherben fehle, für die gemäß § 1913 BGB ein Pfleger zu bestellen sei.

4 II. Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Die Voraussetzungen für die Eintragung der Vormerkung (§ 19 GBO, § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB) und des Wirksamkeitsvermerks liegen vor.

5 Wird eine Vormerkung bestellt, die bei Eintritt des Nacherbfalls wirksam bleibt, kann die Eintragung eines solchen Vermerks verlangt werden, mit dem klargestellt wird, dass der eingetragene Nacherbenvermerk gegenüber diesem Recht keine Unwirksamkeit im Sinne von § 2113 BGB anzeigt (vgl. BGH, NJW 1999, 2275, 2276; BayObLG, DNotZ 1998, 206, 207 f.; Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl., § 51 Rdnr. 119). Das ist hier der Fall. Die durch die Beteiligte zu 1 bewilligte Vormerkung ist dem Nacherben gegenüber auch bei Eintritt des Nacherbfalls voll wirksam. Ihre Verfügungsbefugnis ergibt sich aus § 2205 Satz 2 und 3 BGB, die nicht den Beschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB unterliegt.

6 Ist ein Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368 BGB) erteilt, so kann die Verfügungsbefugnis oder die sonstige Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers allein durch das Zeugnis nachgewiesen werden. Zu einer eigenen, ergänzenden oder berichtigenden Auslegung der Verfügung von Todes wegen ist das Grundbuchamt nicht berechtigt (OLG München, FGPrax 2015, 848, 849; OLG Düsseldorf, MittBayNot 2012, 468; BayObLG, FamRZ 1991, 984, 985; Meikel/Krause/Weber, GBO, § 35 Rdnr. 179). Das gilt hier umso mehr, als das Testament, aus dem sich die Erbfolge und Anordnung der Testamentsvollstreckung ergibt, nicht

der Form des § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1, Abs. 2 Hs. 2 GBO genügt.

7 Aus dem Testamentsvollstreckerzeugnis folgt zum einen, dass die Beteiligte zu 1 nicht (auch) gemäß § 2222 BGB zu dem Zweck ernannt ist, bis zum Eintritt der Nacherbfolge die Rechte des Nacherben auszuüben und dessen Pflichten zu erfüllen (vgl. zur Zulässigkeit der Kumulation BGH, NJW 1995, 456). In dem Zeugnis sind nicht nur die in § 354 Abs. 2 FamFG genannten Sonderfälle, sondern alle Abweichungen gegenüber der gesetzlichen Grundregel (§§ 2203–2206 BGB) anzugeben. Die Nacherbenvollstreckung nach § 2222 BGB ist eine solche Sonderaufgabe (vgl. OLG Düsseldorf, a. a. O.; Erman/Simon, BGB, 16. Aufl., § 2368 Rdnr. 8), die hier nicht genannt ist.

8 Zum anderen ergibt sich aus dem Testamentsvollstreckerzeugnis, dass die Beteiligte zu 1 gemäß § 2205 Satz 2 Alt. 2 BGB befugt ist, (mit voller Wirksamkeit) über die Nachlassgegenstände zu verfügen. Dem Zeugnis ist eine Abweichung von der gesetzlich eingeräumten Verfügungsbefugnis nicht zu entnehmen. Zwar ist es gemäß § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB zulässig, den Testamentsvollstrecker – als Gegenstück zu § 2222 BGB – als reinen Vorerbenvollstrecker einzusetzen, der nur die Rechte des (nicht befreiten) Vorerben ausüben und deshalb der Beschränkung des § 2113 Abs. 1 BGB unterliegen soll (so wohl Staudinger/Avenarius, Neub. 2019, § 2113 Rdnr. 7; a. A. BeckOGK-BGB/Grotheer, Stand: September 2021, § 2197 Rdnr. 99). Die Anordnung einer solchen Beschränkung auf die Verfügungsrechte des Vorerben nach §§ 2112 ff. BGB ist aber gemäß § 354 Abs. 2 FamFG in dem Zeugnis anzugeben, woran es fehlt. Das Grundbuchamt hat nach § 2365 i. V. m. § 2368 Satz 2 BGB davon auszugehen, dass im Testamentsvollstreckerzeugnis nicht verlautbarte Verfügungsbeschränkungen nicht bestehen (OLG München, a. a. O.; Meikel/Böhlinger, GBO, § 52 Rdnr. 20).

9 Aus dem Umstand, dass nach dem Inhalt des Zeugnisses die für den Erbteil des M(...) angeordnete Dauervollstreckung (§ 2209 BGB) – ggf. schon (§ 2210 Satz 1 BGB) oder erst (§ 2210 Satz 2 BGB) – mit seinem Tod enden soll, folgt keine Abweichung von der Regelbefugnis des § 2205 Satz 2 und 3 BGB. Der nur für die Vorerbschaft eingesetzte Testamentsvollstrecker ist nicht kraft Gesetzes an die Beschränkungen gebunden, die dem Vorerben gegenüber dem Nacherben in den §§ 2113, 2114 BGB auferlegt sind (KG, RJA 13, 252, 253; OLGE 34, 298; OLG Karlsruhe, MDR 1981, 943; OLG Stuttgart, BWNotZ 1980, 92; BeckOGK-BGB/Grotheer, § 2197 Rdnr. 97.2; a. A. OLG München, FamRZ 2016, 1302, 1304; Grüneberg/Weidlich, 81. Aufl., § 2205 Rdnr. 24; Staudinger/Reimann, Neub. 2016, § 2205 Rdnr. 226).

10 Der Testamentsvollstrecker kann im Verhältnis zum Nacherben mehr Rechte haben als der Vorerbe, weil er seine Rechtsstellung nicht von der des Vorerben ableitet. Er übt das ihm zugewiesene Amt aus eigenem Recht gemäß dem letzten Willen des Erblassers und dem Gesetz selbständig aus. Es erscheint nicht sachgerecht, den Erblasser darauf zu verweisen, er müsse den Vorerben von den Beschränkungen der §§ 2113, 2114 BGB befreien, sollte der Testamentsvollstrecker die volle Verfügungsmacht haben. Der

Erblasser bringt dem von ihm ernannten Testamentsvollstrecker, der auch nicht in einem Interessenkonflikt wie der Vorerbe steht, häufig besonderes Vertrauen entgegen (vgl. KG, RJA, a. a. O.; Engelmann, MittBayNot 1999, 509, 512). Nimmt der Ernante das Amt nicht an oder fällt ohne Ersatz (§ 2197 Abs. 2, § 2199 Abs. 1 BGB) weg, endet die Verfügungsbeschränkung des Vorerben nach § 2211 Abs. 1 BGB. Für diesen Fall kann es im berechtigten Interesse des Erblassers liegen, den Vorerben nicht nach § 2136 BGB zu befreien.

11 Auch aus § 2222 BGB ist nichts anderes zu schließen (vgl. KG, a. a. O.). Diese Sonderform dient hauptsächlich der wirksamen Beaufsichtigung des Vorerben im Interesse des Nacherben (vgl. RGZ 77, 177, 178; MünchKomm-BGB/Zimmermann, 8. Aufl., § 2222 Rdnr. 2). Die Ernennung eines Nacherbenvollstreckers kann u. a. eine Pflegschaft für unbekannte Beteiligte nach § 1913 BGB ersetzen, lässt das Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung (§ 1821 Abs. 1, §§ 1908 i, 1915 BGB) entfallen (vgl. BGH, ZEV 2006, 262) und kommt insbesondere in Betracht, wenn der Erblasser im Übrigen keine Testamentsvollstreckung anordnet.

12 Dass sich die Verfügungsbefugnis der Beteiligten zu 1 nur nach § 2205 Satz 2 und 3 BGB richtet, steht auch im Einklang mit der allgemeinen Meinung, die Beschränkung des § 2113 Abs. 1 BGB gelte jedenfalls dann nicht, wenn der Testamentsvollstrecker auch für den Nacherben eingesetzt sei (BGHZ 40, 115, 119). Das wird nicht nur für den Fall bejaht, in dem ein Nacherbenvollstrecker gemäß § 2222 BGB während der Zeit der Vorerbschaft mit Wirkung für den Nacherben handeln kann. Vielmehr soll der Vollstrecker auch dann nicht an die Beschränkungen der §§ 2213, 2214 BGB gebunden sein, wenn nur eine „gewöhnliche“ Testamentsvollstreckung angeordnet ist, die für den Nacherben erst mit dem Eintritt der Nacherbfolge beginnt (OLG Düsseldorf, a. a. O.; vgl. auch BayObLG, a. a. O.; BayObLGZ 1986, 208, 213; MittBayNot 1983, 229, 230). Die Zustimmung zu einer Veräußerung (ggf. nach § 2120 BGB) wäre aber während der Vorerbschaft zu erteilen, zu einem Zeitpunkt, in dem nicht feststeht, ob auch die Nacherbschaft der Verwaltung des handelnden Testamentsvollstreckers unterliegen wird. Dieser Gesichtspunkt spricht ebenfalls dafür, dass der nur für die Vorerbschaft Ernante gemäß § 2205 Satz 2 und 3 BGB unbeschränkt Verfügungsberechtigt ist, wenn nicht der Erblasser nach § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB eine – im Testamentsvollstreckerzeugnis anzugebende – Beschränkung auf das dem Vorerben nur zustehende Verfügungsrecht nach §§ 2112 ff. BGB angeordnet hat.

13 Die Entgeltlichkeit der Verfügung ist mit den Angaben vom 12.02.2021 hinreichend nachgewiesen (vgl. Meikel/Böhlinger, GBO, § 52 Rdnr. 54).

ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Regensburg

1. Kombination von Testamentsvollstreckung und Nacherbfolge

Der Beschluss des KG vom 11.01.2022 betrifft – wie schon die Entscheidung des OLG München vom 15.04.2016¹ – die notarielle Gestaltungspraxis nicht unmittelbar, zeigt aber, dass komplizierte erbrechtliche Konstrukte in der Folge oftmals mit Problemen verbunden sind, die mit einer gewissen Umsicht vermieden werden können.

Der zu entscheidende Sachverhalt war bei den beiden genannten Beschlüssen strukturell nahezu identisch: Der Erblasser hatte für einen von mehreren Miterben Nacherbfolge und Testamentsvollstreckung als Dauervollstreckung gemäß § 2209 BGB angeordnet; der Vorerbe wurde dabei nicht von Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB befreit. Derartige Gestaltungen sind vor allem beim sog. Behindertentestament üblich.² Will der Miterbe, der zugleich Testamentsvollstrecker ist, Grundbesitz veräußern, stellt sich – spätestens bei Löschung des Testamentsvollstrecker- und Nacherbenvermerks im Grundbuch – die Frage, ob und in welcher Weise er ohne Mitwirkung der Nacherben verfügungsbefugt ist. Der vom KG entschiedene Fall unterscheidet sich von dem Sachverhalt, über den das OLG München zu befinden hatte, im Wesentlichen dadurch, dass Erbfolge und Testamentsvollstreckung nicht (wie im Fall des OLG München) in einem notariellen Testament, sondern in einem privatschriftlichen Testament angeordnet waren und demgemäß der Testamentsvollstrecker seine Verfügungsbefugnis durch ein Testamentsvollstreckerzeugnis nachzuweisen hatte.

2. Gelten die Beschränkungen des Vorerben auch für den Testamentsvollstrecker?

Der im Leitsatz 1 geäußerten Ansicht des KG kann nicht zugestimmt werden. Hiernach soll ein Testamentsvollstrecker, der nur für eine Vorerbschaft eingesetzt ist, nicht kraft Gesetzes den Beschränkungen des Vorerben gegenüber dem Nacherben unterliegen. Der Beschluss steht damit in direktem Widerspruch zur Entscheidung des OLG München vom 15.04.2016.³

Überträgt ein nichtbefreiter Vorerbe, der nicht durch Testamentsvollstreckung beschwert ist, Grundbesitz auf Dritte, so ist seine Verfügung „im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde“ (§ 2113 Abs. 1 BGB). Die Verfügung wird mit Zustimmung des Nacherben wirksam, mit der Folge, dass der Vertragsgegenstand dann aus dem Nachlass ausscheidet. Die Zu-

stimmung von Ersatznacherben ist nicht erforderlich.⁴ Die Tücke der gesetzlichen Regelung besteht darin, dass als maßgebender Zeitpunkt für die Frage, wer als Nacherbe zustimmungsbefugt ist, der Nacherbfall, also regelmäßig das Ableben des Vorerben, angenommen wird. Hat zudem der Erblasser, wie im Falle des KG, die Abkömmlinge des Vorerben zum Nacherben eingesetzt, ohne diese namentlich (oder auf andere Weise) bezeichnet zu haben, ist ggf. für unbekannte Nacherben gemäß § 1913 BGB ein Pfleger zu bestellen,⁵ der für seine Zustimmung zur Veräußerung der gerichtlichen Genehmigung nach §§ 1821, 1812, 1915 BGB bedarf. An dieser gesetzlichen Lage ändert sich zunächst auch nichts dadurch, dass – wie vor allem beim Behindertentestament üblich – Testamentsvollstreckung über die Vorerbschaft angeordnet wird. Ein Testamentsvollstrecker kann nicht mehr Rechte haben als der Erbe selbst.⁶

Dieses Ergebnis und das hierdurch notwendig werdende aufwendige Verfahren deckt sich regelmäßig nicht mit den Intentionen des Erblassers, vor allem beim Behindertentestament. Der Miterbe, der zugleich Testamentsvollstrecker über die Vorerbschaft seines Miterben wird, soll den Nachlass wirtschaftlich so verwalten können, als wenn er selbst Alleinerbe wäre. Der Erblasser hat es in der Hand, die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers zu verbessern. Er könnte den Vorerben hierzu von den Beschränkungen der §§ 2113, 2114 BGB befreien, um die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers zu erweitern; dann ist der Vorerbe wie ein Testamentsvollstrecker lediglich nicht zu unentgeltlichen Verfügungen berechtigt (§ 2113 Abs. 2, §§ 2136 und 2205 Satz 3 BGB). Diese Möglichkeit, die Befugnisse des Testamentsvollstreckers über das Recht der Nacherbfolge zu erweitern, wird aber in den meisten Fällen, vor allem beim Behindertentestament, ausscheiden, da hierdurch der Zugriff von Eigengläubigern des Vorerben auf den Nachlass ermöglicht würde.⁷

Will der Erblasser den Testamentsvollstrecker trotz nicht befreiter Vorerbschaft möglichst frei „schalten und walten“ lassen, kann er ergänzend zu einer allgemeinen Dauervollstreckung (§ 2209 BGB) Nacherbenvollstreckung nach § 2222 BGB anordnen; dann ist der Testamentsvollstrecker befugt, auch etwaige Kontroll- und Zustimmungsrechte des Nacherben auszuüben.⁸ Gerade bei privatschriftlichen Testamenten wird sich ein derartiger Wille des Erblassers durch eine erläuternde oder ergänzende Auslegung ergeben können.

4 BGH, Urteil vom 25.09.1963, V ZR 130/61, BGHZ 40, 115 = NJW 1963, 2320; OLG München, Beschluss vom 28.11.2017, 34 Wx 176/17, ZEV 2018,50.

5 Grüneberg/*Weidlich*, 81. Aufl. 2022, § 2113 Rdnr. 6.

6 OLG München, Beschluss vom 13.01.2014, 34 Wx 176/17, MittBayNot 2016, 423; Grüneberg/*Weidlich*, §§ 2022, 2025 Rdnr. 4; Staudinger/*Dutta*, Neub. 2021, § 2205 Rdnr. 226.

7 Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, A. Rdnr. 815.

8 Vgl. dazu Staudinger/*Dutta*, § 2222 Rdnr. 5 f.

1 OLG München, Beschluss vom 15.04.2016, 34 Wx 158/15, MittBayNot 2016, 423 = ZEV 2016, 325 m. Anm. *Reimann*.

2 Vgl. Reimann/Bengel/Dietz, Testament und Erbvertrag, 7. Aufl. 2020, A. Rdnr. 808 ff.

3 Siehe Fn. 1.

Das KG hat offenbar versucht, ein von ihm als misslich empfundenenes Ergebnis durch Auslegung des Gesetzes zu korrigieren, gestützt lediglich auf Praktikabilitäts Erwägungen („es sei nicht sachgerecht, den Erblasser hierauf zu verweisen“) und den Hinweis darauf, der Erblasser habe dem Testamentsvollstrecker „häufig besonderes Vertrauen entgegengebracht“. Dies ist als Begründung zu wenig, um dem Ergebnis des KG folgen zu können

Methodisch wäre es richtig gewesen, zunächst den Willen des Erblassers zu ermitteln. Da ein Testament eine Willenserklärung darstellt, ist es nach § 133 BGB auslegungsfähig. Auch § 2084 BGB verlangt, dass der favor testamenti in besonderer Weise berücksichtigt wird. Es wäre also vorab bei einer derartigen Gestaltung zu prüfen gewesen, ob der Erblasser in Wirklichkeit auch Nacherbenvollstreckung gemäß § 2222 BGB angeordnet hat.

Der Beschluss des KG ist auch ein Hinweis für die Gestaltungspraxis: Wenn schon ein – eher kompliziertes – Konstrukt mit Vorerbschaft und Testamentsvollstreckung gewählt wird, sollte man nicht nur eine Dauervollstreckung gemäß § 2209, sondern ergänzend auch eine Nacherbenvollstreckung nach § 2222 BGB anordnen.

3. Welche Beschränkungen des Testamentsvollstreckers sind im Testamentsvollstreckerzeugnis anzugeben?

Auch die Aussage des KG in Leitsatz 2, dass Beschränkungen des Vorerben durch die §§ 2113 ff. BGB im Testamentsvollstreckerzeugnis anzugeben sind, kann nicht unwidersprochen bleiben.

Gemäß § 20 GBO darf die Auflassung des Grundstücks im Grundbuch nur eingetragen werden, wenn die Einigung des Berechtigten und des anderen Teils über den Rechtsübergang (§ 925 Abs. 1 BGB) erklärt ist. Handelt dabei ein Testamentsvollstrecker, hat das Grundbuchamt dessen Verfügungsbefugnis zu prüfen. Zum Nachweis ist die Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses erforderlich (§ 35 Abs. 1 Hs. 1 GBO), es sei denn, die Testamentsvollstreckung beruht auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist (§ 35 Abs. 2, Abs. 1 Satz 2 GBO).

Ist ein Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt, wird im Grundbucheintragungsverfahren die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers allein durch dieses nachgewiesen. Das Testamentsvollstreckerzeugnis ist für das Grundbuchamt grundsätzlich bindend. Zu einer eigenen ergänzenden oder berichtigenden Auslegung der Verfügung von Todes wegen ist es nicht berechtigt.⁹ Eine Ausnahme gilt allerdings, wenn dem Grundbuchamt konkrete, vom Nachlassgericht nicht berücksichtigte Tatsachen bekannt sind.

Aus dem Zeugnis des Testamentsvollstreckers ergeben sich auch Beschränkungen der Verfügungsbefugnis (§ 354 Abs. 2 FamFG). Sind im Testamentsvollstreckerzeugnis keine Abweichungen vom gesetzlichen Umfang

der Befugnisse (§§ 2203–2206 BGB) angegeben, hat das Grundbuchamt in der Regel vom Nichtbestehen solcher Einschränkungen und somit von der gesetzlichen Verfügungsbefugnis gemäß § 2205 Satz 2 und 3 BGB auszugehen, da die Vermutungswirkung des § 354 Abs. 2 FamFG auch gegenüber dem Grundbuchamt gilt.

Die Ausführungen des KG stimmen bis zu dieser Aussage mit der Rechtsprechung des OLG München¹⁰ überein. Fraglich ist in diesem Kontext allerdings, ob, wie vom KG offenbar angenommen, Abweichungen von der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, die sich aus dem Gesetz, hier aus dem Recht der Nacherbfolge (§§ 2100 ff. BGB), ergeben, im Testamentsvollstreckerzeugnis anzugeben sind.

Der Geschäftsgegner soll durch Einsicht ins Testamentsvollstreckerzeugnis und ins maßgebliche Gesetz feststellen können, was der Testamentsvollstrecker (im Außenverhältnis) darf und was nicht.¹¹ Nur schuldrechtlich bindende Verwaltungsanordnungen (§ 2216 Abs. 2 Satz 1 BGB) sind nicht in das Zeugnis aufzunehmen.

Unter § 354 Abs. 2 FamFG fallen nach herkömmlicher Ansicht insbesondere Beschränkungen hinsichtlich der Verwaltung des Nachlasses oder der Freistellung beim Eingehen von Verbindlichkeiten, Übertragung der Verwaltung als selbstständige Aufgabe – Verwaltungs- oder Dauervollstreckung gemäß § 2209 BGB, die besondere Anordnung für die Dauer dieser Verwaltungsbefugnis, die Regelung der Befugnisse mehrerer Testamentsvollstrecker, sofern sie von der Bestimmung des § 2224 BGB abweichen. Hat der Erblasser das Ende der Testamentsvollstreckung aus einem besonderen Grund angeordnet, gilt das als inhaltliche Abweichung, mit der ein Dritter nicht zu rechnen braucht, es ist deshalb im Zeugnis besonders anzugeben. Einzutragen ist auch die Beschränkung des Testamentsvollstreckers auf die Überwachung des Erben (§ 2208 Abs. 2 BGB), auf sonstige schuldrechtlich wirkende Aufgaben und Rechte und auf den Vollzug von Auflagen.¹² Einzutragen sind auch gegenständliche Beschränkungen. Bezieht sich die Testamentsvollstreckung nur auf einen Bruchteil des Nachlasses, ist auch der betroffene Miterbe anzugeben. Aufzuführen ist ferner der besondere Aufgabenkreis in den Fällen des § 2222 BGB (Nacherbenvollstreckung) und § 2223 BGB (Vermächtnisvollstreckung). Bei einer Testamentsvollstreckung für Vor- und Nacherbfolge ist ein einheitliches Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen. Auch die Untersagung der Erbteilung auf Dauer oder Zeit ist zu erwähnen.

Anzugeben sind nach der ratio legis aufgrund von § 354 Abs. 2 FamFG somit lediglich Beschränkungen, die vom

9 MünchKomm-BGB/Grziwotz, 8. Aufl. 2020, § 2368 Rdnr. 44.

10 Vgl. OLG München; Beschluss vom 16.11.2015, 34 Wx 178/15, MittBayNot 2016, 426 m. Anm. Weidlich.

11 Keidel/Zimmermann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 354 Rdnr. 33; MünchKomm-BGB/Grziwotz, § 2368 Rdnr. 37.

12 Vgl. Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl. 2020, § 2 Rdnr. 310, 311; Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2020, Rdnr. 269; MünchKomm-BGB/Grziwotz, § 2368 Rdnr. 37.

Erblasser abweichend vom gesetzlichen Regelmodell der §§ 2203 ff. BGB angeordnet werden. Beschränkungen, die sich aus dem Gesetz ergeben, sind nicht in das Testamentvollstreckerzeugnis aufzunehmen. Hat ein Testamentvollstrecker nur den Nachlass eines Vorerben zu verwalten, sind die Vorschriften der §§ 2100 ff. BGB für seine Verwaltungsbefugnisse maßgebend. Das Testamentvollstreckerzeugnis kann nicht alle gesetzlichen Schranken, die etwa für das Handeln eines Testamentvollstreckers gelten, nennen. Es ist kein Vademecum. Für das Grundbuchamt als Gericht gilt zudem immer noch der Grundsatz *iura novit curia*. Anders mag die Situation beim Europäischen Nachlasszeugnis sein, das überwiegend zur Verwendung im Ausland bestimmt ist, wo nicht vorausgesetzt werden kann, dass fremde Gerichte das deutsche Recht kennen.

13. Begrenzung der Verzichtswirkung eines Erbverzichtsvertrags auf einzelne Abkömmlinge

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21.06.2021, 21 W 39/21
BGB § 2349

LEITSATZ:

§ 2349 Hs. 2 BGB eröffnet den Parteien eines Erbverzichtsvertrags die Möglichkeit, eine Begrenzung der Verzichtswirkung auf einzelne Abkömmlinge zu vereinbaren.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Erblasserin ist am (...) 2016 mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Stadt 1 ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung verstorben. Ihr Ehemann war bereits am (...) 2007 verstorben.

2 Bei der Beteiligten zu 1 handelt es sich um die einzige überlebende Tochter der Erblasserin. Die weitere Tochter A ist am (...) 2014 verstorben.

3 Bei den Beteiligten zu 2 und 3 handelt es sich um die einzigen Abkömmlinge der A.

4 Die 1978 geborene Beteiligte zu 3 steht unter gesetzlicher Betreuung; die Aufgabe einer Verfahrensbevollmächtigten wird von der Betreuerin wahrgenommen.

5 Mit notariell beurkundetem Erbverzichtsvertrag vom 26.05.2010 (UR-Nr [...] /2010 des Notars B) wurde zwischen der Erblasserin und der Mutter der Beteiligten zu 2 und 3 ein Erbverzichtsvertrag beurkundet (...). Darin erklärte die Mutter der Beteiligten zu 2 und 3, sie verzichte gemäß §§ 2346 ff. auf ihr gesetzliches Erbrecht nach der Erblasserin „unter der Bedingung, dass mein Erbe meinem Sohn <erg: nunmehr: Beteiligter zu 2> zufällt“. Die Erblasserin erklärte sich mit dem vorstehenden Verzicht einverstanden und nahm diesen an.

6 Seitens des Urkundsnotars wurde darauf hingewiesen, dass durch den vorstehenden Erbverzichtsvertrag die ver-

lorengegangene Rechtsstellung nicht automatisch auf den Beteiligten zu 2 übergehe.

7 Mit notariellem Schenkungsvertrag gleichfalls vom 26.10.2010 des Notars B (UR-Nr. [...] /2010, [...]) übergab die Erblasserin sodann im Wege der Schenkung und unter Wohnrechtvorbehalt ein Hausgrundstück an den Beteiligten zu 2 zu Alleineigentum. Der Wert ist in der Notarurkunde mit 98.000 € angegeben worden.

8 Das im Zeitpunkt des Erbfalls noch vorhandene Vermögen der Erblasserin ist mit 21.601,82 € angegeben worden (...).

9 Die Beteiligte zu 1 hat mit Antrag vor dem Nachlassgericht vom 04.08.2020 (...) die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Miterbin zu $\frac{1}{2}$ und die Beteiligten zu 2 und 3 als Miterben zu je $\frac{1}{4}$ ausweisen soll. Der Erbverzicht der vorverstorbenen Mutter der Beteiligten zu 2 und 3 sei nicht wirksam geworden, da er von der Mutter unter die sodann ausgebliebene Bedingung gestellt worden sei, dass die Erblasserin den Beteiligten zu 2 zu ihrem testamentarischen Erben einsetze. Die gemeinsame Absicht der Erblasserin und ihrer vorverstorbenen Tochter A sei es gewesen, das Eigentum an den Grundstücken in einer Hand zu belassen. Ferner habe sich die Erblasserin im Jahre 2007 und damit vor Ableben ihres vorverstorbenen Ehemannes gegenüber der Mutter der Beteiligten zu 2 und 3 dahin geäußert, dass sie den Beteiligten zu 1 zu ihrem Erben einsetzen und ihre Töchter auf den Pflichtteil setzen werde.

10 Der Beteiligte zu 2 ist dem Erbscheinsantrag entgegengetreten. Er hat die Auffassung vertreten, der Erbverzicht sei dahin auszulegen, dass seine Mutter nur für sich und die Beteiligte zu 3 auf ihren Erbteil nach der Erblasserin verzichtet habe, während der Beteiligte zu 2 von der Verzichtswirkung ausgenommen bleiben solle. Der Erbverzicht sei auch wirksam geworden. Er sei nicht davon abhängig, dass die Erblasserin den Beteiligten zu 2 zu ihrem testamentarischen Erben einsetze, sondern greife auch im Falle gesetzlicher Erbfolge nach der Erblasserin ein.

11 Der von dem Nachlassgericht als Zeuge gehörte Urkundsnotar hat bei seiner Anhörung vom 08.02.2021 (...) mitgeteilt, dass er keine Erinnerung an den Ablauf der Beurkundungsverhandlung habe. Jedoch schließe er aus dem in der Urkunde enthaltenen Belehrungsvermerk, wonach die verlorengegangene Rechtsstellung nicht automatisch auf den Beteiligten zu 2 übergehe, dass die Angelegenheit mit den Vertragsbeteiligten so besprochen worden war, dass der Erbverzicht der Mutter der Beteiligten zu 2 und 3 vor dem Hintergrund der Regelung des § 2350 BGB eine testamentarische Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 zur Voraussetzung haben sollte.

12 Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 08.02.2021 (...) die zur Erteilung des von der Beteiligten zu 1 beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet und die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses bis zu dessen Rechtskraft zurückgestellt. Aufgrund der Angaben des Urkundsnotars sei festzustellen, dass der Erbverzicht unter der aufschiebenden Bedingung einer testamentarischen Einsetzung des Beteiligten zu 2 durch die Erblasserin

gestanden habe. Da die Erblasserin keine derartige letztwillige Verfügung errichtet habe, sei der Erbverzicht nicht zur Wirksamkeit gelangt, sondern in der mit dem Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 geltend gemachten Weise die gesetzliche Erbfolge eingetreten.

13 Der Beteiligte zu 2 wendet sich mit am 11.03.2021 eingereichter Beschwerde (...) gegen diesen ihm am 11.02.2021 (...) zugestellten Beschluss. Nach § 2350 BGB komme es nicht darauf an, ob der Dritte, zu dessen Gunsten der an sich Erbberechtigte verzichtet hatte, im Wege gesetzlicher oder testamentarischer Erbfolge berufen werde, um dem Verzicht zur Wirksamkeit zu verhelfen. Gegenteiliges sei auch in dem Erbverzichtsvertrag der Erblasserin und der Mutter der Beteiligten zu 2 und 3 nicht angeordnet worden. Fordere man mit dem Nachlassgericht für das Wirksamwerden des Erbverzichts der Mutter, dass die Erblasserin den Beteiligten zu 2 testamentarisch zu ihrem Erben einsetze, erweise sich der Erbverzicht der Mutter als überflüssig, da ihr Ausschluss von der Erbfolge nach ihrer Mutter sich für diesen Fall bereits aus ihrer mit einer Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 konkludent verbundenen Enterbung ergebe.

14 Das Nachlassgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 18.03.2021 (...) aus den Gründen seiner angefochtenen Entscheidung nicht abgeholfen.

15 Die Beteiligten sind mit Verfügung vom 16.04.2021 (...) auf die voraussichtliche Rechtsauffassung des Senats hingewiesen worden. Stellungnahmen sind binnen der ihnen dafür bestimmten Frist und auch seither nicht eingegangen.

16 II. Die Beschwerde des Beteiligten zu 2 ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt und begründet worden.

17 Sie hat auch in der Sache Erfolg.

18 Der von der Antragstellerin beantragte Erbschein würde inhaltlich unrichtig sein und ist daher nicht erteilungsfähig.

19 Der Erblasser ist nicht in der mit dem Erbscheinsantrag geltend gemachten Weise von der Beteiligten zu 1 zu $\frac{1}{2}$ und von den Beteiligten zu 2 und 3 je zu $\frac{1}{4}$ beerbt worden. Vielmehr ist die Erblasserin infolge des Erbverzichtsvertrags der Mutter der Beteiligten zu 2 und 3 vom 26.05.2010 im Wege der gesetzlichen Erbfolge allein von den Beteiligten zu 1 und 2 beerbt worden.

20 Die Formulierung des notariell beurkundeten Erbverzichtsvertrags, dass die Mutter der Beteiligten zu 2 und 3 „für mich gemäß § 2346 ff. auf mein gesetzliches Erb- und Pflichtteilsrecht nach <der Erblasserin>“ unter der Bedingung verzichte, „dass das Erbe meinem Sohn <dem Beteiligten zu 1> zufällt“, ist dahin auszulegen, dass die Mutter und die Erblasserin damit von der ihr durch § 2349 Hs. 2 BGB eingeräumten Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die in § 2349 Hs. 1 BGB angeordnete Gesamtwirkung des Erbverzichts (Erstreckung auf alle Abkömmlinge) mit relativer Wirkung nur für den Beteiligten zu 2 aufzuheben. Es ist damit nur für die Beteiligte zu 3 bei der in § 2349 Hs. 1 BGB angeordneten Erstreckungswirkung des Erbverzichts geblieben, die auch sie von einer Erbfolge nach der Erblasserin ausschließt.

21 Die Aufnahme dieser Bedingung war rechtlich zulässig. Um ein bedingungsfeindliches Geschäft handelt es sich bei dem Erbverzicht nicht, er kann sowohl unter eine auflösende wie auch eine aufschiebende Bedingung gestellt werden (vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2346 Rdnr. 10). Über das „Ob“ der Aufnahme einer solchen Bedingung und ihren Inhalt ist im Wege der Auslegung zu entscheiden. Da es sich bei dem Erbvertrag um ein Rechtsgeschäft unter Lebenden und keine einseitige Verfügung von Todes wegen handelt, richtet sich die Auslegung nach den allgemeinen Regeln der §§ 133, 157 BGB (vgl. BayObLG, OLGZ 1995, 29; Palandt/*Weidlich*, § 2346 Rdnr. 10) mit der weiteren Maßgabe, dass die nach diesen Regeln gefundene Auslegung zur Wahrung der Form des § 2348 BGB in der notariellen Urkunde einen wenn auch geringen Anhalt gefunden hat (vgl. Staudinger/*Schotten*, Neub. 2018, § 2346 Rdnr. 54).

22 Eine Auslegung nach diesen Grundsätzen führt zu dem Ergebnis, dass die Mutter der Beteiligten zu 2 und 3 auf ihren Erbteil unter der Bedingung verzichtet hatte, dass der durch ihren Verzicht frei gewordene Erbteil hierbei dem Beteiligten zu 2 zugute kommen sollte. Dies ist zugleich als eine – rechtlich nach § 2349 Hs. 2 BGB zulässige – Beseitigung der in § 2349 Hs. 1 BGB angeordneten Gesamtwirkung des Erbverzichts der Mutter der Beteiligten zu 2 und 3 mit Relativwirkung nur für den Beteiligten zu 2 auszulegen. Diesem ist dadurch die Möglichkeit verschafft worden, den durch Erbverzicht der Mutter frei gewordenen Erbteil der Mutter auch im Wege der gesetzlichen Erbfolge erlangen zu können.

23 Bei dem in dem Erbverzichtsvertrag als „mein Erbe“ angesprochenen Nachlass, der nach Vorstellung der Vertragsparteien des Erbverzichts dem Beteiligten zu 2 anstelle seiner verzichtenden Mutter anfallen sollte, handelt es sich um den Erbteil nach der Erblasserin, der der Mutter der Beteiligten zu 2 und 3 als weiterer Tochter der Erblasserin neben der Beteiligten zu 1 zugestanden hätte, wenn sie von dem Abschluss des Erbverzichtsvertrags abgesehen hätte. Schon der in den Erbvertrag aufgenommene Belehrungshinweis des seinerzeitigen Urkundsnotars, dass die der Mutter der Beteiligten zu 2 und 3 durch ihren Erbverzicht verloren gegangene Rechtsstellung nicht automatisch auf den Beteiligten zu 2 übergehe, zeigt zweifelsfrei auf, dass der durch Erbverzicht der Mutter frei gewordene Erbfall nach Vorstellung der Vertragsparteien anstelle der Mutter nunmehr dem Beteiligten zu 2 zufallen sollte. Dieses Verständnis des Erbverzichtsvertrags wird ferner auch von den Beteiligten des vorliegenden Erbscheinsverfahrens nicht in Frage gestellt.

24 Die dem Erbverzicht beigegebene Bedingung ist damit dahin auszulegen, dass die Mutter der Beteiligten zu 2 und 3 unter der Bedingung auf den ihr nach der Erblasserin zustehenden gesetzlichen Erbteil von $\frac{1}{2}$ verzichtet hat, dass dieser an ihrer Stelle dem Beteiligten zu 2 zufällt.

25 Den Parteien eines Erbverzichtsvertrags steht es nach § 2349 Hs. 2 BGB frei, von der dort eröffneten Möglichkeit, gegenüber der in § 2349 Hs. 1 BGB geregelten Gesamtwirkung „ein anderes“ zu bestimmen, auch dadurch Gebrauch zu machen, dass nur einzelne Abkömmlinge von der Gesamtwirkung ausgenommen und dadurch gegenüber den

übrigen Abkömmlingen begünstigt werden (vgl. BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2349 Rdnr. 3, MünchKomm-BGB/Wengerhoff, § 2349 Rdnr. 6; Burandt/Rojahn/Große-Boymann, Erbrecht, 2019, § 2349 BGB Rdnr. 3; NK-BGB/J. Mayer, § 2349 Rdnr. 3, BeckOGK-BGB/Everts, § 2349 Rdnr. 9). Ihnen wird dadurch die Möglichkeit eröffnet, den durch Verzicht frei gewordenen Erbteil des Erblassers an dessen Stelle auch im Wege gesetzlicher Erbfolge erlangen zu können. Auf eine Einsetzung als testamentarischer Erbe des Erblassers ist nur derjenige Abkömmling angewiesen, der mangels Abbedingung des § 2349 Hs. 1 BGB in gleicher Weise wie der Verzichtende von der Verzichtwirkung erfasst wird und daher aus der gesetzlichen Erbfolge ausscheidet.

26 Zwar wird geltend gemacht, dass eine solche Begrenzung der in § 2349 Hs. 1 BGB angeordneten Gesamtwirkung des Verzichts auf einzelne Abkömmlinge von § 2349 Hs. 2 BGB nicht zulässig sei, sondern den Parteien von dieser Vorschrift nur die Möglichkeit eröffnet werde, die Gesamtwirkung unterschiedslos für alle Abkömmlinge des Verzichtenden zu beseitigen (vgl. Palandt/Weidlich, § 2349 Rdnr. 1; Staudinger/Schotten, § 2349 Rdnr. 14 m. w. N.). Vom Wortlaut der Vorschrift wird ein solches Verständnis jedoch nicht nahe gelegt. Vielmehr kann die Gesetzesformulierung, dass der Gesamtverzicht sich auf alle Abkömmlinge erstrecken soll, „sofern nicht ein anderes bestimmt wird“, zwanglos so verstanden werden, dass das Gesetz den Parteien dabei auch eine Beseitigung der Verzichtwirkung für einzelne Abkömmlinge ermöglichen wollte.

27 Normzweck und Entstehungsgeschichte des § 2349 Hs. 2 BGB ergeben nichts anderes. Die heute in § 2349 Hs. 1 BGB geregelte Gesamtwirkung der Erstreckung war von dem Gesetzgeber ursprünglich nicht beabsichtigt, sondern er hat zugrunde gelegt, dass sich der Erbverzicht des Verzichtenden stets nur auf sein eigenes Erbrecht auswirken könne (vgl. Mugdan, Bd. V, Motive, S. 480). Eine dem heutigen § 2349 Hs. 1 BGB entsprechende Ausnahmevorschrift zu diesem gesetzgeberischen Ausgangspunkt ist im Verlauf der Entwurfsberatungen eingeführt worden, um dem Gesichtspunkt Rechnung zu tragen, dass mit dem Erbverzicht eines Abkömmlings häufig der Zweck verfolgt werde, den gesamten Stamm des Verzichtenden von der Erbfolge auszuschließen (vgl. Mugdan, Bd. V, S. 830 = Prot. S. 7648). Allerdings ist dem Gesetzgeber eine absolute Durchführung dieses Prinzips nicht als angängig erschienen, sondern er hat sich im weiteren Verlauf der Entwurfsberatung durch Einfügung des § 2349 Hs. 2 BGB für eine Ausgestaltung der Vorschrift als Dispositivnorm entschieden. Grund dafür war ein von dem Gesetzgeber gesehenes Bedürfnis, der Privatautonomie der Parteien und den Umständen des jeweiligen Einzelfalls Rechnung zu tragen (vgl. Mugdan, Bd. V, S. 831 = Prot., S. 7650). Dass die heute in § 2349 Hs. 2 BGB getroffene Regelung (E § 2023, Antrag 2) den Vertragsparteien mit der dort eröffneten Dispositionsmöglichkeit eine von dem Gesetzgeber als eher theoretisch angesehene Möglichkeit zur Benachteiligung einzelner Abkömmlinge eröffnet, ist bei den Gesetzesberatungen gesehen worden, wurde aber zugunsten einer möglichst weiten Erstreckung der Privatautonomie und als eher fern liegend in Kauf genommen (Motive, Bd. 5, S. 831, Prot. S. 7650).

28 Gegen eine weite Auslegung der von § 2349 Hs. 2 BGB eröffneten Dispositionsmöglichkeit der Parteien wird zwar ferner eingewendet, dass dies dem Normzweck des § 23 BGB zuwiderlaufe, den Ausschluss des gesamten Stamms herbeizuführen (so Staudinger/Schotten, § 2349 Rdnr. 14 m. w. N.). Jedoch wird dabei nicht hinreichend genau zwischen dem Normzweck des § 2349 Hs. 1 BGB und dem dazu eigenständigen Normzweck des § 2349 Hs. 2 BGB abgegrenzt. Der Gedanke des Stammprinzips mag für die Auslegung des § 2349 Hs. 1 BGB eine Rolle spielen können. Er besagt aber nichts darüber, in welchem Umfang das Gesetz den Parteien mit der in § 2349 Hs. 2 BGB getroffenen Regelung eine Durchbrechung des Stammprinzips ermöglichen wollte.

29 Schon die Absicht des Gesetzgebers, den Parteien durch Ausgestaltung der Vorschrift als Dispositivnorm eine Berücksichtigung der Umstände und Bedürfnisse ihres konkreten Einzelfalls zu ermöglichen, spricht insoweit gegen eine enge Auslegung. Zudem stellt sich die in § 2349 Hs. 1 BGB angeordnete Erstreckung des Erbverzichts auf Angehörige nach ihrer Entstehungsgeschichte als Ausnahmevorschrift von dem Grundsatz der Einzelwirkung des Erbverzichts dar (vgl. Regler, DNotZ 1970, 646, 647). Sie muss demzufolge eng ausgelegt werden. Auch dies spricht umgekehrt für eine weite Auslegung der den Parteien von § 2349 Hs. 2 BGB ermöglichten Rückkehr zum gesetzlichen Grundprinzip der Einzelwirkung des Erbverzichts.

30 Die Parteien des Erbverzichtsvertrags haben hiernach in rechtlich wirksamer und zulässiger Weise einen Erbverzicht vereinbart, wonach die Mutter der Beteiligten zu 2 und 3 auf den ihr nach der Erblasserin zustehenden Erbteil unter Abbedingung der Gesamtwirkung ihres Verzichts nur für den Beteiligten zu 2 sowie unter der weiteren Bedingung verzichtet hat, dass der durch ihren Verzicht frei gewordene Erbteil dem Beteiligten zu 2 auch im Ergebnis zukommen sollte.

31 Dieser Verzicht ist auch nicht deshalb unwirksam geworden, weil der Beteiligte zu 2 von der Erblasserin nicht zu ihrem testamentarischen Erben eingesetzt worden ist, sondern sich die Erbfolge nach der Erblasserin mangels anderweitiger letztwilliger Verfügung nach gesetzlicher Erbfolge richtet.

32 Denn für eine einschränkende Auslegung der in dem Erbverzicht formulierten Bedingung, dass das Erbe meinem Sohn <dem Beteiligten zu 2> zufällt“, dass davon nur ein Erwerb des Erbteils der Erblasserin im Wege der testamentarischen Erbfolge erfasst werden sollte, fehlt es an zureichenden Anhaltspunkten.

33 Die Auslegung dieses Teils der formulierten Bedingung richtet sich ebenfalls nach den allgemeinen Regeln der Auslegung eines Erbverzichts.

34 Demzufolge ist maßgeblich auf eine objektive Auslegung des Vertragswortlauts nach §§ 133, 157 BGB vom Empfängerhorizont der Vertragsparteien abzustellen.

35 Die objektive Feststellungslast liegt dabei aufseiten dessen, der entgegen der Vermutungen des § 2350 BGB aus

der Unbedingtheit des Erbverzichts Rechte herleiten will. Die gesetzlichen Vermutungsregelungen des § 2350 BGB kommen dabei als solche allerdings erst zum Tragen, wenn bei dazu vorrangiger Erforschung des wirklichen Willens der Vertragsparteien nicht zu beseitigende Zweifel am Gewollten verblieben waren (vgl. BGH, Urteil vom 17.10.2007, IV ZR 266/06, NJW 2008, 298, juris Rdnr. 14; Palandt/*Weidlich*, § 2350 Rdnr. 1).

36 Bei Anwendung dieser Grundsätze lässt sich hier zweifelsfrei feststellen, dass die von den Parteien zugrunde gelegte Bedingung, wonach die Wirksamkeit des Erbverzichts der Mutter der Beteiligten zu 2 und 3 von einem Anfall des dadurch frei gewordenen Erbteils bei dem Beteiligten zu 2 abhängig gemacht worden war, nach dem Willen der Erblasserin und der Mutter nicht nur bei testamentarischer Erbeinsetzung des Beteiligten zu 2 durch die Erblasserin, sondern auch bei gesetzlicher Erbfolge als eingetreten anzusehen ist.

37 Der Wortlaut der Bedingung lässt für eine Beschränkung auf testamentarische Erbfolge nichts erkennen. Die Formulierung, wonach der Erbverzicht nur wirksam werden sollte, wenn der für sich genommen der Mutter zustehende Erbteil nach der Erblasserin dem Beteiligten zu 2 als ihrem Sohn „zufällt“, legt sowohl nach alltagssprachlichem wie auch nach juristischem Sprachgebrauch nahe, dass davon jeder erbrechtliche Erwerb, also insbesondere auch ein Erwerb im Wege gesetzlicher Erbfolge erfasst werden sollte. Angesichts der notariellen Beurkundung des Erbvertrags hätte eine klarstellende Formulierung, die eine Beschränkung auf testamentarische Erwerbsvorgänge erkennen lässt, jedoch nahegelegen, wenn dies dem Parteiwillen entsprochen hätte.

38 Eine Beschränkung der Bedingung auf einen testamentarischen Erwerb wird auch durch den in die Notarurkunde aufgenommenen Belehrungsvermerk nicht nahegelegt. Wenn dort ausgeführt worden ist, dass die durch den Erbverzichtsvertrag verloren gegangene Erbenstellung nicht automatisch auf den Beteiligten zu 2 übergehen werde, war ein solcher Hinweis auch dann angezeigt und sinnvoll, wenn der Erbverzicht nach Vorstellung der Parteien auch bei einem nur auf gesetzlicher Erbfolge beruhenden Erwerb des Beteiligten zu 2 wirksam bleiben sollte. Denn in beiden Fällen blieb es dabei, dass der zuvor der Mutter zustehende Erbteil durch ihren Erbverzicht nur für einen anderweitigen erbrechtlichen Erwerb durch Dritte frei geworden war, ohne dass er deshalb zugleich zwingend an den Beteiligten zu 2 gelangen musste. Vielmehr war dafür ein eigenständiger Erwerbsgrund erforderlich. Da dieser aber sowohl auf gesetzlicher Erbfolge wie auch auf Einsetzung durch letztwillige Verfügung der Erblasserin beruhen konnte, spricht auch der Inhalt dieses Belehrungsvermerks nicht maßgeblich gegen eine Auslegung, wonach der Erbverzicht auch wirksam bleiben sollte, wenn der frei gewordene Erbteil der Mutter dem Beteiligten zu 2 kraft gesetzlicher Erbfolge zufiel.

39 Konkrete Tatsachen, die für einen davon abweichenden Geschäftswillen der Vertragsparteien sprechen würden, hat auch die Vernehmung des Urkundsnotars nicht aufgezeigt.

40 Dieser hat vielmehr bekundet, dass er an den Verlauf der Beurkundungsverhandlung keine konkrete Erinnerung mehr habe. Bei seinen Ausführungen, dass er aus dem von ihm beigefügten Belehrungsvermerk bei Einbezug der gesetzlichen Vermutungsregelung des § 2350 BGB den Rückschluss ziehe, die Parteien hätten die Wirksamkeit des seinerzeitigen Erbverzichts nur für den Fall eines testamentarischen Erwerbs des Beteiligten zu 2 und nicht auch dann gewollt, wenn ihm der durch den Erbverzicht freigewordene Erbteil der Mutter im Wege gesetzlicher Erbfolge anfallen sollte, handelt es sich ersichtlich um eine bloße retrospektive Vermutung des Notars.

41 Sie vermag auch in der Sache nicht zu überzeugen. Denn soweit von § 2350 Abs. 1 BGB vermutet wird, dass der Verzicht zugunsten eines Dritten nur wirksam werden soll, wenn der angezielte Begünstigte auch tatsächlich Erbe wird, gilt die Bedingung im Rahmen dieser Zweifelsregelung auch dann als eingetreten, wenn es sich um einen Erwerb des Begünstigten kraft gesetzlicher Erbfolge handelt (vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2350 Rdnr. 1; jurisPK-BGB/*Hau*, 2020, § 2350 Rdnr. 12). Dass die Parteien unter einem „Zufallen“ der Erbschaft bei dem Beteiligten zu 2 allein einen testamentarischen Erwerb verstanden haben sollen, kann deshalb auch dann nicht angenommen werden, wenn dem Urkundsnotar seinerzeit diese Vorschrift vor Augen gestanden haben sollte.

42 Die Auffassung des Urkundsnotars mag zwar vor dem Hintergrund der teils vertretenen Ansicht verständlich sein, dass ein Teilverzicht zugunsten einzelner Abkömmlinge von § 2349 Hs. 2 BGB nicht zugelassen werde, denn nach dieser Auffassung können die Beteiligten einen von ihnen gewollten Anfall des durch Erbverzicht frei gewordenen Erbteils bei einem bestimmten Abkömmling des Erblassers von vornherein nur durch testamentarische Erbeinsetzung herbeiführen (vgl. in diesem Sinne etwa Palandt/*Weidlich*, § 2349 Rdnr. 1). Diesen umständlichen Weg mussten die Beteiligten nach den obigen Ausführungen hier aber nicht beschreiten, sondern konnten die Erstreckungswirkung des Erbverzichts der Mutter nach § 2349 Hs. 2 BGB durch Herausnahme des Beteiligten zu 2 beschränken, um auf diese Weise den Weg für einen Erbteilserwerb bei dem Beteiligten zu 2 im Wege gesetzlicher Erbfolge zu öffnen.

43 Eine Absicht der Parteien des Erbverzichtsvertrags, diesen hinfällig werden zu lassen, wenn der Beteiligte zu 2 den ihm anstelle der Mutter zugedachten Erbteil kraft gesetzlicher Erbfolge und nicht als Testamentserbe erlangen sollte, wird auch von den seitens der Beteiligten zu 1 geschilderten Tatsachen nicht nahegelegt. Die Beteiligte zu 1 hat zwar die Auffassung vertreten, dass der Erbverzicht unter die alleinige Bedingung einer testamentarischen Einsetzung des Beteiligten zu 2 gestellt worden sei. Sie hat dafür aber keine überzeugenden Indiztatsachen angeführt. Wenn es nach ihrer Darstellung die Absicht der Erblasserin und der Mutter des Beteiligten zu 2 gewesen sein soll, durch Abschluss des Erbvertrags zu gewährleisten, dass ihr Grundbesitz in einer Hand verbleibe und nicht auf mehrere Erben zersplittert werde, legt vielmehr auch dies nahe, dass den Beteiligten des Erbverzichts der Weg letztlich gleichgültig war, auf

dem es zu einem Erwerb des frei gewordenen Erbteils der Mutter und durch den Beteiligten zu 2 kommen werde. Wenn die Mutter dabei nach Darstellung der Beteiligten zu 1 die Erwartung hatte, dass die Erblasserin den Beteiligten zu 2 zu ihrem testamentarischen Erben bestimmen werde, trägt zwar auch dies dem Ziel Rechnung, diesen Erbteil dem Beteiligten zu 2 zukommen zu lassen, schließt aber ebenfalls in keiner Weise aus, dass die Mutter des Beteiligten zu 2 und die Erblasserin bei Abschluss des Erbverzichts zugleich auch einen Erwerb des Beteiligten zu 2 im Wege gesetzlicher Erbfolge für einen Bedingungseintritt ausreichen lassen wollten. Zudem hat auch die Beteiligte zu 1 keine erkennbaren Sachgründe dafür aufgezeigt, warum der Mutter des Beteiligten zu 2 gerade an einem testamentarischen Erwerb ihres Sohnes gelegen gewesen sein soll. Die von der Beteiligten zu 1 geschilderten Regelungsziele der Parteien des Erbverzichtsvertrags, insbesondere das Anliegen, den Grundbesitz der Erblasserin in einer Hand, nämlich derjenigen des Beteiligten zu 2 zu belassen, konnten in gleicher Weise auch erreicht werden, wenn dem Beteiligten zu 2 der durch Erbverzicht frei gewordene Erbteil seiner Mutter im Wege der gesetzlichen Erbfolge zufiel.

44 Eine Veranlassung, die durch die erfolgreiche Beschwerde des Beteiligten zu 2 veranlassten Gerichtskosten des Beschwerdeverfahrens einem der übrigen Beteiligten aufzuerlegen, ist nach §§ 80 ff. FamFG nicht ersichtlich. Jedoch widerspricht es der Billigkeit nach §§ 80 ff. FamFG nicht, angesichts der verwandtschaftlichen Beziehungen der Beteiligten sowie mangels gegenläufiger Beteiligung der übrigen Beteiligten an dem Beschwerdeverfahren von einer Anordnung zur Tragung der außergerichtlichen Kosten des Beteiligten zu 2 durch eine der übrigen Beteiligten abzusehen. Hiernach ist auch die Festsetzung eines Geschäftswerts für das Beschwerdeverfahren entbehrlich.

45 Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 2 FamFG zuzulassen. Die von der obergerichtlichen Rechtsprechung bislang – soweit ersichtlich – noch nicht entschiedene Frage, ob den Vertragsparteien nach § 2349 Hs. 2 BGB auch eine Begrenzung der Verzichtswirkung auf einzelne Abkömmlinge möglich ist, wird in der Literatur von jeweils gleich gewichtigen Stimmen unterschiedlich beurteilt (vgl. Palandt/*Weidlich*, § 2349 Rdnr. 1; Staudinger/*Schotten*, § 2349 Rdnr. 14 <Unzulässigkeit> einerseits, BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2349 Rdnr. 3, MünchKomm-BGB/*Wegerhoff*, § 2349 Rdnr. 6; Burandt/Rojahn/*Große-Boymann*, Erbrecht, § 2349 BGB Rdnr. 3; NK-BGB/*J. Mayer*, § 2349 Rdnr. 3, BeckOGK-BGB/*Everts*, § 2349 Rdnr. 9 <Zulässigkeit> andererseits).

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt **Andreas Friedberger**, München

1. Sachverhalt

Die Erblasserin und eine ihrer Töchter haben einen Erbverzichtsvertrag mit der Absicht geschlossen, einem Kind (Enkel der Erblasserin) dieser Tochter das Erbe zukommen zu lassen. Daher wurde der Erbverzichtsvertrag unter der Bedingung geschlossen, dass dieser Enkel Erbe

der Erblasserin wird. Ziel war es wohl, dem anderen Kind der Tochter das Erb- und Pflichtteilsrecht zu nehmen. Zusätzlich zu dieser Gestaltung hat die Erblasserin jedoch keine Verfügung von Todes wegen hinterlassen.

Eine solche Verfügung von Todes wegen, mit der die Erblasserin den Enkel als Erben eingesetzt hätte, war nach Ansicht des Gerichts jedoch auch nicht erforderlich. Denn der von den Beteiligten beabsichtigte Wille konnte auch durch Auslegung des Erbverzichtsvertrags erreicht werden: Die Bedingung, dass der eine Enkel anstatt der Verzichtenden Erbe nach der Erblasserin wird, war bereits aufgrund gesetzlicher Erbfolge eingetreten.

Voraussetzung für diese Auslegung war jedoch, dass ein Erbverzichtsvertrag dergestalt abgeschlossen werden kann, dass sich die Verzichtswirkung gemäß § 2349 BGB nur auf einzelne von mehreren Abkömmlingen des Verzichtenden erstreckt.

2. Zur Frage der Reichweite der Abdingbarkeit des § 2349 BGB

Diese, der Entscheidung im Wesentlichen zugrunde liegende Rechtsfrage, bejahte das Gericht mit den überwiegenden Stimmen in der Literatur.¹ Dem ist zuzustimmen.

a) Bei der Norm handelt sich daher um eine Dispositivnorm und nicht um eine Auslegungsregel.² Nach dem Wortlaut des § 2349 BGB erstreckt sich die Wirkung auf alle Abkömmlinge, „sofern nichts anderes vereinbart ist“. Etwas anderes ist jedoch auch dann vereinbart, wenn die Erstreckung der Verzichtswirkung nur auf einzelne Abkömmlinge bezogen wird. Eine Einschränkung dahin gehend, dass sich der Verzicht nur auf alle oder auf keinen Abkömmling erstrecken kann, kann dem nicht entnommen werden.

b) Auch der historische Gesetzgeber hat sich vor dem Hintergrund der Privatautonomie bewusst für die in § 2349 Hs. 2 getroffene Dispositionsmöglichkeit entschieden.³ Zwar lässt sich den Motiven keine eindeutige Aussage zur Frage, ob ein Erstrecken des Verzichts auf nur einen Teil der Abkömmlinge möglich sein soll oder nicht, entnehmen. Vor dem Hintergrund, dass der historische Gesetzgeber die Möglichkeit erkannte und bewusst in Kauf genommen hat, dass der Verzichtende den Erbverzichtsvertrag (bewusst) zum Nachteil seiner eigenen Abkömmlinge schließt,⁴ kann jedoch gefolgert werden, dass eine Verzichtserstreckung auch nur zulasten einzelner von mehreren Abkömmlingen des Verzichtenden erfolgen kann.

c) Dem gegenüber versteht eine andere Auffassung § 2349 BGB derart, dass sich eine Erstreckung der Verzichtswirkung nur auf alle oder keinen Abkömmling bezie-

1 MünchKomm-BGB/*Wegerhoff*, 8. Aufl. 2020, § 2349 Rdnr. 6; BeckOK-BGB/*Litzenburger*, Stand 01.02.2022, § 2349 Rdnr. 3.

2 MünchKomm-BGB/*Wegerhoff*, § 2349 Rdnr. 2; Staudinger/*Schotten*, Neub. 2016, § 2349 Rdnr. 3.

3 Mugdan, Bd. V, Motive 831, 1899, Protokolle 7650.

4 Mugdan, Bd. V, Motive 831, Protokolle 7650.

hen kann.⁵ Im Rahmen des § 2349 BGB erhält der Verzichtende die Möglichkeit, das Erbrecht Dritter ohne deren Mitwirkung (negativ) zu beeinflussen. Vor dem Ausnahmecharakter der Norm ist sie einschränkend auszulegen. Sie soll nach dem gesetzlichen Leitbild der Erbfolge nach Stämmen entweder den gesamten Stamm oder nur den Verzichtenden betreffen.⁶

d) Dem ist jedoch neben den vorgenannten Gesichtspunkten entgegen zu halten, dass sich – wie auch der der Entscheidung zugrunde liegende Sachverhalt zeigt – eine einschränkende Auslegung der Norm zum Schutz der betroffenen Abkömmlinge leicht umgehen ließe. Wirken die Beteiligten des Erbverzichtsvertrags zum Nachteil eines Abkömmlings des Verzichtenden zusammen, können sie dies auch bei Anwendung der einschränkenden Auslegung des § 2349 BGB tun, indem der Erbverzichtsvertrag mit Erstreckungswirkung für alle Abkömmlinge geschlossen wird und der Erblasser den zu begünstigenden Abkömmling des Verzichtenden als (Mit-)Erben einsetzt. Dies zeigt auch der hier der Entscheidung des Gerichts zugrunde liegende Sachverhalt: Hätte die Erblasserin eine entsprechende Verfügung von Todes wegen hinterlassen, indem sie den zu begünstigenden Enkel als Erben eingesetzt hätte, wäre für dessen Geschwisterteil nichts gewonnen. Vor diesem Hintergrund ist nicht einzusehen, warum man einerseits § 2349 BGB entgegen dem Wortlaut einschränkend auslegen sollte, um mit dem Umweg einer zusätzlichen Verfügung von Todes wegen zu demselben Ergebnis zu gelangen.

3. Ausblick

Daher ist der Entscheidung des Gerichts zuzustimmen. In der Vertragsgestaltung sollte jedoch noch davon Abstand genommen werden, die Verzichtswirkung nur auf einzelne Abkömmlinge des Verzichtenden zu erstrecken, bis die Rechtsfrage höchststrichterlich geklärt ist. Vor diesem Hintergrund ist es bedauerlich, dass die Entscheidung trotz der zugelassenen Rechtsbeschwerde ohne abschließende Klärung durch den BGH in Rechtskraft erwachsen ist.⁷

5 Palandt/Weidlich, 80.Aufl. 2021, § 2349 Rdnr. 1, Staudinger/Schotten, § 2349 Rdnr. 14 m. w. N.

6 Staudinger/Schotten, § 2349 Rdnr. 14.

7 In diesem Zusammenhang sei auf eine Entscheidung des OLG Köln vom 02.06.2021, 2 Wx 145/21 verwiesen, welche sich mit der Frage befasst, ob und inwieweit die Bindungswirkung des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB aus einem vor der Neufassung des § 2352 BGB geschlossenen Erbvertrag einem Zuwendungsverzicht gemäß § 2352 Satz 2 BGB mit Wirkung für die Abkömmlinge des Verzichtenden gemäß § 2349 BGB entgegensteht. Diese Entscheidung wurde in MittBayNot 2022, 155 von Notarassessor Dr. Thomas Bernhard besprochen.

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

14. Keine Eignung der vorangestellten Sonderzeichen „//“ zur Kennzeichnung einer Firma

BGH, Beschluss vom 25.01.2022, II ZB 15/21 (Vorinstanz: OLG Oldenburg, Beschluss vom 10.06.2021, 12 W 58/21 (HR))

HGB § 18 Abs. 1

LEITSATZ:

Die einer Firma vorangestellten Sonderzeichen „//“ sind nicht zu ihrer Kennzeichnung geeignet.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Antragstellerinnen sind Komplementärin und Kommanditistin der (...)CRASH Service Gesellschaft mbH & Co. KG. Sie meldeten die Gesellschaft unter dem 20.01.2021 zur Eintragung ins Handelsregister an.

2 Das AG – Registergericht – hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Die Beschwerde der Antragstellerinnen ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgen die Antragstellerinnen ihr auf die Eintragung der Gesellschaft gerichtetes Begehren weiter.

3 II. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

4 1. Das Beschwerdegericht meint, die Firma der zur Eintragung ins Handelsregister angemeldeten Gesellschaft besitze nicht die für eine Sachfirma erforderliche Kennzeicheneignung. Dazu müsse der Firma Namensfunktion zukommen, d. h. grundsätzlich eine wörtliche und aussprechbare Bezeichnung darstellen. Die Zulässigkeit von Sonderzeichen hänge daher von ihrer Artikulierbarkeit ab. Diese sei etwa bei den Sonderzeichen „&“ bzw. „+“ zu bejahen, weil ihre Aussprache („und“) eindeutig sei. Die in der zur Eintragung angemeldeten Firma verwendeten Sonderzeichen „//“ seien jedoch nicht in eine artikulierbare Buchstabenreihenfolge eingebettet, sondern ihr vorangestellt. Ihre wörtliche Bezeichnung („Schrägstrich“ bzw. „Doppelschrägstrich“) solle erkennbar nicht in der Firma ausgesprochen werden, sondern lediglich als Bildzeichen verwendet werden.

5 2. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß § 70 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig.

6 a) Ihrer Zulässigkeit steht nicht entgegen, dass in der Rechtsbeschwerdeschrift die (...)CRASH Service Gesellschaft mbH & Co. KG fälschlich als Rechtsbeschwerdeführerin bezeichnet ist (§ 71 Abs. 1 Satz 2 FamFG).

7 Allerdings führt die Falschbezeichnung des Rechtsmittelführers in einer Rechtsmittelschrift grundsätzlich zur Unzulässigkeit des Rechtsmittels. Die Rechtsmittelschrift muss entweder für sich allein betrachtet oder mithilfe weiterer Unterlagen bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist eindeutig erkennen lassen, wer Rechtsmittelführer und wer ggf. Rechtsmittelgegner sein soll (vgl. BGH, Beschluss vom 11.05.2010, VIII ZB 93/09, NJW-RR 2010, 281 Rdnr. 9; Urteil

vom 15.12.2010, XII ZR 18/09, NJW-RR 2011, 359 Rdnr. 10; Beschluss vom 12.04.2011, II ZB 14/10, ZIP 2011, 1587 Rdnr. 10). An die eindeutige Bezeichnung des Rechtsmittelführers sind dabei strenge Anforderungen zu stellen. Nach ständiger Rechtsprechung des BGH muss bei verständiger Würdigung des gesamten Vorgangs der Rechtsmitteleinlegung jeder Zweifel an der Person des Rechtsmittelführers ausgeschlossen sein. Dabei sind jedoch, wie allgemein bei der Auslegung von Prozessklärungen, alle Umstände des jeweiligen Einzelfalles zu berücksichtigen (BGH, Beschluss vom 11.05.2010, VIII ZB 93/09, NJW-RR 2010, 281 Rdnr. 10; Urteil vom 15.12.2010, XII ZR 18/09, NJW-RR 2011, 359 Rdnr. 11; Beschluss vom 12.04.2011, II ZB 14/10, ZIP 2011, 1587 Rdnr. 10). Hiernach kann der bei einer falschen oder ungenauen Bezeichnung des Rechtsmittelführers in der Rechtsmittelschrift im Hinblick auf seine Identifizierbarkeit bestehende Mangel behoben werden, wenn der richtige Rechtsmittelführer aufgrund weiterer Erkenntnismöglichkeiten innerhalb der Rechtsmittelfrist zweifelsfrei erkennbar wird, beispielsweise im Wege der Auslegung der Rechtsmittelschrift sowie der etwa sonst im Zeitpunkt des Ablaufs der Rechtsmittelfrist vorliegenden Unterlagen und Umstände (BGH, Urteil vom 18.12.2019, VIII ZR 332/18, NJW-RR 2020, 472 Rdnr. 18 m. w. N.).

8 Der durch die Falschbezeichnung begründete Zweifel an der Person der Rechtsbeschwerdeführerinnen wird durch bis zum Ablauf der Rechtsmittelfrist vorliegende Unterlagen ausgeräumt. Aus der innerhalb der bis zum 19.07.2021 laufenden Rechtsmittelfrist am 13.07.2021 beim BGH eingegangenen Instanzakte ergibt sich, dass es sich bei der Benennung (...)CRASH Service Gesellschaft mbH & Co. KG in der Rechtsbeschwerdeschrift um eine offenbare Unrichtigkeit handelt, die durch die offenbare Unrichtigkeit des deshalb gemäß § 42 Abs. 1 FamFG zu berichtigenden Rubrums des Beschlusses des Beschwerdegerichts verursacht worden ist (zur Rubrumsberichtigung durch das Rechtsmittelgericht vgl. BGH, Urteil vom 21.07.2017, V ZR 72/16, NZM 2017, 853 Rdnr. 17 m. w. N.). Gemäß § 161 Abs. 2, § 108 Satz 1 HGB ist nicht die Kommanditgesellschaft selbst, sondern sind ihre Gesellschafter antrags- und damit (§ 59 Abs. 2 FamFG) beschwerdebefugt (BGH, Beschluss vom 21.07.2020, II ZB 26/19, ZIP 2020, 1658 Rdnr. 23 m. w. N.). Dementsprechend weist die Beschwerdeschrift die Beteiligten zu 1 und 2 zutreffend als Beschwerdeführerinnen aus. Für einen Wechsel von diesen beschwerdebefugten Personen zu einer nicht beschwerdebefugten Person im zweiten und dritten Rechtszug fehlt jeder Anhalt.

9 Hinzu kommt, dass im Eingang der Rechtsbeschwerdebegründung beide Beteiligte namentlich aufgeführt sind. Die Begründungsschrift ging zwar nach Ablauf der Einlegungsfrist ein. In der Rechtsprechung des BGH ist jedoch anerkannt, dass ein Berichtigungsbeschluss zwar grundsätzlich keinen Einfluss auf den Lauf der Rechtsmittelfrist hat, eine Ausnahme aber dann zu machen ist, wenn die richtige Partei erst aus der berichtigten Entscheidung zweifelsfrei zu erkennen ist; in einem solchen Fall beginnt die Frist ausnahmsweise erst mit der Zustellung des Berichtigungsbeschlusses (BGH, Urteil vom 18.12.2019, VIII ZR 332/18, NJW-RR 2020, 472 Rdnr. 20 m. w. N.).

Dass die Unrichtigkeit später offenbar wird, ändert nichts daran, dass ein Fehler des Gerichts, dessen Entscheidung angefochten wird, für die unrichtige Bezeichnung des Rechtsmittelführers in der Rechtsmittelschrift ursächlich war.

10 b) Die Rechtsbeschwerdebefugnis der Antragstellerinnen ergibt sich daraus, dass ihre Beschwerde gegen den Beschluss des Registergerichts zurückgewiesen wurde (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 13.04.2021, II ZB 13/20, ZIP 2021, 1165 Rdnr. 5 m. w. N.).

11 3. Die Rechtsbeschwerde ist nicht begründet. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts hält der rechtlichen Nachprüfung stand.

12 a) Eine Firma muss nach § 18 Abs. 1 HGB zur Kennzeichnung geeignet sein, damit sie ihre Namensfunktion (§ 17 Abs. 1 HGB) erfüllen kann. Hierfür reicht als notwendige, aber zugleich hinreichende Bedingung die Aussprechbarkeit der Firma im Sinne der Artikulierbarkeit aus (BGH, Beschluss vom 08.12.2008, II ZB 46/07, ZIP 2009, 168 Rdnr. 5, 10). Damit sind reine Bildzeichen, deren Artikulation in der Sprachgemeinschaft nicht etabliert ist, als Bestandteil der Firma nicht zulässig.

13 Nach dem Kriterium der Aussprechbarkeit beurteilt sich auch die Zulässigkeit von Sonderzeichen als Firmenbestandteil. Sie ist zu bejahen, soweit das Sonderzeichen im Allgemeinen Sprachgebrauch als Wortsatz verwendet wird. Danach begegnet etwa die Verwendung der Sonderzeichen „&“ und „+“ in einer Firma keinen rechtlichen Bedenken, weil sie im kaufmännischen Verkehr als „und“ bzw. „plus“ gesprochen werden (vgl. BGH, Beschluss vom 21.04.1997, II ZB 14/96, BGHZ 135, 257, 260; ferner Bay-ObLGZ 2001, 83, 84 f.; BeckOK-HGB/Bömeke, Stand: 15.07.2021, § 18 Rdnr. 7; Staub/Burgard, HGB, 5. Aufl., § 18 Rdnr. 9; MünchKomm-HGB/Heidinger, 5. Aufl., § 18 Rdnr. 12; Heidel/Schall/Lamsa, HGB, 3. Aufl., § 18 Rdnr. 11; BeckOGK-HGB/Lüken/Natzel, § 18 Rdnr. 37; Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas/Ries, HGB, 5. Aufl., § 18 Rdnr. 16; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, HGB, 9. Aufl., § 18 Rdnr. 3; Oetker/Schlingloff, HGB, 7. Aufl., § 18 Rdnr. 8; Henssler/Strohn/Wamser, GesR, 5. Aufl., § 18 HGB Rdnr. 2). Auch die firmenrechtliche Zulässigkeit des als „at“ ausgesprochenen Sonderzeichens „@“ wird aufgrund der zunehmenden Digitalisierung des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs mittlerweile weithin bejaht, sofern es nach seiner Stellung im Schriftbild der Firma nicht als bloßer Ersatz und besondere Schreibweise des Buchstabens „a“ verwendet wird (LG Berlin, NJW-RR 2004, 835; LG Cottbus, CR 2002, 134; LG München I, MittBayNot 2009, 315; BeckOK-HGB/Bömeke, § 18 Rdnr. 8; Staub/Burgard, HGB, § 18 Rdnr. 10; MünchKomm-HGB/Heidinger, § 18 Rdnr. 14; Krafka, Registerrecht, 11. Aufl., Rdnr. 215; Heidel/Schall/Lamsa, HGB, § 18 Rdnr. 11; BeckOGK-HGB/Lüken/Natzel, § 18 Rdnr. 38 f.; Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, 40. Aufl., § 18 Rdnr. 4; Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas/Ries, HGB, § 18 Rdnr. 16; Koller/Kindler/Roth/Drüen/Roth, HGB, § 18 Rdnr. 3; Oetker/Schlingloff, HGB, § 18 Rdnr. 8; Henssler/Strohn/Wamser, GesR, § 18 HGB Rdnr. 2; anders

noch BayObLGZ 2001, 83, 84 f.; OLG Braunschweig, OLGR 2001, 31).

14 b) Nach diesen Maßgaben ist die Firma der von den Antragstellerinnen zur Eintragung angemeldeten Gesellschaft nicht zu ihrer Kennzeichnung geeignet (§ 18 Abs. 1 HGB).

15 Die der Firma vorangestellten Sonderzeichen „//“ sind zunächst nicht als Satzzeichen bloß zusätzlicher Bestandteil einer artikulierbaren Buchstabenfolge (wie zum Beispiel „“, „“, „!“, „?“; vgl. dazu BayObLGZ 2001, 83, 84 f.; *Krafka*, Registerrecht, Rdnr. 215). Denn anders als Satzzeichen, die nicht mit ausgesprochen werden, also in dieser Hinsicht stumm sind, sind die vor dem Wort „crash“ stehenden Sonderzeichen, wie die Rechtsbeschwerde hervorhebt, gerade auf Artikulation angelegt („slash slash crash [...]“). In dieser Verbindung liegt der Sprachwitz und damit das Charakteristische der Firma. Die Lautfolge weist infolge ihrer Rhythmisierung Merkmale eines Verses auf. Zudem reimt sich „crash“ auf die Sonderzeichen, wenn sie in englischer Sprache ausgesprochen werden. Eine über ihre Artikulierbarkeit hinausgehende Satzfunktion der Sonderzeichen macht die Rechtsbeschwerde auch nicht geltend.

16 Soweit die Sonderzeichen „//“ in der angemeldeten Firma aber auf Artikulation angelegt sind, lässt sich nicht feststellen, dass sie im Allgemeinen Sprachgebrauch bereits als Wortsatz verwendet werden. Der kaufmännische Verkehr billigt ihnen bislang keine den &- oder auch +-Zeichen vergleichbare Wortsatzfunktion zu. Die Sonderzeichen dürften dem Rechts- und Wirtschaftsleben in erster Linie aus der digitalen Datenträger- und Internet-Navigation geläufig sein, ohne dass sie freilich eine dem @-Zeichen vergleichbare Sprachbedeutung erlangt haben. Ihre Aussprache ist zumindest außerhalb dieser Verkehrskreise objektiv mehrdeutig und kontextgeprägt. So ergibt sich die englische Aussprache, der in der digitalen Welt durchaus die Rolle einer Verkehrssprache zukommen mag, hier erst aus dem englischen Wort „crash“, das den Sonderzeichen unmittelbar nachgesetzt ist. Auch die Rechtsbeschwerde räumt ein, dass die Sonderzeichen darüber hinaus als „double slash“, „Schrägstrich, Schrägstrich“ oder auch „Doppelschrägstrich“ ausgesprochen werden können. Daneben hat der Schrägstrich in der // -Zeichenfolge zahlreiche weitere Bedeutungen, die einem eindeutigen Verständnis der Sonderzeichen als Wortsatz entgegenstehen. Nach § 106 der Rechtschreibregeln von 2018 (Aktualisierte Fassung des amtlichen Regelwerks entsprechend den Empfehlungen des Rats für deutsche Rechtschreibung 2016) kennzeichnet der Schrägstrich, dass Wörter (Namen, Abkürzungen), Zahlen oder dergleichen zusammengehören. Die Zusammengehörigkeit kann sich wiederum ganz unterschiedlich ausdrücken, als Verbindung (zum Beispiel „Henssler/Strohn/Wamser“), als Gliederung (zum Beispiel „II ZB 15/21“) oder auch Verhältnis (zum Beispiel „trägt die Kosten zu 7/10“).

15. Keine Amtslöschung bei Anmeldung der Abberufung eines GmbH-Geschäftsführers

BGH, Beschluss vom 09.03.2021, II ZB 33/20 (Vorinstanz: OLG Dresden, Beschluss vom 11.11.2020, 17 W 788/20)

BGB § 134

FamFG §§ 395, 398

GewO § 35

GmbHG § 6 Abs. 2, § 39

HGB § 15

LEITSATZ:

Es ist nicht mehr erforderlich, die Eintragung eines Geschäftsführers von Amts wegen zu löschen, wenn sein Ausscheiden aufgrund einer Anmeldung eingetragen werden kann.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beschwerdeführer ist seit dem 17.11.2017 als Geschäftsführer der T GmbH im Handelsregister eingetragen. Das Registergericht teilte ihm mit Schreiben vom 21.08.2020 mit, dass beabsichtigt sei, diese Eintragung zu löschen. Grund hierfür war eine seit dem 04.04.2007 rechtskräftige Untersagung jeglichen Gewerbes, auch als Geschäftsführer eines Gewerbetreibenden, soweit § 35 GewO gilt. Der Beschwerdeführer wendet ein, da er am 04.09.2020 abberufen worden sei und statt seiner zwei neue Geschäftsführer bestellt worden seien, sei eine Löschung nicht mehr erforderlich. Mit der Eintragung der Abberufung könne das Ziel der Löschung seiner Eintragung als Geschäftsführer einfacher erreicht werden. Mit Schreiben vom 22.09.2020 wurde die Anmeldung der Abberufung des Beschwerdeführers zurückgenommen, um, so dessen Begründung, die Eintragung der Bestellung der neuen Geschäftsführer zu ermöglichen. Der Widerspruch gegen die Löschungsankündigung und die Beschwerde blieben erfolglos. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde will der Beschwerdeführer die Amtslöschung im Handelsregister abwenden.

2 II. Das Beschwerdegericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

3 Nach § 395 FamFG könne das Registergericht von Amts wegen eine Eintragung im Register löschen, wenn diese wegen des Mangels einer wesentlichen Voraussetzung unzulässig sei. Ein solcher Mangel sei anzunehmen, wenn die Eintragung von Anfang an unrichtig gewesen sei. Unrichtig sei die Eintragung eines GmbH-Geschäftsführers, der die Voraussetzungen des § 6 Abs. 2 GmbHG nicht erfülle. Die Eintragung sei zwecks Durchsetzung der dem öffentlichen Interesse dienenden Ausschlussgründe des § 6 Abs. 2 GmbHG nach § 395 FamFG unverzüglich von Amts wegen zu löschen.

4 Die Abberufung des Beschwerdeführers in der Gesellschafterversammlung vom 04.09.2020 habe den Mangel der Eintragung nicht beheben können. Der Geschäftsführer habe nicht wirksam abberufen werden können, da er nicht wirksam zum Geschäftsführer bestellt worden sei. Die Ab-

berufung eines Geschäftsführers sei das Gegenstück zur Bestellung, d. h. derjenige korporationsrechtliche Akt, durch den die Bestellung rückgängig gemacht werde. Dies bedeute, dass für eine wirksame Abbestellung auch die Bestellung des Geschäftsführers wirksam erfolgt sein müsse. Das sei hier gerade nicht der Fall. Der Bestellungsbeschluss sei gemäß § 134 BGB nichtig und werde auch nicht durch seine Eintragung geheilt.

5 III. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

6 1. Die Rechtsbeschwerde ist aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthaft, § 70 Abs. 1 FamFG. Sie ist form- und fristgerecht eingelegt (§ 71 FamFG) und auch im Übrigen zulässig. Die Beschwerdebefugnis des Beschwerdeführers für die Rechtsbeschwerde folgt aus der Zurückweisung seiner Beschwerde gegen den Beschluss des AG (vgl. BGH, Beschluss vom 13.06.2002, V ZB 30/01, BGHZ 151, 116, 121; Beschluss vom 03.02.2005, V ZB 44/04, BGHZ 162, 137, 138 f.; 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 21.07.2020, II ZB 26/19, ZIP 2020, 1658 Rdnr. 12).

7 2. Die Rechtsbeschwerde ist aber nicht begründet. Der Beschluss des Beschwerdegerichts hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand. Der Beschwerdeführer kann der vom Registergericht beabsichtigten Löschung als Geschäftsführer nicht mit Erfolg widersprechen. Er konnte aufgrund der Untersagungsverfügung der Stadt C vom 28.02.2007 nicht zum Geschäftsführer der T GmbH bestellt werden. Seine dennoch erfolgte Eintragung ist von Amts wegen zu löschen.

8 a) Die form- und fristgerecht eingelegte Beschwerde des Beschwerdeführers gegen den Beschluss, mit dem das Registergericht seinen Widerspruch gegen die beabsichtigte Löschung zurückgewiesen hat, ist gemäß § 395 Abs. 3 i. V. m. § 393 Abs. 3 Satz 2 FamFG statthaft. Der Beschwerdeführer wäre durch die Löschung als Geschäftsführer in seinen Rechten beeinträchtigt und ist deshalb beschwerdeberechtigt (§ 59 Abs. 1 FamFG; vgl. BGH, Beschluss vom 26.06.2018, II ZB 12/16, ZIP 2018, 1591 Rdnr. 9).

9 b) Die Eintragung des Beschwerdeführers als Geschäftsführer der T GmbH ist gemäß § 395 FamFG von Amts wegen zu löschen, weil seine Bestellung wegen eines Verstoßes gegen § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG nichtig ist (§ 134 BGB).

10 Ein Geschäftsführer verliert seine Organstellung kraft Gesetzes, wenn eine persönliche Voraussetzung für dieses Amt gemäß § 6 Abs. 2 GmbHG entfällt (BGH, Urteil vom 01.07.1991, II ZR 292/90, BGHZ 115, 78, 80; Beschluss vom 03.12.2019, II ZB 18/19, ZIP 2020, 73 Rdnr. 10). Das Registergericht hat seine Eintragung in diesem Fall von Amts wegen nach § 395 Abs. 1 Satz 1 FamFG im Handelsregister zu löschen (BGH, Beschluss vom 03.12.2019, II ZB 18/19, ZIP 2020, 73 Rdnr. 10).

11 Das Registergericht hat die Eintragung eines Geschäftsführers auch dann nach § 395 Abs. 1 Satz 1 FamFG und nicht nach § 398 FamFG zu löschen, wenn bereits dessen Be-

stellung wegen eines Verstoßes gegen § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG nach § 134 BGB nichtig war. Auch in diesem Fall geht es nicht um die Löschung eines nichtigen Beschlusses, sondern um die Löschung der auf der Grundlage dieses Beschlusses unzulässigen Eintragung des Geschäftsführers (vgl. OLG Karlsruhe, NZG 2014, 1238; KG, ZIP 2012, 2151; ZIP 2019, 71, 72; OLG Frankfurt a. M., ZIP 2017, 1273, 1278; *Melchior*, EWIR 2010, 419, 420; *Schulte*, NZG 2019, 646, 649; *Krafka/Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl., Rdnr. 444; MünchKomm-FamFG/*Krafka*, 3. Aufl., § 395 Rdnr. 5; Prütting/*Helms/Holzer*, FamFG, 5. Aufl., § 395 Rdnr. 14; *Altmeyen*, GmbHG, 10. Aufl., § 6 Rdnr. 25; *Habersack/Casper/Löbbecke/Paefgen*, GmbHG, 3. Aufl., § 6 Rdnr. 43; a. A. *Bork/Jacoby/Schwab/Müther*, FamFG, 3. Aufl., § 398 Rdnr. 2; *Keidel/Heinemann*, FamFG, 20. Aufl., § 395 Rdnr. 7; *Schulte-Bunert/Weinreich/Nedden-Boeger*, FamFG, § 395 Rdnr. 58).

12 Dem Beschwerdeführer war durch seit dem 04.04.2007 rechtskräftige Verfügung untersagt, jegliches Gewerbe auszuüben, soweit § 35 GewO gilt, und auch als Geschäftsführer eines Gewerbetreibenden tätig zu werden. Der Beschwerdeführer konnte daher nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG nicht Geschäftsführer einer GmbH sein. Die dieses gesetzliche Verbot missachtende Bestellung ist gemäß § 134 BGB nichtig (vgl. OLG Hamm, ZIP 2011, 527; OLG Frankfurt a. M., ZIP 2012, 870, 871; *Wicke*, GmbHG, 4. Aufl., § 6 Rdnr. 6; *Altmeyen*, GmbHG, § 6 Rdnr. 25; *Saenger/Inhvester/Pfisterer*, GmbHG, 4. Aufl., § 6 Rdnr. 17; *Gehrlein/Born/Simon/Buck-Heeb*, GmbHG, 5. Aufl., § 6 Rdnr. 12; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, 20. Aufl., § 6 Rdnr. 12; *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Tebben*, GmbHG, 3. Aufl., § 6 Rdnr. 88; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/C. Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 6. Aufl., § 6 Rdnr. 29; MünchKomm-GmbHG/*Goette*, 3. Aufl., § 6 Rdnr. 43; *Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, GmbHG, 12. Aufl., § 6 Rdnr. 38; *Habersack/Casper/Löbbecke/Paefgen*, GmbHG, § 6 Rdnr. 43; vgl. BGH, Beschluss vom 07.05.2007, II ZB 7/06, BGHZ 172, 200 Rdnr. 12 zu § 6 Abs. 2 Satz 4 GmbHG a. F.). Eine Heilung des Eignungsmangels durch die dennoch vorgenommene Handelsregistereintragung ist nicht möglich (OLG Naumburg, ZIP 2000, 622, 624; *BeckOK-GmbHG/Wisskirchen/Kuhn*, Stand: 01.11.2020, § 6 Rdnr. 28; *Saenger/Inhvester/Pfisterer*, GmbHG, § 6 Rdnr. 17; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/C. Schmidt-Leithoff*, GmbHG, § 6 Rdnr. 29). Die Eintragung der Bestellung von Geschäftsführern wirkt nicht konstitutiv, sondern ist nur deklaratorisch (vgl. BGH, Beschluss vom 09.05.1960, II ZB 3/60, WM 1960, 902; Urteil vom 06.11.1995, II ZR 181/94, ZIP 1995, 1983; Urteil vom 17.02.2003, II ZR 340/01, ZIP 2003, 666, 667; Urteil vom 14.05.2019, II ZR 299/17, BGHZ 222, 32 Rdnr. 34; Beschluss vom 21.07.2020, II ZB 26/19, ZIP 2020, 1658 Rdnr. 29).

13 c) Die beabsichtigte Löschung lässt Rechtsfehler nicht erkennen. Das Rechtsbeschwerdegericht kann nur überprüfen, ob das Registergericht und das Beschwerdegericht die Grenzen ihres Ermessens überschritten haben (BGH, Urteil vom 24.06.1982, III ZR 19/81, BGHZ 84, 285, 291 f.; Beschluss vom 08.04.2020, II ZB 3/19, ZIP 2020, 1124 Rdnr. 12 m. w. N.). Das ist nicht der Fall.

14 aa) Die Amtslöschung im Falle des Fehlens einer persönlichen Voraussetzung für das Amt als Geschäftsführer nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG ist regelmäßig erforderlich, da erst mit der Amtslöschung diese im öffentlichen Interesse erlassene Vorschrift durchgesetzt werden kann (OLG Zweibrücken, GmbHR 2001, 435; OLG München, ZIP 2011, 1669, 1670; OLG Karlsruhe, NZG 2014, 1238; OLG Frankfurt a. M., ZIP 2019, 921, 924; *Haußleiter/Schemmann*, FamFG, 2. Aufl., § 395 Rdnr. 16; vgl. auch BGH, Beschluss vom 03.12.2019, II ZB 18/19, ZIP 2020, 73 Rdnr. 10) und außerdem erst mit der Amtslöschung ein nach § 15 HGB fortbestehender Rechtsschein entfällt (OLG Frankfurt a. M., ZIP 2019, 921, 924).

15 bb) Die Anmeldung der Abberufung des Klägers hat nicht dazu geführt, dass die Amtslöschung nicht mehr erforderlich ist.

16 (1) Allerdings ist es nicht mehr erforderlich, die Eintragung eines Geschäftsführers von Amts wegen zu löschen, wenn sein Ausscheiden aufgrund einer Anmeldung eingetragen werden kann.

17 § 395 FamFG dient dazu, im öffentlichen Interesse erlassene Vorschriften durchzusetzen (OLG München, ZIP 2011, 1669, 1670; KG, GmbHR 2012, 1367, 1369; OLG Karlsruhe, NZG 2014, 1238; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 21.05.2015, 20 W 268/14, juris Rdnr. 31; OLG Düsseldorf, FGPrax 2019, 22, 23; *Keidel/Heinemann*, FamFG, § 395 Rdnr. 1; *Prütting/Helms/Holzer*, FamFG, § 395 Rdnr. 3). Einer Amtslöschung nach § 395 Abs. 1 FamFG und des damit verbundenen, auch zeitaufwendigen förmlichen Verfahrens nach § 395 Abs. 2 und 3 i. V. m. § 393 Abs. 3 bis 5 FamFG bedarf es zur Durchsetzung dieses Interesses nicht, wenn das Register auf einfacherem Weg berichtigt werden kann. Dies ist im Fall der beabsichtigten Amtslöschung eines Geschäftsführers wegen Fehlens einer persönlichen Voraussetzung der Fall, wenn eine entscheidungsreife Anmeldung der Beendigung der Vertretungsbefugnis dieses Geschäftsführers vorliegt. Mit dem Vollzug dieser Anmeldung kann der Zustand erreicht werden, der auch das Ergebnis des Verfahrens der Amtslöschung wäre (OLG Frankfurt a. M., ZIP 2017, 1273, 1278). Die Amtslöschung hat wie auch die Eintragung des Ausscheidens des Geschäftsführers den Zweck, die Öffentlichkeit über die Beendigung der Vertretungsbefugnis zu informieren. Dass bei der Amtslöschung die Eintragung nicht nur gerötet wird, sondern ausdrücklich vermerkt wird, dass die Eintragung von Amts wegen gelöscht wird, macht nur deutlich, dass die Eintragung im Amtslöschungsverfahren gelöscht wird. Eine Information des Rechtsverkehrs über den Grund der Löschung ist damit nicht verbunden und nicht bezweckt. Ein Vorrang des Amtslöschungsverfahrens existiert nicht (vgl. KG, BeckRS 2018, 41007).

18 Der Eintragung der Beendigung der Vertretungsbefugnis aufgrund einer Abberufung steht es auch nicht entgegen, wenn bei fehlender Eignung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 GmbHG schon die Bestellung nichtig war. Die Gesellschaft ist entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts befugt, einen Geschäftsführer unabhängig von der Wirksamkeit seiner Bestellung jedenfalls solange (erneut) abzubere-

rufen, wie er in das Handelsregister eingetragen ist. Dies gilt auch im Fall des Fehlens einer persönlichen Voraussetzung nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG (vgl. BGH, Urteil vom 01.07.1991, II ZR 292/90, BGHZ 115, 78, 83; *Baumbach/Hueck/Beurskens*, GmbHG, 22. Aufl., § 38 Rdnr. 82). Zwar ist die Bestellung einer Person, die aufgrund einer vollziehbaren Entscheidung einer Verwaltungsbehörde ein Gewerbe nicht ausüben darf, zum Geschäftsführer einer Gesellschaft, deren Unternehmensgegenstand ganz oder teilweise mit dem Gegenstand des Verbots übereinstimmt, gemäß § 134 BGB nichtig. Eine vorsorgliche Abberufung des im Handelsregister Eingetragenen kann aber bereits deshalb erforderlich sein, um den Rechtsschein des § 15 Abs. 1 und 3 HGB zu beseitigen. Zwar kann die Eintragung nach § 395 FamFG gelöscht werden. Das Amtslöschungsverfahren ist indes kein Weg, auf den sich die Gesellschaft vorrangig verweisen lassen muss. Zum einen kann die Gesellschaft das Verfahren nicht erzwingen, sondern nur anregen. Zum anderen kann der Nachweis des Fehlens der persönlichen Voraussetzungen tatsächlich oder rechtlich schwierig sein mit der Folge, dass das Verfahren längere Zeit in Anspruch nimmt als die Streichung der Eintragung des Geschäftsführers auf der Grundlage einer angemeldeten Abberufung. Dies ist für die Gesellschaft im Hinblick auf die fortdauernde Wirkung des § 15 Abs. 1 und 3 HGB bis zur Streichung nicht hinnehmbar. Aus demselben Grund kann die Gesellschaft auch nicht vorrangig auf die Anmeldung der unwirksamen Bestellung bzw. der Beendigung des Geschäftsführeramts nach § 39 GmbHG verwiesen werden. Zwar besteht auch insoweit eine Anmeldepflicht (OLG Frankfurt a. M., GmbHR 1994, 802, 803; KG, BeckRS 2018, 41007; *Henssler/Strohn/Oetker*, GesR, 5. Aufl., § 39 GmbHG Rdnr. 2; *Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner*, GmbHG, § 39 Rdnr. 3; *Scholz/Uwe H. Schneider/Sven H. Schneider*, GmbHG, § 39 Rdnr. 2; *Habersack/Casper/Löbbecke/Paefgen*, GmbHG, § 39 Rdnr. 26). Aber auch in diesem Fall kann es nötig werden, dem Handelsregister gegenüber das Fehlen der persönlichen Voraussetzungen nachzuweisen (vgl. BGH, Beschluss vom 25.07.2017, II ZB 8/16, ZIP 2017, 2000 Rdnr. 11).

19 (2) Die Anmeldung der Abberufung macht die Amtslöschung aber nicht entbehrlich, weil sie zurückgenommen wurde. Eine Entfernung des Beschwerdeführers aus dem Register auf der Grundlage der Abberufung anstatt der angekündigten Löschung von Amts wegen ist danach nicht mehr möglich. Die Rücknahme der Anmeldung der Abberufung des Geschäftsführers nach § 39 Abs. 1 GmbHG beendet das durch die Anmeldung in Gang gesetzte Eintragungsverfahren (vgl. BGH, Beschluss vom 09.07.2013, II ZB 7/13, ZIP 2013, 1660 Rdnr. 6 f.). An der Wirkung der Rücknahme ändert sich auch nichts, wenn die Anmeldung – wie die Rechtsbeschwerde behauptet – auf Veranlassung des Registergerichts zurückgenommen wurde.

ANMERKUNG:Von Notar Dr. **Johannes Hecht**, München

Kurz vor dem Ziel falsch abgebogen – mit dieser Überschrift könnte man aus Sicht der betroffenen Gesellschaft den vorliegenden BGH-Beschluss zusammenfassen. Das Ziel bestand in der Löschung der zu Unrecht erfolgten Eintragung eines Geschäftsführers aus dem Handelsregister. Für die anwaltliche und die notarielle Praxis interessant ist an dieser Stelle bereits der Grund für die gemäß § 134 BGB nichtige Geschäftsführerbestellung, nämlich die Missachtung des gesetzlichen Verbots des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG. Dem Beschwerdeführer wurde durch eine bereits seit dem Jahr 2007 (!) rechtskräftige Verfügung untersagt, jegliches Gewerbe auszuüben, wobei seine Anmeldung als Geschäftsführer zum Handelsregister erst zehn Jahre später erfolgte.

Praxishinweis: Die Fünf-Jahres-Periode des § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 Hs. 2 GmbHG findet auf § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 Alt. 2 GmbHG keine Anwendung. Ein dauerhaft verhängtes Berufs- oder Gewerbeverbot hat daher einen dauerhaften Ausschluss von der Geschäftsführerbestellung zur Folge.¹

Die – soweit ersichtlich – einhellige Meinung², derer sich der BGH anschließt, hält eine Heilung der nichtigen Geschäftsführerbestellung durch ihre lediglich deklaratorisch wirkende Eintragung im Handelsregister für nicht möglich. Ab hier beginnt für die betroffene Gesellschaft das Dilemma: Mit Vollzug der unrichtigen Registeranmeldung steht dem gutgläubigen Dritten unter Vertrauensschutzgesichtspunkten ein Wahlrecht³ zu, ob er sich auf die sog. „positive Publizitätswirkung“ des § 15 Abs. 3 HGB und damit auf eine fingierte Wirksamkeit der Geschäftsführerbestellung oder aber auf die wahre Rechtslage beruft, je nachdem, welche Alternative ihm günstiger erscheint. Nach der herrschenden Meinung⁴ kann sich der Dritte innerhalb desselben Sachverhalts sowohl teils auf den Registerinhalt als auch im Übrigen auf die wahre Rechtslage berufen („Rosintheorie“). Es ist daher nur allzu gut nachvollziehbar, dass die Gesellschaft und deren „Geschäftsführer“ im entschiedenen Fall ein ausgeprägtes Interesse an der zeitnahen Löschung der unrichtigen Eintragung hatten. Bis zu ebendieser Löschung greift nämlich die sog. „negative Publizitätswirkung“ des § 15 Abs. 1 HGB, wonach einzutragende Tatsachen einem Dritten so lange nicht entgegengehalten werden können, bis sie eben eingetragen und bekanntgemacht sind. Zu den „einzutragenden Tatsachen“ gehört gleichermaßen

die Abberufung eines Geschäftsführers (§ 39 GmbHG)⁵ wie die Amtslöschung nach § 395 FamFG.⁶ Solange weder die Abberufung noch die Amtslöschung im Register vollzogen sind, verbleibt es mithin bei dem vorbeschriebenen Wahlrecht des gutgläubigen Dritten.

Mit vorliegendem Beschluss ist der BGH im Ergebnis darauf bedacht, Gesellschaften einen raschen Ausweg aus dem Dilemma der positiven Publizitätswirkung des eingetragenen Scheingeschäftsführers zu schaffen. Die Gesellschaft hatte aus Sicht des BGH nämlich bildlich gesprochen das richtige „Ausfahrtticket“ bereits gelöst, und zwar in Form einer Anmeldung des Ausscheidens des Scheingeschäftsführers unter Vorlage eines Abberufungsbeschlusses. Auf diese Weise könne, so der BGH, schnell, eindeutig und effizient das gleiche Ziel wie mit einem langwierigen, oft mit Beweisschwierigkeiten verbundenen Amtslöschungsverfahren erreicht werden, nämlich die Löschung des Scheingeschäftsführers aus dem Handelsregister.

So sehr diese Ansicht unter den Gesichtspunkten der Verfahrensökonomie und der Verhältnismäßigkeit überzeugt, bestehen in dogmatischer Hinsicht doch Zweifel an ihrer Richtigkeit. Diese Zweifel hegt namentlich das Beschwerdegericht, welches zu Recht darauf hinweist, die Abberufung eines Geschäftsführers sei das Gegenstück zu dessen Bestellung, weshalb denotwendig ein niemals wirksam bestellter Geschäftsführer auch nicht abberufen werden könne.⁷ Ein dogmatisch nachvollziehbarer Weg zur Löschung des unwirksam bestellten Geschäftsführers kann meines Erachtens nur über eine entsprechende Anwendung des § 39 GmbHG auf den vorliegenden Sachverhalt führen. Zwar ist die anfängliche Unrichtigkeit oder Unzulässigkeit der Eintragung des Geschäftsführers einer GmbH, etwa wegen Nichtigkeit der Geschäftsführerbestellung, nach bislang herrschender Meinung⁸ kein die Anmeldepflicht nach § 39 GmbHG begründender Sachverhalt. Diese Auffassung stützt sich auf den Wortlaut des § 39 GmbHG, der lediglich nachträgliche Änderungen in den Personen der Geschäftsführer, nicht jedoch anfängliche Bestellungsängel in Bezug nehme. Eine analoge Anwendung des § 39 GmbHG auf die Unwirksamkeit der Geschäftsführerbestellung ex tunc wird mit dem Argument des Fehlens einer planwidrigen Gesetzeslücke abgelehnt, da für diesen Fall gerade das Amtslöschungsverfahren nach § 395 FamFG vorgesehen sei⁹.

1 Ring/Grziwotz/Ring, Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht, 3. Aufl. 2019, § 6 Rdnr. 13 m. w. N.

2 Ring/Grziwotz/Ring, Systematischer Praxiskommentar GmbH-Recht, § 6 Rdnr. 40 m. w. N.

3 Siehe Baumbach/Hopt/Merkt, HGB, 40. Aufl. 2021, § 15 Rdnr. 22.

4 Siehe MünchKomm-HGB/Krebs, 5. Aufl. 2021, § 15 Rdnr. 58 m. w. N.

5 OLG Köln, BWNotZ 2015, 177, 178. Dies gelte auch dann, wenn schon die Bestellung des abberufenen Geschäftsführers nicht eingetragen worden sei, da der Gesellschaft andernfalls eine Rechtsscheinhafung nach § 15 Abs. 1 HGB drohe.

6 MünchKomm-HGB/Krebs, § 15 Rdnr. 68.

7 Krit. ebenso Nentwig, GWR 2021, 330.

8 KG, Beschluss vom 09.03.1999, 1 W 8174/98, NJW-RR 1999, 1341, 1342; Altmeyden, GmbHG, 10. Aufl. 2021, § 39 Rdnr. 2; MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves, 3. Aufl. 2019, § 39 Rdnr. 8.

9 MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves, a. a. O.

Diese Ansicht verkennt indes, dass es sich beim Amtslöschungsverfahren um ein von Amts wegen eingeleitetes¹⁰ Verfahren handelt, dessen Initiierung – wie der BGH zutreffend feststellt – Dritte wie die betroffene Gesellschaft oder der Scheingeschäftsführer nur anregen, nicht aber beantragen können. Das Verfahren nach § 395 FamFG ist mithin ein aliud zur Handelsregisteranmeldung, die das Registergericht lediglich durch Festsetzung von Zwangsgeld (§ 14 HGB) forcieren kann. Die tatbestandliche Nichterfassung der von Anfang an vorliegenden Unwirksamkeit der Geschäftsführerbestellung stellt somit eine eben nicht durch das Amtslöschungsverfahren gefüllte und mangels Anhaltspunkte für eine bewusste Nichtregelung dieses Sachverhalts auch planwidrige¹¹ Lücke dar. Beide Sachverhalte sind schließlich vergleichbar¹²: Wenn schon die erst nachträglich eintretende Ungeeignetheit zur Ausübung des Geschäftsführeramts zum Handelsregister anzumelden ist, so muss dies erst recht für die von Anfang bestehende Ungeeignetheit gelten. Nur so kann der Zweck des § 39 GmbHG – Information des Rechtsverkehrs über die zur Vertretung der Gesellschaft befugten Geschäftsführer und (mittelbar) Beseitigung der negativen Publizität des § 15 Abs. 1 HGB¹³ – einheitlich und vollständig erfüllt werden.

Der BGH kommt vorliegend zum gleichen Ergebnis, insbesondere wenn er betont, dass sich Gesellschaft und Geschäftsführer nicht auf das im Zweifel langwierigere und ungewissere Amtslöschungsverfahren, auf dessen Einleitung sie im Übrigen keinen Anspruch haben, verweisen lassen müssen. Der dogmatisch korrekte Weg hierhin führt indes nicht über die Anmeldung der Abberufung des unwirksam bestellten Geschäftsführers in unmittelbarer Anwendung des § 39 GmbHG, sondern über die Anmeldung der Nichtexistenz des Geschäftsführeramts aufgrund unwirksamer Bestellung in analoger Anwendung des § 39 GmbHG. Der Anmeldung beizufügen sind die Unterlagen, aus denen sich die Unwirksamkeit der Geschäftsführerbestellung ergibt, vorliegend also die vollziehbare Entscheidung der Verwaltungsbehörde über die Untersagung der Ausübung jeglichen Gewerbes durch den Scheingeschäftsführer. Die hier vertretene Auffassung kann mithin den Vorzug der Entbehrlichkeit eines Abberufungsbeschlusses für sich in Anspruch nehmen.

Die Gesellschaft hat somit zunächst alles richtig gemacht, bis sie – wohl auf Veranlassung des Registergerichts – die Anmeldung der Abberufung des Scheingeschäftsführers zurückgenommen hat, um die zeitnahe Eintragung der Bestellung zweier neuer Geschäftsführer zu ermöglichen. Insoweit ist dem BGH zuzugeben, dass durch die Rücknahme einer Anmeldung das durch die Anmeldung in Gang gesetzte Verfahren – zunächst – beendet wird. Eine Anfechtung der Antragsrücknahme we-

gen Irrtums – unterstellt, die Rücknahme sei auf Veranlassung des Registergerichts erfolgt – scheidet aus, da die für Willenserklärungen geltenden Vorschriften über Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit wegen Willensmängeln auf Prozess- oder Verfahrenshandlungen weder direkt noch entsprechend anwendbar sind.¹⁴ Leider setzt sich der BGH an dieser Stelle nicht mit der Folgefrage auseinander, inwieweit durch eine Antragsrücknahme ein Antragsverbrauch eingetreten ist.¹⁵ Da der BGH – im Gegensatz zum Registergericht und zum Beschwerdegericht – die Anmeldung der Abberufung eines Scheingeschäftsführers für zulässig erachtet, dürfte vorliegend ein Rechtsschutzbedürfnis des Beschwerdeführers für die erneute Einreichung der bereits zurückgenommenen Erklärung zu bejahen sein.¹⁶

Die Lektüre dieses BGH-Beschlusses ist im Ergebnis durchaus lohnenswert, zumal der hierin aufgegriffene Sachverhalt zu einer vertieften Auseinandersetzung mit einigen Basics des Handels- und Gesellschaftsrechts (negative und positive Publizität im Sinne von § 15 Abs. 1, 3 HGB, Analogiebildung, Verhältnis von Registeranmeldung und Amtslöschungsverfahren im Sinne von § 395 FamFG, Wirkungen der Rücknahme einer Anmeldung) herausfordert. Wie schwierig der dogmatisch korrekte Umgang mit diesen Grundlagen ist, zeigen die Bemühungen des BGH, ein wünschenswertes Ergebnis – Vermeidung eines Amtslöschungsverfahrens durch ein „freiwilliges“ Zutvorkommen der Beteiligten mit einer auf das gleiche Ziel gerichteten Handelsregisteranmeldung – juristisch zu begründen. Schließlich profitieren auch Notare von den theoretischen Erkenntnissen der vorliegenden Entscheidung, wie der abschließende Praxishinweis zeigt:

Praxishinweis: Wird nachträglich bekannt, dass die Bestellung eines im Handelsregister eingetragenen Geschäftsführers unwirksam war, empfiehlt es sich, zur Vermeidung eines Amtslöschungsverfahrens und zur Beseitigung der positiven und negativen Publizität im Sinne von § 15 Abs. 1, 3 HGB das Erlöschen bzw. die Nichtexistenz des Geschäftsführeramts zeitnah zum Handelsregister anzumelden. Die Anmeldung hat durch den/die vertretungsberechtigten Geschäftsführer, nicht durch den Scheingeschäftsführer zu erfolgen. Der Anmeldung ist entweder ein Abberufungsbeschluss oder ein Nachweis über die Unwirksamkeit der Geschäftsführerbestellung als einfache elektronische Aufzeichnung (§ 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB i. V. m. § 39 Abs. 2 GmbHG)¹⁷ beizufügen.

10 MünchKomm-BGB/Leuschner, 9. Aufl. 2021, § 22 Rdnr. 98.

11 Siehe Gerhardt, IfSG, 5. Aufl. 2021, § 56 Rdnr. 46.

12 Siehe Kroiß/Ann/Mayer/Kornexl, BGB, Erbrecht, 6. Aufl. 2021, § 2279 Rdnr. 37.

13 Siehe Wicke, GmbHG, 4. Aufl. 2020, § 39 Rdnr. 1.

14 Siehe LAG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 25.02.2019, 5 Ta 262/19, BeckRS 2019, 6839 Rdnr. 19, beck-online; FG Baden-Württemberg, Urteil vom 15.12.2008, 10 K 2875/08, BeckRS 2008, 26026745, beck-online; BeckOGK-BGB/Rehberg, Stand: 01.12.2021, § 119 Rdnr. 28.

15 Siehe Krafa, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rdnr. 84.

16 Vgl. BGH, Beschluss vom 09.07.2013, II ZB 7/13, NZG 2013, 951, 952.

17 Die Herstellung einer solchen Aufzeichnung erfolgt durch Einscannen des Papierdokuments, MünchKomm-HGB/Krafa, § 12 Rdnr. 59 f.

16. Gerichtliche Ersetzung der Anmeldung des Ausscheidens eines Kommanditisten

KG, Beschluss vom 21.12.2021, 22 W 84/21

HGB § 12 Abs. 1, § 16 Abs. 1, § 143 Abs. 1 und 2

LEITSATZ:

Die Anmeldung, dass ein Kommanditist aus einer KG austritt, hat durch alle Gesellschafter, einschließlich des Ausscheidenden zu erfolgen. Dessen Anmeldung kann nach § 16 Abs. 1 HGB durch eine gerichtliche Entscheidung, in der die Verpflichtung zur Mitwirkung an der Anmeldung festgestellt worden ist, ersetzt werden.

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

17. Nachlassspaltung aufgrund gewöhnlichen Aufenthalts in Thailand und Anwendbarkeit des thailändischen IPR

OLG Hamm, Beschluss vom 10.08.2021, 10 W 53/21

EuErbVO Art. 21 Abs. 1, Art. 22 Abs. 1

FamFG § 59 Abs. 1

LEITSATZ:

Für das unbewegliche Vermögen aus dem Nachlass gilt gemäß § 37 des thailändischen IPRG das Recht des Ortes, an dem sich dieses befindet. Unbewegliches Eigentum auf deutschem Territorium unterliegt demnach deutschem Erbrecht.

AUS DEN GRÜNDEN:

11. Der am (...) 2019 verstorbene Erblasser Z A war deutscher Staatsangehöriger. Im Zeitpunkt des Erbfalls war er geschieden. Der Beteiligte zu 1 ist das Kind des Erblassers und seiner geschiedenen Ehefrau. Die Beteiligte zu 2 ist eine Tochter des Erblassers aus einer früheren Beziehung.

2 Der Erblasser errichtete am 07.12.2016 in B/Thailand ein Testament, das maschinenschriftlich und sowohl in thailändischer als auch in deutscher Sprache verfasst war. Dort heißt es:

„Ich bestimme, dass thailändisches Recht für dieses Testament Gültigkeit haben soll.“

Sodann ordnete der Erblasser unter Klausel 1. an, dass bestimmte in Thailand befindliche Vermögensgegenstände Fräulein C erbt (Ziffer 1.1 bis 1.8). Weitere Vermögensgegenstände (Ziffer 1.9 bis 1.16), insbesondere drei Eigentumswohnungen in D, E-straße 0, eingetragen im Grundbuch von D (...), sollte der Beteiligte zu 1 erben. Zugunsten der Beteiligten zu 2 war bestimmt, dass sie von dem Vermögen, das ihr Halbbruder erbt, einen Betrag i. H. v. 10.000 € erhalten soll und danach keine weiteren Ansprüche auf den Nachlass haben soll. Unter Klausel 2. ernannte der Erblasser den Beteiligten zu 1. zu seinem Testamentsvollstrecker. Das

Testament wurde vom Erblasser sowie zwei Zeugen unterschrieben. Wegen des genauen Inhalts sowie der beigefügten Anlagen wird auf die beglaubigte Kopie des Testaments (AG Gütersloh, 17 IV 433/20) verwiesen. Das Testament wurde am 15.06.2020 vom Nachlassgericht eröffnet.

3 Der Erblasser hatte einen Wohnsitz in Thailand. Von Mai 2019 bis zu seinem Tod am Oktober 2019 hielt sich er sich in Deutschland auf. Ende Mai/Anfang Juni 2019 wurde bei ihm eine bereits fortgeschrittene Krebserkrankung festgestellt, die in der Folgezeit in D behandelt wurde.

4 Der Beteiligte zu 1 hat unter dem 22.01.2020 die Erteilung eines gegenständlich auf das im Inland befindliche unbewegliche Vermögen, nämlich das Wohneigentum eingetragen in dem beim AG Gütersloh geführten Grundbuch von D, (...), beschränkten Erbschein beantragt. Er hat die Auffassung vertreten, dass thailändisches Erbrecht Anwendung findet. Hierzu hat er vorgetragen, der Erblasser sei bereits vor 15 Jahren nach Thailand ausgewandert. Seit ca. zehn Jahren habe er dort mit einer Thailänderin, der im Testament begünstigten Frau C, sowie mit deren Kind zusammengelebt. Er habe in Thailand eine Eigentumswohnung und weiteres Vermögen besessen. In Deutschland sei der Erblasser nur weiter unter der Adresse F-straße 0 in D gemeldet gewesen, damit seine Schwester für ihn wichtige Post entgegen nehmen konnte. Er sei im Mai 2019 nach Deutschland zurückgekehrt, um dort Urlaub zu machen und Verwandte zu besuchen. Nur wegen der dann festgestellten schweren Krebserkrankung, die mit einer Chemotherapie habe behandelt werden müssen, sei er vor seinem Tod nicht mehr nach Thailand zurückgekehrt, was er eigentlich beabsichtigt habe. Nach dem hier anzuwendenden thailändischen IPR käme es für die in Deutschland belegenen Immobilien zu einer Rückverweisung, mit der Folge, dass die in D gelegenen Eigentumswohnungen sich nach deutschem Recht vererbten. Hierauf beziehe sich nicht die im Testament angeordnete Testamentsvollstreckung.

5 Diesem Antrag ist die Beteiligte zu 2 entgegen getreten. Sie hat gemeint, die Rechtsnachfolge richte sich nach deutschem Recht. Hierzu hat sie behauptet, der Erblasser habe weiter seinen letzten gewöhnlichen Aufenthaltsort in Deutschland gehabt. Er habe sich nur zeitweise in Thailand aufgehalten und weiter unter der Anschrift F-straße 0 in D gelebt. Dort sei sein Lebensmittelpunkt gewesen, die thailändische Sprache habe er nicht beherrscht und in Thailand sei er auch nicht sozial integriert gewesen. Seine Aufenthalte in Thailand hätten nur zur Erholung gedient. Nach Deutschland sei er regelmäßig zurückgekehrt. Hier sei er auch ärztlich betreut worden.

6 Mit Beschluss vom 11.12.2020 hat das Nachlassgericht die Tatsachen, die zur Begründung des Antrags des Beteiligten zu 1 erforderlich sind, für festgestellt erachtet. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Antragsteller sei hinsichtlich des in Deutschland belegenen unbeweglichen Vermögens Alleinerbe aufgrund testamentarischer Erbfolge geworden. Die Erbfolge bestimme sich nach den Vorschriften der EuErbVO. Nach Art. 21 I EU-ErbVO gelte hier thailändisches Recht, weil der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Thailand gehabt habe.

Dort habe er in einer gefestigten Beziehung gelebt und Vermögen erworben. Er habe schon 2012 gegenüber der Deutschen Botschaft „B/Thailand“ als seinen Wohnort angegeben und in seinem Testament von 2016 die Geltung thailändischen Rechts gewollt. Hieran ändere sich nichts dadurch, dass er regelmäßig nach Deutschland zurückgekehrt sei, um Verwandte zu besuchen und die dort belegenen Immobilien zu verwalten. Nach thailändischem Recht käme es wegen der in Deutschland gelegenen Eigentumswohnungen zu einer Nachlassspaltung. Diese vererbten sich nach deutschem Recht. Nach dem rechtswirksam in Thailand errichteten Testament vom 07.12.2016 sei der Antragsteller insoweit Alleinerbe geworden. Die im Testament angeordnete Testamentsvollstreckung sei zur Verwaltung des eigenen Nachlasses gegenstandslos und deshalb im Erbschein nicht aufzunehmen (...).

7 Gegen diesen Beschluss hat die Beteiligte zu 2 form- und fristgerecht Beschwerde eingelegt. Sie hält den ergangenen Beschluss für rechtswidrig und rügt die Verletzung rechtlichen Gehörs. Hierzu trägt sie vor, der angefochtene Beschluss sei völlig überraschend ergangen. Zu dem neuen Sachvortrag des Antragstellers im Schriftsatz vom 27.10.2020 habe sie nicht Stellung nehmen können. Zudem sei der ergangene Beschluss materiell rechtswidrig. Wegen des widersprüchlichen Vortrags zum letzten Aufenthaltsort des Erblassers hätte das Nachlassgericht weiter recherchieren müssen. Es sei streitig, für wie viele Monate sich der Erblasser jeweils in Thailand und in Deutschland aufgehalten habe. Auch besondere enge Verbindungen nach Thailand seien nicht belegt. Die thailändische Sprache habe er nicht beherrscht. Er habe nicht nur Immobilien, sondern auch Konten in Deutschland besessen und sei hier krankenversichert gewesen. Bis zu seinem Tod sei er nicht mehr nach Thailand zurückgekehrt. Seine angebliche Lebensgefährtin habe ihn auch nicht mehr besucht. Selbst die Trauerfeier habe in Deutschland stattgefunden. Deshalb sprächen die Gesamtumstände dafür, dass der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland gehabt habe.

8 Der Beteiligte zu 1 verteidigt den ergangenen Beschluss. Er trägt vor, die Beschwerdeführerin habe seit vielen Jahren keinen Kontakt mehr zum Erblasser gehabt. Aus eigener Kenntnis könne sie deshalb nichts zu dessen letztem gewöhnlichen Aufenthaltsort bekunden. Ergänzend überreicht er weitere Kopien aus den Reisepässen des Erblassers, die seinen bereits seit vielen Jahren bestehenden Aufenthaltsort in Thailand belegten. Dem stehe nicht entgegen, dass der Erblasser auch noch Verbindungen und Kontakte nach Deutschland gehabt habe. Aus dem Wohneigentum habe er Einkünfte für seinen Lebensunterhalt in Thailand erzielt. Hierfür habe er auch die Kontoverbindungen bei der G-Bank D-H benötigt. Der Erblasser sei sowohl in Thailand als auch in Deutschland krankenversichert gewesen. Die thailändische Sprache habe er für den Alltagsgebrauch beherrscht, im Jahr 2009 habe er einen thailändischen Führerschein erworben. Allein der Umstand, dass er beschlossen habe, die Chemotherapie in Deutschland fortzusetzen, hebe nicht seinen bereits Jahre zuvor begründeten Aufenthaltsort in Thailand auf. Im Übrigen sei nach seinem Tod die Urne mit Hilfe seiner Lebensgefährtin nach Thailand über-

führt und dort ein Grab erworben worden. Dies habe dem ausdrücklichen Wunsch des Erblassers entsprochen.

9 Zudem ist der Beteiligte zu 1 der Meinung, die Beschwerde sei schon unzulässig, weil seine Halbschwester nicht beschwerdeberechtigt sei. Sie nehme kein Erbrecht für sich in Anspruch, sondern mache Pflichtteilsansprüche geltend. Ihr rechtliches Interesse richte sich nur gegen die Begründung des Beschlusses, wonach es hier zu einer Nachlassspaltung gekommen und damit nicht auf den gesamten Nachlass deutsches Pflichtteilsrecht anzuwenden sei.

10 Mit Beschluss vom 27.01.2021 hat das Nachlassgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

11 II. 1. Die Beschwerde ist gemäß §§ 352e, 58 ff. FamFG zulässig. Die Beteiligten zu 2 ist auch beschwerdeberechtigt.

12 Gemäß § 59 Abs. 1 FamFG steht die Beschwerde nur demjenigen zu, der in seinen Rechten beeinträchtigt ist. Erforderlich ist ein unmittelbarer Eingriff in ein im Zeitpunkt der Entscheidung bestehendes subjektives Recht des Beschwerdeführers. Dass er ein berechtigtes Interesse an der Änderung oder Beseitigung der Entscheidung des Gerichts erster Instanz haben mag, genügt nicht (st. Rspr.: BGH, FamRZ 1996, 856; FamRZ 2009, 220 = NJW-RR 2009, 436; BayObLG, FamRZ 1997, 1299; FamRZ 2004, 1818; KG, OLGR 2003, 178). Gegen einen Beschluss, der die für die Erteilung eines Erbscheins notwendigen Tatsachen als festgestellt erachtet, ist nur derjenige beschwerdeberechtigt, der durch die Erteilung des Erbscheins in seinen Rechten unmittelbar beeinträchtigt würde. Der Beschwerdeführer muss also geltend machen, dass seine erbrechtliche Stellung in dem Erbschein nicht oder nicht richtig ausgewiesen wird (so OLG Köln, FGPrax 2010, 194, juris Rdnr. 4; Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 20. Aufl., § 59 Rdnr. 77)

13 Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Zwar ist dem Beschwerdegegner zuzugestehen, dass es der Beteiligten zu 2 hier in erster Linie darum geht, dass deutsches und nicht thailändisches Erbrecht Anwendung findet. Denn als durch das Testament vom 07.12.2016 enterbte Tochter des Erblassers stünde ihr dann am gesamten Nachlass des Erblassers ein Pflichtteilsanspruch in Höhe der Hälfte des Wertes ihres gesetzlichen Erbteils zu, § 2303 Abs. 1 BGB. Allerdings macht die Beschwerdeführerin auch ein eigenes Erbrecht geltend, das in dem noch zu erteilenden Erbschein unrichtig ausgewiesen würde. So hat sie sich mit Schriftsatz vom 26.02.2020 darauf berufen, dass davon ausgegangen werde, dass keine wirksame letztwillige Verfügung vorliege und somit gesetzliche Erbfolge eingetreten sei (...). Falls das vorliegende, in Thailand errichtete Testament nicht gültig ist, wäre die Beschwerdeführerin bei Anwendung deutschen Erbrechts neben dem Beteiligten zu 1 gemäß § 1924 Abs. 1 und 4 BGB Miterbin zu einem Anteil von ½ geworden. Es ist nicht erkennbar, dass die Beteiligte zu 2 von diesem Einwand abgerückt ist, zumal sie auch in der Beschwerdeinstanz die Zurückweisung des Erbscheinsantrags insgesamt weiterverfolgt (...). Damit ist die Beschwerdeberechtigung der Beteiligten zu 2 als mögliche gesetzliche Erbin gegeben.

14 2. Die Beschwerde hat allerdings in der Sache keinen Erfolg. Die Tatsachen, die zur Begründung des Antrages auf Erteilung eines gegenständlich beschränkten Erbscheines erforderlich sind, sind zutreffend von dem gemäß § 343 Abs. 2 FamFG zuständigen AG Gütersloh festgestellt worden.

15 a) Nach den Vorschriften der zum 17.08.2015 in Kraft getretenen EuErbVO richtet sich die Erbfolge nach dem Erblasser Z A nach thailändischem Recht. Dies folgt zwar nicht aus der vom Erblasser in seinem Testament getroffenen Rechtswahl, da der Erblasser nicht die thailändische Staatsangehörigkeit besaß. Art. 22 Abs. 1 EuErbVO erlaubt für die Rechtsnachfolge von Todes wegen nur die Wahl des Rechtes des Staates, dem ein Erblasser im Zeitpunkt der Rechtswahl oder des Todes angehört. Deshalb ist hier Art. 21 Abs. 1 EuErbVO einschlägig. Danach findet das Erbrecht des Staates Anwendung, in dem der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Dies war hier der Wohnsitz des Erblassers in der Gemeinde I in B/Thailand, wo er die letzten Jahre vor seinem Tod lebte.

16 Der Begriff des „gewöhnlichen Aufenthalts“ ist der Daseinsmittelpunkt einer Person, der unter Gesamtberücksichtigung der jeweiligen Lebensumstände, wie Dauer und Regelmäßigkeit von Aufenthalten, einer besonders engen Bindung an einen Staat, der Sprachkenntnisse, der Lage des Vermögens, für die letzten Jahren vor und beim Erbfall zu ermitteln ist (Beschluss des Senats vom 10.07.2020, 10 W 108/18, juris Rdnr. 28; Keidel/*Zimmermann*, FamFG, § 343 Rdnr. 62). Unter Zugrundelegung dieser Kriterien ist hier festzustellen, dass der Erblasser schon lange vor seinem Versterben seinen Lebensmittelpunkt von Deutschland nach Thailand verlagert hat.

17 Aufgrund der vom Beteiligten zu 1 eingereichten Unterlagen ist festzustellen, dass der Erblasser bereits seit Jahren in Thailand lebte. Die vorliegenden Kopien aus seinem Reisepass belegen, dass er sich bereits seit 2008 in Thailand aufgehalten hat (...). Bereits im Jahr 2012 hat er bei Ausstellung eines Reisepasses gegenüber der Deutschen Botschaft in Bangkok als Wohnort B in Thailand angegeben (...). Auch das vorliegende Testament wurde dort im Jahr 2016 errichtet. Dabei hat der Erblasser wiederum als Wohnsitz seine Adresse in B/Thailand angegeben. Unter dieser Adresse besaß der Erblasser mehrere Eigentumswohnungen, von denen er eine zusammen mit seiner Lebensgefährtin Frau C bewohnte. Das folgt aus den Regelungen in seinem Testament unter Klausel 1., Ziffer 1.1., 1.4., 1.12, 1.13 und 1.14. Frau C, die vom Erblasser in seinem Testament großzügig bedacht wird, wird dort auch als seine „Lebensgefährtin“ bezeichnet (vgl. Klausel 1., unter Ziffer 1.8). Zusätzlich hat der Beteiligte zu 1 diese Beziehung durch eine Vielzahl von Fotos und X-Korrespondenz („textmessenger“-Korrespondenz, Anm. d. Redaktion) belegen können (...). Dass der Erblasser seinen Daseinsmittelpunkt nach Thailand verlagert hatte, wird weiter dadurch deutlich, dass er dort ein Auto und ein Motorrad besaß (vgl. Regelungen im Testament unter Ziffer 1.2 und 1.3). Hierfür hatte er bereits im Jahr 2009 einen thailändischen Führerschein erworben (...). Demgegenüber war in Deutschland kein Fahrzeug mehr auf ihn zu-

gelassen. Auch unterhielt er dort keine eigene Wohnung. Sofern er sich in Deutschland aufhielt, lebte er eher notdürftig in einem als Wohnraum eingerichteten Kellerraum im Haus seiner Schwester am F-Straße 0 in D, in dem es noch nicht einmal fließendes Wasser gab (...). Allein der Umstand, dass er regelmäßig seine in D lebenden Verwandten besuchte und sich vor Ort um die bereits im Jahr 1989 erworbenen Eigentumswohnungen kümmerte, zeigt lediglich, dass er noch Bindungen zu seinem Heimatland pflegte. Sein Lebensmittelpunkt blieb aber in der gesamten Zeit in Thailand, wo er seine maßgeblichen sozialen Bindungen unterhielt. Dies wird anschaulich durch die bis kurz vor seinem Versterben im Oktober 2019 mit seiner Lebensgefährtin geführte X-Korrespondenz („textmessenger“-Korrespondenz, Anm. d. Redaktion) belegt. Hieraus ist deutlich erkennbar, dass der Erblasser sich lediglich zum Abschluss einer dort begonnenen Chemotherapie noch in Deutschland aufhielt. Dass er diese Behandlung letztendlich nicht überlebte und am 00.00.2019 in D verstarb, vermag seinen bereits Jahre zuvor begründeten Aufenthaltsort in Thailand nicht mehr aufzuheben. Insoweit kommt es auch nicht darauf an, ob der Erblasser die thailändische Sprache gut beherrschte. Denn durch die vorgenannten Dokumente ist hinreichend belegt, dass er sich mit seiner thailändischen Lebensgefährtin verständigen konnte und in B/Thailand gut zurecht kam. Soweit die Beschwerdeführerin die Verletzung rechtlichen Gehörs gerügt hat, weil sie vor Erlass des erstinstanzlichen Beschlusses zu dem Sachvortrag des Antragstellers im Schriftsatz vom 27.10.2020 nicht Stellung nehmen konnte, ist ihr dies in der Beschwerdeinstanz ermöglicht worden. Da sie aber wohl wenig Kontakt zum Erblasser gehabt hat, vermochte sie den substantiierten und ausreichend belegten Vortrag ihres Halbbruders nicht in Zweifel zu ziehen. Der von ihr in Erfahrung gebrachte Umstand, dass in Deutschland eine Trauerfeier für den Erblasser stattgefunden hat, zeigt lediglich auf, dass es hier noch Bindungen zu Angehörigen gegeben hat. Dem weiteren Vortrag des Beteiligten zu 1, wonach der Erblasser später auf seinen eigenen Wunsch hin in Thailand beigesetzt worden ist, hat die Beschwerdeführerin nicht widersprochen.

18 b) Das somit hier anzuwendende thailändische Recht erfasst auch das in Thailand geltende internationale Privatrecht einschließlich etwaiger Rückverweisungen, Art. 34 Abs. 1 EuErbVO. Für das unbewegliche Vermögen aus dem Nachlass gilt gemäß § 37 IPRG das Recht des Ortes, an dem sich dieses befindet. Unbewegliches Eigentum auf deutschem Territorium unterliegt demnach deutschem Erbrecht (vgl. *Ferid/Firsching/Hausmann*, Internationales Erbrecht, Bd. VIII, Stand Mai 2021, Thailand Grdz. C Rdnr. 23). Damit kommt es hier bezüglich der drei in D gelegenen Eigentumswohnungen des Erblassers zu einer Nachlassspaltung. Dieser Teil des Nachlasses des Erblassers vererbt sich nach deutschem Recht.

19 c) Aufgrund der in dem Testament vom 07.12.2016 unter Klausel 1. Ziffer 1.15/1.16 getroffenen Anordnungen ist der Beteiligte zu 1 Alleinerbe der drei Eigentumswohnungen geworden. Dort hat der Erblasser bestimmt, dass sein Sohn J A hinsichtlich des unter Ziffer 1.9 bis 1.16 aufgeführten Vermögens, zu dem auch die vorgenannten Eigen-

tumswohnungen gehören, „alleine erbberechtigt ist“. Insofern hat er ihn als Alleinerben eingesetzt.

20 Das in B/Thailand am 07.12.2016 errichtete Testament ist rechtsgültig errichtet und schließt die gesetzliche Erbfolge aus. Über Art. 75 Abs. 1 EuErbVO ist das Haager Testamentsformübereinkommen anwendbar, das für die Formwirksamkeit die Ortsform genügen lässt, Art. 1 Abs. 1a Haager Übereinkommen über das auf die Form letztwilliger Verfügungen anzuwendende Recht vom 05.10.1961. Die vorliegende letztwillige Verfügung ist formwirksam nach thailändischem Recht errichtet worden. Gemäß § 1656 Thailändisches ZGB kann ein Testament auch maschinengeschrieben sein, wenn es mit Datum versehen und vom Testator in Anwesenheit von zwei Zeugen signiert wird. Diese Formvorgaben sind hier ausweislich der vorliegenden beglaubigten Kopie des Testaments eingehalten worden.

21 d) Damit hat der Antragsteller die drei in D, E-straße 0, gelegenen Eigentumswohnungen des Erblassers geerbt. Da er insoweit alleiniger Rechtsnachfolger geworden ist, ist die vom Erblasser unter Klausel 2. seines Testaments zur Teilung des Nachlasses angeordnete Testamentsvollstreckung gegenstandslos und nicht in dem gegenständlich beschränkten Erbschein aufzunehmen.

22 III. Die Kostenentscheidung zulasten der Beschwerdeführerin beruht auf § 84 FamFG.

23 Die Festsetzung des Beschwerdewertes beruht auf §§ 61,40 GNotKG.

24 Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen hierfür nicht vorlagen, § 70 Abs. 2 FamFG.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Stefan Ackermann**, München

Das OLG Hamm hatte über einen Parade Fall zur Nachlassspaltung aufgrund des in der EuErbVO zugelassenen renvoi zu entscheiden.

1. Zusammenfassung des Sachverhalts

a) Lebenssituation des Erblassers

Der Erblasser wanderte ca. 2005, jedenfalls 2008 von Deutschland nach Thailand aus. Seit ca. 2010 lebt er dort mit seiner thailändischen Lebensgefährtin und deren Kind zusammen. Er hat in Thailand verschiedenen Grundbesitz und sein gesamtes bewegliches Vermögen befindet sich in Thailand. Er besaß einen thailändischen Führerschein sowie verschiedene Fahrzeuge in Thailand, nicht jedoch in Deutschland. Zwar war er weiterhin in Deutschland gemeldet, es handelte sich bei dieser Meldeadresse jedoch um das Haus seiner Schwester, in welchem er bei Besuchen in einem kleinen Kellerraum ohne fließendes Wasser wohnte. Der Erblasser verfügte über verschiedene Wohnungen in Deutschland, welche er jedoch nicht selbst nutzte, sondern vermietete. Seine maßgeblichen sozialen Bindungen hatte er in Thailand. Er besuchte nur ab und an Verwandte in Deutschland und kümmerte sich um seine dort belegenen Eigentumswohnungen. Als er für einen Urlaub im Mai 2019 nach Deutsch-

land zurückkehrte wurde bei ihm eine Krebserkrankung diagnostiziert. Im Anschluss daran führte er in Deutschland eine länger andauernde Chemotherapie durch, bis er schließlich im Oktober 2019 in Deutschland verstarb. Im Anschluss wurde eine Trauerfeier in Deutschland durchgeführt, die Bestattung erfolgte jedoch in Thailand.

b) Testament

Der 2019 verstorbene Erblasser hatte am 07.12.2016 ein maschinenschriftliches Testament in Thailand errichtet, welches von ihm selbst und zwei Zeugen unterzeichnet wurde. Hierin hat er u. a. bestimmt, dass sein Sohn hinsichtlich seiner drei in Deutschland belegenen Eigentumswohnungen alleine erbberechtigt sein soll. Sonstiges Vermögen hatte der Erblasser in Deutschland nicht, da sein übriges unbewegliches und bewegliches Vermögen in Thailand belegen war. Die Tochter des Erblassers sollte lediglich 10.000 € erhalten, während das gesamte sonstige Vermögen in Thailand an die dortige Lebensgefährtin fallen sollte. Seinen Sohn ernannte er darüber hinaus zum Testamentsvollstrecker mit der Aufgabe der Aufteilung des Nachlasses. Das Testament beinhaltete weiter eine Passage, nach der der Erblasser thailändisches Erbrecht wählte.

c) Erbscheinsverfahren

Der Sohn beantragte die Erteilung eines gegenständlich auf das im Inland befindliche unbewegliche Vermögen beschränkten Erbscheins, welcher vom Nachlassgericht erteilt wurde. Hiergegen richtete sich die Beschwerde der Tochter des Erblassers, über die das Gericht zu entscheiden hatte.

2. Rechtslage nach der EuErbVO

a) Anwendbarkeit der EuErbVO

Da der Erblasser im Jahre 2019 verstarb, ist die EuErbVO gemäß deren Art. 83 Abs. 1 zeitlich auf den Fall anwendbar. Der in Art. 1 EuErbVO geregelte sachliche Anwendungsbereich ist ebenso eröffnet, da bei dem dargestellten Fall Fragen aus dem Bereich der Rechtsnachfolge von Todes wegen, insbesondere die des anwendbaren Erbrechts zu klären sind. Zum räumlich-persönlichen Anwendungsbereich finden sich keine allgemeinen Bestimmungen in der Verordnung, vielmehr richtet sich dieser nach den spezifischen Vorschriften der Verordnung, welche ihren Anwendungsbereich in sich selbst bestimmen (vgl. zum Beispiel das Erfordernis von in der EU befindlichen Teilen des Nachlasses in Art. 10 EuErbVO).¹ Die Kollisionsnormen der Verordnung sind, wie in allen europäischen Verordnungen auf dem Gebiet des IPR als *loi uniforme*² (Art. 20 EuErbVO) konzipiert und als solche auf alle Erblasser und ihre Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbar. Sie sind also insbesondere auch dann anwendbar, wenn der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hatte.

1 MünchKomm-BGB/Dutta, 8. Aufl. 2020, Vor Art. 1 EuErbVO Rdnr. 33.

2 MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 20 EuErbVO Rdnr. 2.



b) Möglichkeit der Rechtswahl

Art. 22 der EuErbVO gibt vor, dass für die Rechtsnachfolge von Todes wegen nur das Recht des Staates gewählt werden kann, dem die verfügende Person angehört. Hierbei ist gemäß Art. 24 bzw. 25 der Verordnung für die Zulässigkeit und die materielle Wirksamkeit das Recht maßgeblich, welches auf den Erbfall anwendbar wäre, wenn der Erblasser im Zeitpunkt der Errichtung verstorben wäre. Eine entsprechende Rechtswahl im Rahmen der Errichtung führt daher auch zur Anwendung dieses gewählten Rechts auf die Zulässigkeit der Errichtung der Verfügung und deren materielle Wirksamkeit.³ Für die Formwirksamkeit einer solchen Verfügung ist jedoch zu beachten, dass diese im Regelfall nicht nach Art. 27 EuErbVO zu ermitteln sein wird, sondern über das Haager Testamentsformübereinkommen, welches gemäß Art. 75 Abs. 1 EuErbVO vorrangig anzuwenden ist, soweit der Mitgliedstaat auch Vertragsstaat des Übereinkommens ist, was bei Deutschland der Fall ist.⁴ Eine Rechtswahl sieht das Übereinkommen zwar nicht vor, stellt jedoch eine breite Auswahl an Anknüpfungspunkten zur Verfügung, um möglichst zu einer wirksamen letztwilligen Verfügung zu kommen (vgl. Art. 1 des Haager Testamentsformübereinkommens). Regelmäßig wird hinsichtlich der Form also ein wirksames Testament vorliegen, soweit der Testator die vorgeschriebene Form am Ort seines Aufenthaltsorts, seiner Staatsangehörigkeit, seines Wohnsitzes oder gewöhnlichen Aufenthalts beachtet hat.

Die Rechtswahlmöglichkeit der Verordnung zum anwendbaren Erbrecht ist leider wie oben dargestellt sehr beschränkt. Wie der Ordnungsgeber in Erwägungsgrund 38 klarstellt, liegt dies u. a. daran, dass ungewünschtes forum shopping verhindert werden soll. Dem würde jedoch die Möglichkeit, das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts bei Errichtung der letztwilligen Verfügung zu wählen, nicht grundsätzlich im Wege stehen, denn dieses hält der Ordnungsgeber ja grundsätzlich, wie er in Art. 21 EuErbVO zeigt, für anwendbar. Die Möglichkeit dieses Recht auch aktiv zu wählen und so für die Zukunft festzuschreiben würde dem Erblasser ein großes Stück Planungssicherheit geben, ohne dass dadurch exzessives forum shopping ermöglicht würde.⁵

c) Möglichkeiten des renvoi in der EuErbVO

Art. 34 EuErbVO sieht die Möglichkeit vor, dass, soweit aufgrund der Verordnung auf ein Recht eines Drittstaats verwiesen wird, eine Rück- oder Weiterverweisung durch dessen kollisionsrechtliche Regelungen beachtlich ist, soweit auf das Recht eines Mitgliedstaates oder das eines weiteren Drittstaates verwiesen wird, welcher wiederum sein eigenes Recht anwenden würde. Die Norm ist an sich ein

Fremdkörper im Gefüge der sonstigen unionsrechtlichen Verordnungen auf dem Gebiet des IPR, welche die Möglichkeit der Rück- und Weiterverweisung grundsätzlich ausschließen, um die Sicherung der Vereinheitlichungswirkung innerhalb der EU zu gewährleisten.⁶ In der EuErbVO hat sich der Ordnungsgeber aufgrund des aus seiner Sicht in Erbsachen besonders wichtigen internationalen Entscheidungseinklangs für einen anderen Weg entschieden.⁷ Durch Zulassung des renvoi wurde jedenfalls teilweise die Möglichkeit eingeführt, den Sachverhalt so zu behandeln, wie das aus Sicht der Verordnung zuständige Recht den Sachverhalt qualifizieren würde. Die Tatsache, dass der renvoi jedoch nicht insgesamt zugelassen wurde, wie dies zum Beispiel in Art. 4 EGBGB der Fall ist, zeigt, dass der unionsrechtliche Ordnungsgeber durchaus, wenn möglich, zu einer Anwendung des eigenen Rechts kommen möchte. Besonders deutlich ist diese Tendenz des „Heimwärtsstrebens“ in der Zulassung des renvoi beschränkt auf eine Rück- oder Weiterverweisung auf ein Recht eines Mitgliedstaats (Art. 34 Abs. 1 lit. A EuErbVO).

3. Die Entscheidung des OLG Hamm

Das OLG Hamm löst den ihm zur Entscheidung vorliegenden Fall lehrbuchartig. Zunächst wird zutreffend festgestellt, dass es für die Wirksamkeit des Testaments nach Art. 75 Abs. 1 EuErbVO i. V. m. Art. 1 Abs. 1a Haager Testamentsformübereinkommen ausreicht, wenn die Form des Ortes der Errichtung des Testaments gewahrt wird, hier also die Testamentsform in Thailand. Dies ist der Fall, da das Gericht zutreffend feststellt, dass in Thailand nach § 1656 Thailändisches ZGB die Voraussetzungen eines typischen Zwei-Zeugen-Testaments, wie es außerhalb von Deutschland weit verbreitet ist, erfüllt sind.

Weiter wird gut dargestellt, dass die vom Testator getroffene Rechtswahl zu thailändischem Recht aus Sicht der EuErbVO unwirksam ist, da, wie oben dargestellt, das Recht des gewöhnlichen Aufenthalts nicht gewählt werden kann.

Im weiteren Verlauf war also der gewöhnliche Aufenthalt des Testators zu bestimmen um das auf den Erbfall anwendbare Recht nach Art. 21 Abs. 1 EuErbVO zu bestimmen. Die Ausführungen des Senats zum gewöhnlichen Aufenthalt zeigen anschaulich, wie der gewöhnliche Aufenthalt zu ermitteln ist. Es kommt gerade nicht alleine auf den Wohnsitz oder das Sprachvermögen einer Person an.⁸ Es ist vielmehr so, dass unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu ermitteln ist, wo die jeweilige Person ihren Lebensmittelpunkt hat, mit welchem Ort sie am meisten verbunden ist.⁹ Für eine Verbindung zu

3 BeckOK-BGB/Loyal, EuErbVO, Art. 24 EuErbVO Rdnr. 12.

4 BGBl. 1965 II, S. 1144, 1145.

5 Für die Aufnahme einer entsprechenden Wahlmöglichkeit auch: Hausmann/Odersky, IPR, 4. Aufl. 2021, § 15. Anwendbares Erbrecht Rdnr. 105, 108; MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 22 EuErbVO Rdnr. 2; jew. m. w. N.

6 MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 34 EuErbVO Rdnr. 1, 3; Hausmann/Odersky, IPR, § 15. Anwendbares Erbrecht Rdnr. 52.

7 Erwägungsgrund 57 der Verordnung.

8 Vgl. zu den Kriterien der Ermittlung des gewöhnlichen Aufenthalts u. a.: MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 4 EuErbVO Rdnr. 3 ff.; Kränzle, Heimat als Rechtsbegriff?, 2014, vor allem 220 ff.; Kurth, Der gewöhnliche Aufenthalt in Art. 4, 21 Abs. 1 EuErbVO, 2017, vor allem 71 ff.; Mankowski, IPRax 2015, 39.

9 Vgl. insbesondere Erwägungsgrund 24 der Verordnung.

Deutschland spricht hier lediglich, dass der Erblasser Deutscher war, entsprechend Verwandte in Deutschland hatte, Deutsch sprach, hier eine Immobilie besessen hat und hier verstarb, da er sich im Rahmen eines Krankenhausaufenthalts hier befand. Tatsächliche persönliche Beziehungen unterhielt er in Deutschland nahezu nicht mehr. Im Gegenzug dazu spielte sich das Leben des Erblassers in allen wesentlichen Umständen in Thailand ab, wohin er seit vielen Jahren ausgewandert war. Seine Lebensgefährtin lebte dort, er war dort seit Jahren ansässig, hatte dort ebenfalls mehrere Immobilien. Der Erblasser hatte in Thailand auch seinen Führerschein erworben und dort bei der Botschaft seinen Reisepass beantragt. Er konnte zwar wohl nicht fließend Thai, dennoch war es ihm unproblematisch möglich, sich mit den Menschen vor Ort und insbesondere mit seiner thailändischen Lebensgefährtin problemlos zu verständigen. Weiteres Indiz ist, dass es zwar in Deutschland eine Trauerfeier gab, es jedoch der Wunsch des Erblassers war, in Thailand bestattet zu werden. Typischerweise ist davon auszugehen, dass Personen sich nicht an Orten bestatten lassen möchten, die ihnen nichts bedeuten. Es ist vielmehr so, dass man typischerweise eine enge Verbindung zu dem Ort empfindet, welchen man sich als letzte Ruhestätte auswählt.

Das Gericht kommt hier also vollkommen zu Recht und mit sehr überzeugender Begründung zur Anwendbarkeit des thailändischen Rechts aufgrund des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers in Thailand.

Im weiteren Schritt muss sich das Gericht jedoch mit dem thailändischen IPR auseinandersetzen, da für den Fall des Verweises auf das Recht eines Drittstaates, hier Thailand, Art. 34 EuErbVO wie oben dargestellt, die Möglichkeit des *renvoi* eröffnet.

Gemäß Art. 37 des thailändischen Gesetzes über die Gesetzeskollisionen vom 10.03.1938 unterliegt die Erbfolge in unbewegliches Vermögen dem Recht des Ortes, an dem dieses Vermögen belegen ist.¹⁰ Für die gesetzliche und testamentarische Erbfolge in bewegliches Vermögen hingegen gilt das Recht des Staates, in dem der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte.¹¹ Für den hier zu entscheidenden Fall ergibt sich hieraus also eine Nachlassspaltung. In Bezug auf das unbewegliche, in Deutschland belegene Vermögen verweist das thailändische IPR auf deutsches Recht. Diese Verweisung wird gemäß Art. 34 Abs. 1 lit. a EuErbVO angenommen, sodass deutsches Recht auf dieses unbewegliche Vermögen Anwendung findet. Das übrige unbewegliche Vermögen in Thailand und das bewegliche Vermögen (sowohl in Deutschland, als auch in Thailand) werden jedoch nach thailändischem Recht behandelt.

Folgerichtig hat das Gericht festgestellt, dass das Testament formwirksam ist, auf die in Deutschland belegenen Immobilien deutsches Erbrecht Anwendung findet und

dass der Sohn des Erblassers hinsichtlich dieser in Deutschland belegenen Immobilien Alleinerbe geworden ist.

Hierbei ist zu beachten, dass die Nachlassspaltung nicht nur zur Spaltung des materiell anwendbaren Rechts führt, sondern auch verfahrensrechtlich die Nachlassmassen getrennt werden, also zwei separate Erbscheine erstellt werden müssen.¹² Der deutsche Erbschein für das in Deutschland belegene unbewegliche Vermögen muss daher nur die Erbenstellung gerade bezüglich dieser Nachlassmasse bestimmen.

Die Alleinerbenstellung des Sohnes ergibt sich bereits daraus, dass das gesamte wesentliche Vermögen in Deutschland an den Sohn vererbt wurde. Der Erblasser formulierte im Testament ausdrücklich, dass der Sohn diesbezüglich „allein erbberechtigt“ sein soll.

Grundsätzlich könnte man das Testament zwar auch so auslegen, dass der Sohn und die weiteren Bedachten eine Erbengemeinschaft bilden. Dies trifft insbesondere auf den Sohn und die Lebensgefährtin zu, welche neben dem Sohn einen nicht unerheblichen Teil des Vermögens erbt, nämlich die gesamten sich in Thailand befindlichen Vermögenswerte. Hier ist jedoch wie oben dargestellt zu beachten, dass der deutsche Erbschein keine Aussage über das thailändische Erbrecht und die Erbenstellung hinsichtlich des in Thailand befindlichen Vermögens trifft.

Unstreitig nicht Erbe ist wohl die Tochter geworden, welche lediglich mit einer Geldsumme, sozusagen als Abfindungszahlung bedacht wurde. Dies ist unzweifelhaft lediglich als Vermächtnis anzusehen.

Ein Doppelerbschein,¹³ welcher die erbrechtliche Situation auch nach thailändischem Recht und für das dortige Vermögen regelt, wurde gerade nicht beantragt. Die beschränkte Geltung des Erbscheins nur für in Deutschland belegenes Vermögen ist auf dem Erbschein entsprechend zu vermerken,¹⁴ wobei von der Erfüllung dieser Voraussetzung jedoch mangels anderer Anhaltspunkte ausgegangen werden kann.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die Entscheidung des OLG Hamm keinerlei Bedenken begegnet, vielmehr insbesondere im Hinblick auf die Subsumtion eines Sachverhaltes unter den unbestimmten Rechtsbegriff des gewöhnlichen Aufenthalts vorbildlich erfolgt. Für die Zukunft bleibt zu wünschen, dass der Verordnungsgeber die Möglichkeiten der Rechtswahl erweitert und insbesondere eine Wahl des Rechts des gewöhnlichen Aufenthalts im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments zulässt.

10 Staudinger/Dörner, Neub. 2007, Anhang zu Art. 25f EGBGB Rdnr. 837.

11 Staudinger/Dörner, Anhang zu Art. 25f EGBGB Rdnr. 837.

12 BeckOK-BGB/Lorenz, Stand: 01.02.2022, Art. 25 EGBGB Rdnr. 75.

13 Bumiller/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 352e Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/Grziwotz, 8. Aufl. 2020, § 2353 Rdnr. 13.

14 OLG Köln, Beschluss vom 24.02.1992, 2 Wx 41/91, NJW-RR 1992, 1480; BeckOK-BGB/Lorenz, Art. 25 EGBGB Rdnr. 75.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

18. Einsetzung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker

BGH, Beschluss vom 23.02.2022, IV ZB 24/21 (Vorinstanz: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.04.2021, I-3 Wx 61/20)

BeurkG §§ 7, 27
BGB § 2197 Abs. 1

LEITSATZ:

Zur Einsetzung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker in einem eigenhändigen Testament im Anschluss an die Beurkundung einer letztwilligen Verfügung.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten zu 1 ist die Ehefrau des Erblassers. Die Beteiligten zu 2 und 3 sind die Kinder des Erblassers und der Beteiligten zu 1.

2 Der Erblasser und die Beteiligte zu 1 errichteten am 15.10.2001 einen Erbvertrag, der vom Beteiligten zu 4 unter UR-Nr. 5424/2001 beurkundet wurde. Am selben Tag setzten die Eheleute ein von beiden unterzeichnetes handschriftliches Schreiben auf, das wie folgt lautet:

„Nachtrag zu dem Erbvertrag vom 15/10.01. (UR Nr. 5423 für 2001)

Ordnet jeder von uns Testamentsvollstreckung an. Testamentsvollstrecker soll Notar [Beteiligter zu 4] sein.“

3 Nach dem Tod des Erblassers hat der Beteiligte zu 4 die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses beantragt. Das Nachlassgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 4 hat das OLG diese Entscheidung aufgehoben und das Nachlassgericht angewiesen, von den geäußerten Bedenken gegen die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses abzusehen und über den Antrag auf dessen Erteilung unter Berücksichtigung der Ausführungen im Beschwerdebeschluss erneut zu entscheiden.

4 Hiergegen richtet sich die vom OLG zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 und 3, mit der sie die Zurückweisung der Beschwerde des Beteiligten zu 4 gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts beantragen.

5 II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZEV 2021, 512 veröffentlicht ist, ist der Ansicht, dass der Beteiligte zu 4 durch die letztwillige Verfügung des Erblassers und der Beteiligten zu 1, den privatschriftlichen „Nachtrag“, wirksam zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist. Der Wirksamkeit des „Nachtrags“ stünden die §§ 7, 27 BeurkG i. V. m. § 125 BGB nicht entgegen. Der Beteiligte zu 4 habe in Bezug darauf keine Beurkundungstätigkeit entfaltet. In der Vorgehensweise sei auch keine Umgehung der §§ 7, 27 BeurkG zu erkennen.

Die handschriftliche Erklärung nehme zwar in ihrer Überschrift auf den notariellen Erbvertrag Bezug, umgekehrt

enthalte die notarielle Urkunde jedoch keine Bezugnahme auf eine zu erwartende privatschriftliche Erklärung, so dass der Notar insoweit nicht tätig geworden sei. Es sei auch durch Verbindung des Erbvertrages und des Nachtrages keine Urkundstätigkeit begründet worden. Hingen Urkunden mit anderen Urkunden inhaltlich zusammen, seien sie nicht gemäß § 44 BeurkG zu verbinden, sie könnten allerdings nach § 18 Abs. 2 DONot mit der Haupturkunde verwahrt oder dieser angeheftet werden. Eine solche Verbindung führe nicht dazu, dass sodann eine einheitliche Urkunde vorliege und sich die Urkundstätigkeit des Notars auch auf die der Haupturkunde angeklebte oder angeheftete und mit ihr verwahrte Urkunde erstrecke.

6 III. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

7 I. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig. Zwar ist sie nicht fristgerecht eingelegt und begründet worden, aber den Beteiligten zu 1 und 3 ist insoweit Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Sie waren ohne eigenes oder diesem gleichgestelltes Verschulden ihrer Verfahrensbevollmächtigten an der Einhaltung der Fristen verhindert.

8 Ein Rechtsanwalt muss Posteingänge selbst vollständig daraufhin durchsehen, ob der Ablauf von Fristen droht, und daher durch eine allgemeine Anweisung an sein Büropersonal sicherstellen, dass ihm Posteingänge gesondert vorgelegt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 10.02.1994, VII ZB 25/93, VersR 1994, 1368 unter 2. b), juris Rdnr. 11). Nach dem glaubhaft gemachten Vortrag der Beteiligten zu 1 und 3 entsprach die Kanzleiorganisation ihrer Verfahrensbevollmächtigten zweiter Instanz diesen Anforderungen. Danach bestand die allgemeine Anweisung, eingehende Telefaxe und E-Mails sofort an einen Anwalt weiterzuleiten, damit dieser überprüfen kann, ob Fristen oder Termine zu notieren sind. In diesem Fall hat dem weiteren Vortrag zufolge eine Mitarbeiterin weisungswidrig den per Telefax übersandten und in der Kanzlei über ein E-Mail-Programm eingegangenen Beschwerdebeschluss in einen Ablageordner verschoben, ohne ihn einem Anwalt vorzulegen. Legt eine sonst zuverlässige Büroangestellte des Verfahrensbevollmächtigten entgegen dessen Anweisung Eingänge nicht unmittelbar gesondert zur Weiterbearbeitung vor, trifft den Rechtsanwalt kein Vorwurf, dass er seine Sorgfaltspflicht verletzt hätte.

9 2. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch unbegründet. Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass dem Beteiligten zu 4 das beantragte Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen ist, da er durch letztwillige Verfügung des Erblassers zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist. Der Wirksamkeit seiner Ernennung stehen die §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG nicht entgegen.

10 a) Nach §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG ist die Beurkundung einer letztwilligen Verfügung insoweit unwirksam, als darin der Urkundsnotar zum Testamentsvollstrecker ernannt wird. Der Beteiligte zu 4 hat jedoch die Verfügung, durch die der Erblasser ihn zum Testamentsvollstrecker ernannt hat, nicht beurkundet. Wie das Beschwerdegericht zutreffend entschieden hat, ist dieser Teil der letztwilligen Verfügungen



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

des Erblassers nicht gemäß § 2232 BGB zur Niederschrift eines Notars errichtet worden.

11 aa) Der vom Beteiligten zu 4 nach § 2232 Satz 1 Alt. 1 BGB i. V. m. § 2276 Abs. 1 Satz 2 BGB beurkundete Erbvertrag enthält keine Benennung eines Testamentsvollstreckers. Der so bezeichnete „Nachtrag zu dem Erbvertrag“, in dem der Beteiligte zu 4 entsprechend benannt wird, wurde dagegen eigenhändig als Testament errichtet. Wie das Beschwerdegericht zutreffend angenommen hat, ist dieser Nachtrag auch nicht gemäß § 2232 Satz 1 Alt. 2 BGB durch eine Übergabe an den Beteiligten zu 4 zum öffentlichen Testament geworden; es wurde keine notarielle Niederschrift über eine Übergabe erstellt (anders dagegen der Sachverhalt in OLG Bremen, ErbR 2016, 100 unter II. 2. b), juris Rdnr. 14; FamRZ 2015, 533 unter II. 2. a), juris Rdnr. 19). Es ist daher für die Entscheidung ohne Bedeutung, auf welche Weise der „Nachtrag“ in das Notariat des Beteiligten zu 4 gelangte.

12 bb) Das Beschwerdegericht hat außerdem zutreffend angenommen, dass sich die Urkundstätigkeit des Beteiligten zu 4 auch nicht deswegen auf das eigenhändige Testament erstreckte, weil dieses mit dem Erbvertrag verbunden und zusammen verwahrt wurde. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde wird ein Schriftstück allein durch die feste Verbindung mit einer notariellen Urkunde durch Schnur und Prägiesiegel nicht ein Teil dieser Urkunde, der dann vom Mitwirkungsverbot der §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG erfasst würde. Daher kann offenbleiben, ob der handschriftliche „Nachtrag“, wie die Rechtsbeschwerde unter Verweis auf den Vortrag in der Vorinstanz geltend macht, mit dem notariellen Erbvertrag durch Schnur und Prägiesiegel fest verbunden worden ist. Auch nach der Rechtsansicht des Beschwerdegerichts, das jedenfalls von einer Verbindung der beiden Schriftstücke ausging, war die genaue Ausgestaltung der Verbindung nicht entscheidungserheblich, so dass die Entscheidung auch nicht, wie die Rechtsbeschwerde rügt, auf einer Gehörsverletzung beruht.

13 Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ergibt sich nicht aus § 44 BeurkG, dass der Beteiligte zu 4 durch die Verbindung der beiden Schriftstücke eine einheitliche Urkunde geschaffen hätte. Nach § 44 Satz 1 BeurkG sollen Urkunden, die aus mehreren Blättern bestehen, mit Schnur und Prägiesiegel miteinander verbunden werden. Der Anwendungsbereich dieser Regelung setzt also voraus, dass es sich bei den Blättern bereits um eine einheitliche Urkunde handelt. Beigefügte Unterlagen gelten nur dann als Teil der notariellen Niederschrift, wenn in der Niederschrift auf sie verwiesen wird, § 9 Abs. 1 Satz 2 und 3, § 37 Abs. 1 Satz 2 und 3 BeurkG; unter diesen Voraussetzungen sind auch sie nach § 44 Satz 2 BeurkG fest mit der Niederschrift zu verbinden. An einer solchen Verweisung des Erbvertrages auf den handschriftlichen Nachtrag fehlt es hier aber. Die Verbindung von Unterlagen durch den Notar hat dagegen als solche keine Folgen für die rechtliche Einordnung der verbundenen Unterlagen. § 44 BeurkG hat keine konstitutive Wirkung; diese Sollvorschrift dient nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. V/3282, S. 38) nur dem Zweck, einem Verlust einzelner Blätter vorzubeugen, da sich andere Arten

der Verbindung als nicht ausreichend zuverlässig erwiesen haben (vgl. BGH, Urteil vom 24.09.1997, XII ZR 234/95, BGHZ 136, 357 unter II. 5., juris Rdnr. 34).

14 Sind mehrere Schriftstücke durch Schnur und Prägiesiegel miteinander verbunden worden, kann daraus auch nicht geschlossen werden, dass es sich dabei bereits um eine einheitliche Urkunde gehandelt hätte. Ein Notar kann auch andere Unterlagen, die keine einheitliche Urkunde sind, auf diese Weise verbinden. Dieselbe feste Verbindung erlaubte § 18 Abs. 2 DONot (in der bis zum 31.12.2021 geltenden Fassung) in bestimmten Fällen auch zwischen Urkunden und anderen Urkunden oder Unterlagen, so etwa wenn diese die Haupturkunde ergänzen (§ 18 Abs. 2 Satz 1 Spiegelstrich 3 DONot a. F.) oder für die Durchführung des darin beurkundeten Rechtsvorgang von Bedeutung sind (§ 18 Abs. 2 Satz 1 Spiegelstrich 2 DONot a. F.). Auch wenn aufgrund der Regelung in § 44 BeurkG die fehlende feste Verbindung eines formlosen Dokuments mit einer notariellen Urkunde als Indiz dafür gewertet werden kann, dass es sich bei dem Dokument nicht um einen Teil der beurkundeten Niederschrift handelt (vgl. BGH, Beschluss vom 20.03.2019, XII ZB 310/18, BGHZ 221, 308 Rdnr. 24), lässt dies daher entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht den Umkehrschluss zu, dass die Verbindung von Schriftstücken mit Schnur und Prägiesiegel das Bestehen einer einheitlichen Urkunde belegt.

15 b) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde liegt in der hier vorgenommenen Gestaltung keine Umgehung des Mitwirkungsverbots aus den §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG. Diese Vorschriften sind daher nicht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Umgehungsgeschäfte entsprechend auf die Ernennung des Testamentsvollstreckers im eigenhändigen Testament anzuwenden und können nicht zur Unwirksamkeit dieser Verfügung führen.

16 Eine Gesetzesumgehung bildet dann einen Nichtigkeitsgrund, wenn durch die gewählte rechtliche Gestaltung der Zweck einer Rechtsnorm vereitelt wird; dem liegt die Erwägung zugrunde, dass ein vom Gesetz missbilligter Erfolg nicht durch die Umgehung des Gesetzes erreicht werden darf (vgl. BGH, Urteil vom 06.12.1990, IX ZR 44/90, NJW 1991, 1060 unter II. 2. c) aa), juris Rdnr. 25). Das Geschäft ist daher grundsätzlich nur dann nichtig, wenn das Verbot die Verwirklichung des beabsichtigten praktischen Erfolges überhaupt verhindern, nicht dagegen, wenn es nur eine bestimmte Geschäftsform untersagen will (vgl. BGH, Urteil vom 30.11.1955, VI ZR 95/54, WM 1956, 25 unter 4. c)).

17 Nach diesem Maßstab liegt hier keine Umgehung vor. Das Gesetz verbietet weder die Ernennung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker noch dessen Tätigwerden in diesem Amt, also das vom Erblasser mit seiner letztwilligen Verfügung angestrebte Ziel. Die §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG schließen lediglich einen bestimmten Weg zur Erreichung dieses Zieles aus, nämlich eine Beurkundung der Ernennungserklärung durch den betreffenden Notar (vgl. OLG Köln, ZEV 2018, 271 Rdnr. 19; Bengel/Reimann/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl., § 2 Rdnr. 223). Eine materielle Einschränkung der Testierfreiheit ist diesen Vorschriften nicht zu entnehmen; vielmehr han-

delt es sich bei den §§ 27, 7 BeurkG (nur) um eine verfahrensrechtliche Regelung über Mitwirkungsverbote bei der Beurkundung (vgl. Senatsbeschluss vom 18.12.1996, IV ZB 9/96, BGHZ 134, 230 unter II. 2. d), juris Rdnr. 20).

18 Dies entspricht dem Zweck der §§ 27, 7 BeurkG, das Beurkundungsverfahren von Interessenkonflikten freizuhalten. Es gilt zu verhindern, dass der Notar durch die Einräumung ihm ansonsten nicht zustehender rechtlicher Vorteile in der Urkunde in die Gefahr eines Konflikts zu seinen sonstigen Pflichten kommt, insbesondere zu den Prüfungs- und Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG (vgl. Senatsbeschluss vom 10.10.2012, IV ZB 14/12, FamRZ 2013, 32 Rdnr. 11). Die Gefahr eines Widerspruchs zwischen den Interessen des Erblassers sowie möglichen Eigeninteressen des Notars ist in solchen Fällen nicht von vornherein auszuschließen. Einen derartigen möglichen Interessengegensatz wollte der Gesetzgeber durch § 7 BeurkG von Anfang an verhindern (Senatsbeschluss vom 10.10.2012, a. a. O. Rdnr. 12). Diesem Rechtsgedanken hat der Gesetzgeber dagegen im materiellen Erbrecht keinen Vorzug vor der Testierfreiheit des Erblassers eingeräumt (vgl. auch OLG Bremen, FamRZ 2016, 1505, 1506, juris Rdnr. 13; Staudinger/Dutta, Neub. 2021, § 2197 Rdnr. 91).

19 Die §§ 27, 7 BeurkG dienen dagegen nicht dem Zweck, den Erblasser vor einer Beeinflussung durch den als Testamentsvollstrecker vorgesehenen Notar bei der Errichtung eines eigenhändigen Testaments zu schützen. Wenn der Erblasser durch falsche Beratung zu einer überflüssigen Testamentsvollstreckung bewegt worden ist, kann das Testament gemäß § 2078 BGB angefochten werden (Senatsbeschluss vom 18.12.1996, IV ZB 9/96, BGHZ 134, 230 unter II. 2. d), juris Rdnr. 21). Ist eine Testamentsvollstreckung dagegen sachgerecht, ist es erfahrungsgemäß meist ein Anliegen des Erblassers, dass der Notar, dem er zu Lebzeiten seine Angelegenheiten anvertraut hat, auch seinen letzten Willen vollziehen soll (Senatsbeschluss vom 18.12.1996, a. a. O.).

20 Der Wirksamkeit der Testamentsvollstreckerernennung in einem eigenhändigen Testament steht es daher nicht entgegen, wenn dieses in den Räumen des Notars in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Beurkundung einer letztwilligen Verfügung vom Erblasser abgefasst wurde (vgl. OLG Köln, ZEV 2018, 271 Rdnr. 18; Bengel/Reimann/Sandkühler, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl. § 11 Rdnr. 28a; Reimann, a. a. O. § 2 Rdnr. 223: „in zeitlicher Nähe“; a. A. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung, 5. Aufl., Kap. D. Rdnr. 94a) oder der Notar den Text des eigenhändigen Testaments entworfen hat (vgl. BeckOK-BeurkG/Seebach, Stand: 01.11.2021, § 27 Rdnr. 45.10; Langenfeld/Fröhler/Fröhler, Testamentsgestaltung, 5. Aufl., Kap. 3 Rdnr. 364; a. A. BeckOGK-BeurkG/Grzizwotz, Stand: 01.10.2021, § 27 Rdnr. 15): „ohne Veranlassung des Urkundsnotars“).

21 Es kann daher offenbleiben, ob – wie die Rechtsbeschwerde unter Verweis auf den Vortrag in der Vorinstanz geltend macht – der Erblasser im Anschluss an die Beurkundung des Erbvertrages den handschriftlichen Nachtrag im Notariat des Beteiligten zu 4 mit einem von diesem dik-

tierten Text erstellt hat. Da dies auch nach der Rechtsansicht des Beschwerdegerichts nicht entscheidungserheblich war, ist die diesbezügliche Gehörsrüge unbegründet.

19. Verstoß gegen das Mitwirkungsverbot aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG beim Auftreten des Sozius als (ggf. vollmachtloser) Vertreter einer Vertragspartei

BGH, Beschluss vom 19.07.2021, NotSt(Brfg) 1/21 (Vorinstanz: OLG Köln, Beschluss vom 02.11.2020, Not 6/20)

BeurkG § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4
BNotO §§ 105, 111b Abs. 1
VwGO § 124 Abs. 2

LEITSATZ:

Beurkundet ein Notar einen Vertrag, bei dem sein Sozius oder eine sonst beruflich mit ihm verbundene Person als (ggf. vollmachtloser) Vertreter einer Vertragspartei auftritt, verstößt er gegen das Mitwirkungsverbot aus § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BeurkG. Bei dem Vertretergeschäft handelt es sich nicht nur um eine Angelegenheit des Vertretenen, sondern auch des Vertreters. Ob es bei dem beurkundeten Geschäft zu (Haftungs-)Risiken für den Sozius oder einen sonstigen Beteiligten kommt, ist dabei nicht von Bedeutung. Vielmehr ist – schon zur Vermeidung eines „bösen Scheins“ und aus Gründen der Rechtssicherheit – eine formale Betrachtungsweise geboten.

20. Rückgabe eines mit einem Ehevertrag verbundenen gemeinschaftlichen öffentlichen Testaments aus der besonderen amtlichen Verwahrung

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 24.02.2022, 14 W 6/22

BGB §§ 2256 Abs. 2 Satz 1, 2272

LEITSATZ:

Anders als bei einem verbundenen Ehe- und Erbvertrag haben die Ehegatten bei einer notariellen Urkunde, die sowohl ein gemeinschaftliches Ehegattentestament, einen Ehevertrag als auch einen Pflichtteilsverzicht untrennbar miteinander verbunden enthält, ein Recht auf Rückgabe des gemeinschaftlichen Testaments aus der besonderen amtlichen Verwahrung gemäß § 2256 Abs. 2 Satz 1 BGB. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

I. Die beteiligten Eheleute mit Schweizer Staatsangehörigkeit und Wohnsitz in Deutschland begehren die Rückgabe ihres gemeinschaftlichen öffentlichen Testaments aus der besonderen amtlichen Verwahrung gemäß §§ 2272, 2256 Abs. 2 Satz 1 BGB, welches

in einer öffentlichen Urkunde zugleich mit einem Ehevertrag 2014 vor dem Notariat F. errichtet wurde. Dabei haben die Beteiligten das öffentliche Testament ohnehin schon widerrufen, es liegt ihnen aber daran, dass das widerrufenes öffentliche Testament im Erbfall nicht eröffnet wird.

Gemäß Niederschrift des wegen der Rücknahme des Testaments aufgrund Verfügung des Nachlassgerichts (NachlGer.) F vom 10.03.2021 nach Übersendung der öffentlichen Urkunde vor dem NachlGer. W-T durchgeführten Termins vom 15.04.2021 wurde beim Öffnen des Umschlags festgestellt, dass es sich entgegen der Meldung auf den Hinterlegungsscheinen um eine öffentliche Urkunde mit einem Ehevertrag und einem gemeinsamen öffentlichen Testament handelt. Da der Ehevertrag nach Ansicht des NachlGer. W-T nicht aus der amtlichen Verwahrung genommen werden durfte, erfolgte keine Rückgabe an die testierfähigen Eheleute, sondern eine Rücksendung an das Verwahrgericht F.

Mit Verfügung des NachlGer. F vom 29.10.2021 wurden die Beteiligten darauf hingewiesen, dass es sich bei der verwahrten Urkunde um ein untrennbar mit einem Ehevertrag verbundenes gemeinschaftliches Testament handle und der Ehevertrag nicht aus der amtlichen Verwahrung genommen werden könne, weshalb eine Rückgabe der Urkunde an die testierenden Eheleute nicht möglich sei. Da es sich um ein gemeinschaftliches Testament und nicht um einen Erbvertrag handle, sei auch die Herausgabe und Weiterverwahrung durch einen Notar nicht möglich. Daraufhin teilten die Beteiligten u. a. ihre Rechtsansicht mit, dass der Ehevertrag keiner Hinterlegung bedürfe.

Am 16.12.2021 lehnte das NachlGer. die Herausgabe der öffentlichen Urkunde (...) ab. § 34 Abs. 2 und 3 BeurkG fände nur für einen Erbvertrag Anwendung, nicht aber – wie vorliegend – für ein notarielles Testament. Für dieses verbleibe es bei der Regelung in § 34 Abs. 1 Satz 4 BeurkG, welche eine besondere amtliche Verwahrung vorsehe. Zwar könne gemäß § 2256 Abs. 2 BGB ein Erblasser ein notarielles Testament jederzeit zurückverlangen, wodurch dieses als widerrufen gelte. Im vorliegenden Fall bestünde jedoch die Besonderheit, dass in derselben Urkunde auch ein Ehevertrag sowie ein Pflichtteilsverzicht enthalten und alle Bestimmungen untrennbar miteinander verbunden seien. Beim Ehevertrag sowie beim Pflichtteilsverzicht handle es sich um Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Daher sei für den Erbvertrag in § 2300 Abs. 2 BGB geregelt, dass Erbverträge nur dann aus der amtlichen oder notariellen Verwahrung zurückgenommen werden dürften, wenn sie nur Verfügungen von Todes wegen enthalten. Sei dagegen eine für Lebzeiten wirksame Bestimmung enthalten, sei die Rückgabe nicht möglich. Hintergrund sei, dass die Rückgabe nicht zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts unter Lebenden führe. Die Rückgabe hätte daher zur Folge, dass die Urschrift der Urkunde eines noch wirksamen Rechtsgeschäfts verloren gehen könnte.

Dagegen haben die Beteiligten Beschwerde eingelegt. Der Schutz anderer Verträge vor Veränderungen und Verlust rechtfertige nicht den Verlust des Anspruchs auf Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung. Dies gelte vorliegend umso mehr, als die Verträge (Ehevertrag und Pflichtteilsverzicht) nur zwischen den testierenden Beteiligten geschlossen worden seien, nicht jedoch mit dritten Personen. Vor den Vertragsschließenden selbst müssten die Dokumente nicht geschützt werden.

Das NachlGer. hat den Beschwerden nicht abgeholfen.

AUS DEN GRÜNDEN:

9 II. Die zulässigen Beschwerden der Beteiligten haben auch in der Sache Erfolg.

10 Die Rechtsfrage, ob die Beteiligten die Rückgabe ihres gemeinschaftlichen öffentlichen Testaments aus der besonderen amtlichen Verwahrung verlangen können, ist vorliegend nach deutschem Recht zu beurteilen, da die Betei-

ligten auch schon zum Zeitpunkt der Errichtung ihres Testaments ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatten, Art. 24 Abs. 1 und 3 i. V. m. Art. 21 Abs. 1 EuErbVO.

11 Das NachlGer. hat zu Unrecht angenommen, dass im vorliegenden Fall des Bestehens einer notariellen Urkunde, die zugleich ein gemeinschaftlich errichtetes Ehegattentestament als auch einen Ehevertrag sowie Pflichtteilsverzicht untrennbar miteinander verbunden enthält, das grundsätzlich gemäß § 2256 Abs. 2 Satz 1 BGB, hier wegen Vorliegens eines gemeinschaftlichen Testaments i. V. m. § 2272 BGB, bestehende Recht der Beteiligten als testierende Erblasser auf Rückgabe des Testaments ausnahmsweise nicht durchgreift, weil diese notarielle Urkunde neben den dort niedergelegten Verfügungen der Beteiligten von Todes wegen zudem auch für Lebzeiten wirksame Bestimmungen enthält, nämlich die ehevertraglichen Regelungen sowie einen Pflichtteilsverzicht.

12 Dies mag zwar gemäß § 2300 Abs. 2 BGB für Erbverträge gelten (dazu auch BeckOK-FamFG/*Schlögel*, Stand: 1/2022, § 346 Rdnr. 11 m. w. N.). § 2300 Abs. 2 BGB, der die Rückgabe eines Erbvertrags erst mit Wirkung seit dem 01.08.2002 regelt (hierzu auch *Staudinger/Baumann*, Neub. 2018, § 2256 Rdnr. 23), greift jedoch im hier vorliegenden Fall des Vorliegens eines vor einem Notar errichteten gemeinschaftlichen Testaments gerade nicht ein. Dies zeigt nicht zuletzt auch der Verweis in § 2300 Abs. 2 Satz 3 BGB nur auf § 2256 Abs. 1 BGB. Nach § 2256 Abs. 2 Satz 1 BGB kann ein Erblasser bzgl. eines nach § 2256 Abs. 1 BGB errichteten Testaments dagegen die Rückgabe jederzeit verlangen.

13 Das NachlGer. hat im angefochtenen Beschluss für den Erbvertrag und zu § 2300 Abs. 2 BGB ausgeführt, dass Hintergrund für die dortige Regelung, nach welcher lediglich ein Erbvertrag, der nur Verfügungen von Todes wegen enthält, aus der amtlichen oder notariellen Verwahrung zurückgenommen und den Vertragsschließenden zurückgegeben werden kann, sei, dass die Rückgabe nicht zur Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts unter Lebenden führe und die Rückgabe somit zur Folge hätte, dass die Urschrift der Urkunde eines noch wirksamen Rechtsgeschäfts verloren gehen könnte.

14 Es wird nach gründlicher Recherche des Senats jedoch weder in der Rechtsprechung (OLG Köln, Beschluss vom 14.12.1988, 2 Wx 23/88, NJW-RR 1989, 452; LG Augsburg, Beschluss vom 21.04.1998, 5 T 629/98, BeckRS 1998, 7057; OLG Saarbrücken, Beschluss vom 16.10.1991, 5 W 96/91, NJW-RR 1992, 586) noch in der einschlägigen Literatur (*Staudinger/Baumann*, § 2256 Rdnr. 7 ff.; *Prütting/Helms/Fröhler*, FamFG, 5. Aufl. 2020, § 346 Rdnr. 24; *MünchKommBGB/Sticherling*, 8. Aufl. 2020, § 34 BeurkG Rdnr. 35; *Keim*, ZEV 2003, 55; *Beck'sches Notar-Handbuch/Dietz*, 7. Aufl. 2019, Rdnr. 103 ff.; *Bumiller/Harders/Schwamb/Harders*, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 346 Rdnr. 14 ff.; *Soergel/Mayer*, BGB, § 2256 Rdnr. 3 ff.) vertreten, dass deshalb die erst mit Wirkung seit dem 01.08.2002 geltende Regelung des § 2300 Abs. 2 BGB, die im Widerspruch zur älteren Regelung in § 2256 Abs. 2 Satz 1 BGB steht, auch auf Testamente anzuwenden ist.

15 Dies widerspräche auch der Gesetzesgeschichte, denn mit der Schaffung des § 2300 Abs. 2 BGB sollte die Rechtslage an die für das gemeinschaftliche Testament geltende Regelung angeglichen werden. In der Gesetzesbegründung BT-Drucks. 14/9266, S. 49 heißt es dabei u. a., dass entsprechend der Rechtslage bei gemeinschaftlichen Testamenten (§§ 2272, 2256 Abs. 1 BGB) künftig auch Erbverträge aus der amtlichen oder notariellen Verwahrung zurückgenommen werden können, sofern sie lediglich Verfügungen von Todes wegen enthalten. Dies zeigt, dass sich die Rechtslage bzgl. des Erbvertrags an die des gemeinschaftlichen Testaments angleichen sollte, jedoch keine Einschränkungen hinsichtlich der Rechtslage für das Testament gewollt waren. Dazu fehlt auch jeder Hinweis in der Gesetzesbegründung.

16 Vielmehr ist für ein vor einem Notar oder nach § 2249 BGB errichtetes Testament, gemäß § 2272 BGB auch für ein entsprechendes gemeinschaftliches Testament wie vorliegend, als Rückgabegegenstand allein § 2256 BGB einschlägig (hierzu auch Staudinger/Baumann, § 2256 Rdnr. 7 f.) und können die Beteiligten gemeinsam daher gemäß §§ 2272, 2256 Abs. 2 Satz 1 BGB die Rückgabe der Urkunde verlangen.

17 III. (...) Gründe für die Zulassung der Rechtsbeschwerde gemäß § 70 Abs. 2 S. 1 FamFG liegen nicht vor.

ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. Christopher Keim, Ingelheim am Rhein

1. Beweisprobleme durch die Rücknahme aus der amtlichen oder notariellen Verwahrung

Die Urschrift der notariellen Urkunde bleibt, wenn sie nicht auszuhändigen ist, in der Verwahrung des Notars. Diese eindeutige Anordnung des Gesetzes an die Notare in § 45 Abs. 1 BeurkG dient der Sicherung der Urkundsexistenz¹ und damit der Beweissicherung. Die Möglichkeit der Rücknahme von Testamenten aus der amtlichen Verwahrung nach § 2256 BGB passt in dieses verfahrensrechtliche Konzept nur bedingt. Schon ohne eine Verbindung mit anderen Rechtsgeschäften können durch die Rücknahme von Verfügungen von Todes wegen aus der amtlichen Verwahrung erhebliche Beweisprobleme entstehen, beispielsweise wenn in einem Nachtragstestament auf ein aus der Verwahrung genommenes Testament Bezug genommen wird.² Das weitere Problem, dass mit der Rücknahme von Verfügungen von Todes wegen auch in der Urkunde miterklärte Rechtsgeschäfte unter Lebenden verschwinden können, hat der Gesetzgeber des Jahres 2001 bei Erbverträgen dadurch gelöst, dass nach § 2300 Abs. 2 Satz 1 BGB nur „reine“ Erbverträge, die ausschließlich Verfügungen von Todes wegen enthal-

ten, auf diese Weise aufgehoben werden können.³ Anders ist dies, wenn andere Rechtsgeschäfte, wie beispielsweise ein Pflichtteilsverzicht, eine Vollmacht an einen Vermächtnisnehmer oder ein Ehevertrag, zusammen mit einem Testament beurkundet werden. Hier ist dem OLG Karlsruhe Recht zu geben, dass ein derartiges Testament trotzdem aus der amtlichen Verwahrung genommen werden darf, und zwar auch dann, wenn es bereits anderweitig widerrufen worden ist. Denn das Recht des Erblassers, durch die Rücknahme eine Eröffnung dieses Testaments im Erbfall zu verhindern, darf nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass der Notar etwas unglücklich mehrere Rechtsgeschäfte in einer Urkunde zusammengefasst hat. Der Wortlaut des § 2256 Abs. 2 Satz 1 BGB ist unmissverständlich und eindeutig: Der Erblasser kann die Rückgabe jederzeit verlangen. Das OLG hat eine Analogie zu § 2300 Abs. 2 BGB zu Recht abgelehnt. Insbesondere vor Inkrafttreten des GNotKG wurden wegen der damals bestehenden Kostenprivilegierung nach § 46 Abs. 3 KostO häufig Ehe- und Erbverträge in einer Urkunde zusammengefasst. Hier wollte man den Verlust der Urschriften daher vermeiden. Das war bei Testamenten dagegen anders und daher die Mitbeurkundung von Eheverträgen oder sonstiger lebzeitiger Rechtsgeschäfte auch nicht üblich. Deshalb lässt sich der Rechtsgedanke der Vorschrift des § 2300 Abs. 2 Satz 1 BGB nicht auf Testamente übertragen. Dem OLG Karlsruhe ist daher zuzustimmen.⁴ Außerdem hat es zu dieser praktisch wichtigen Frage auf diese Weise eine gewisse Rechtssicherheit geschaffen.

2. Verfügung von Todes wegen und lebzeitige Rechtsgeschäfte in einer Urkunde?

Grundsätzlich sollte man Testamente und Rechtsgeschäfte unter Lebenden nicht in einer Urkunde zusammenfassen. Andererseits können im Einzelfall durchaus Argumente dafür sprechen, auch einmal lebzeitige Rechtsgeschäfte mit in die Testamentsurkunde zu nehmen. Die Gebührendegression, die die Zusammenbeurkundung etwas günstiger macht, ist meines Erachtens kein stichhaltiges Argument, da dies die Beweisnachteile nicht aufwiegen kann. Ist ein Vermächtnisnehmer allerdings selbst bevollmächtigt, sein Vermächtnis zu vollziehen, so ist es zweckmäßig, dass diese dem Vermächtnisnehmer mit eröffnet wird. Widerruft der Erblasser das Testament nach § 2256 BGB, so ist auch diese Vollmacht funktionslos, sodass es zu verschmerzen ist, dass das Original der Vollmacht nicht mehr vorhanden ist. Das ist beim Erbvertrag problematischer, da dadurch die Möglichkeit einer Aufhebung durch Rücknahme aus der amtlichen oder notariellen Verwahrung vereitelt wird. Eine Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 BeurkG für den Notar über diese Rechtsfolge sehe ich allerdings nicht.⁵ Die dem

1 Winkler, BeurkG, 20. Aufl. 2022; § 45 Rdnr. 3.

2 Vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 20.07.2021, 20 W 9/20, RNotZ 2022, 276.

3 Nach OLG Hamm, Beschluss vom 24.11.2014, I-15 W 425/14, NJW 2015, 1187 soll allerdings die Mitbeurkundung einer familienrechtlichen Anordnung nach § 1638 BGB unschädlich sein.

4 So auch Litzemberger, ZEV 2022, 227.

5 A. A. Litzemberger, ZEV 2022, 227.

Notar nach § 17 Abs. 1 BeurkG obliegende Pflicht zur Rechtsbelehrung soll die Errichtung einer rechtswirksamen Urkunde über den wahren Willen der Beteiligten gewährleisten; diesem Zweck entsprechend reicht diese Pflicht grundsätzlich nur soweit, als eine Belehrung für das Zustandekommen einer formgültigen Urkunde erforderlich ist, die diesen Willen der Beteiligten vollständig und unzweideutig in der für das beabsichtigte Rechtsgeschäft zutreffenden Form rechtswirksam enthält.⁶ Weder die Wirksamkeit noch die Widerruflichkeit des Erbvertrages werden aber beeinträchtigt, wenn lediglich die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung nicht möglich ist. Allerdings könnte bei einem brisanten Inhalt, wie beispielsweise einer Pflichtteilsentziehung eines Kindes, eine erweiterte Belehrungspflicht des Notars bestehen, weil hier ein späteres Interesse des Erblassers bei einer Versöhnung mit dem Kind die Eröffnung der ursprünglichen Verfügung zu verhindern, durchaus naheliegend ist. Häufig werden Pflichtteilsverzichte unter der Bedingung erklärt, dass eine bestimmte Verfügung von Todes wegen im Erbfall noch besteht. Trotzdem würde ich in diesen Fällen den Pflichtteilsverzicht getrennt von Testament oder Erbvertrag beurkunden. Es besteht zwar das Risiko, dass die Verfügung von Todes wegen durch die Rücknahme aus der Verwahrung im Erbfall nicht mehr vorhanden ist. Ob die auflösende Bedingung eingetreten ist, könnte streitig werden, wenn eine später errichtete Verfügung mit ähnlichem Inhalt errichtet wurde. Dem Problem kann aber dadurch vorgebeugt werden, dass das Testament oder der Erbvertrag in beglaubigter Kopie als Anlage zum Pflichtteilsverzicht genommen werden.

3. Haftungsrisiken durch Verlust der Urschrift des lebzeitigen Rechtsgeschäfts

Der Gefahr des Verlustes des Beweises der Existenz des lebzeitigen Rechtsgeschäftes, das mit der Testamentsurkunde beurkundet worden war, lässt sich durch die Zurückbehaltung einer beglaubigten Abschrift der Urkunde gemäß § 20 DONot begegnen. Diese ersetzt gemäß § 435 ZPO selbst in einem Zivilprozess die Urschrift, sodass die Beweiswirkungen des § 415 ZPO auch bei einem Verlust der Urschrift nicht verlorengehen.⁷ Dies zeigt auch die Vorschrift des § 46 BeurkG, wonach bei Verlust der Urschrift eine beglaubigte Abschrift zur Urkundensammlung zu nehmen ist, die dann sogar die Urschrift vertritt. Ist allerdings keine beglaubigte Kopie nach § 20 DONot in der Urkundensammlung vorhanden, sondern lediglich ein Vermerkblatt, kann der Inhalt der Urschrift im schlimmsten Fall nicht mehr nachvollziehbar sein. Eine Lösung bestünde darin, dass das verwahrende Gericht in solchen Fällen dem Notar eine beglaubigte Abschrift der Urkunde übersendet, die er in seine Urkundensammlung aufnimmt. Verpflichtet ist es dazu allerdings nicht. Möglich wäre, das zuständige AG allgemein um eine solche Verfahrensweise zu bitten, falls derartige Fälle vorkommen.

Eine Amtspflichtverletzung begeht ein Notar nicht, weil er das Testament zusammen mit einem weiteren Rechtsgeschäft in einer Urkunde zusammengefasst hat und später wegen der Rücknahme aus der Verwahrung dessen Inhalt nicht mehr bewiesen werden kann. Er hat die Vorschriften zur Urkundenverwahrung der §§ 34, 45 Abs. 1 BeurkG schließlich exakt beachtet. Es ist sehr fraglich, ob ein Notar verpflichtet ist, Schwächen im Zusammenspiel der Rechtsnormen auszugleichen.⁸

8 So aber BGH, Urteil vom 07.03.1996, IX ZR 169/95, NJW-RR 1996, 781 zur Belehrungspflicht über „hängende“ Erschließungskosten.

ÖFFENTLICHES RECHT

21. Rücknahme oder Widerruf einer Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz

BGH, Beschluss vom 29.04.2022, BLw 5/20 (Vorinstanz: OLG Brandenburg, Beschluss vom 13.08.2020, 16 WLw 7/20)

GBO § 38

GrdstVG §§ 6, 7 Abs. 2 und 3, § 22 Abs. 1

VwVfG § 48 Abs. 3, § 49

LEITSÄTZE:

1. Gegen die Rücknahme oder den Widerruf einer Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz kann gemäß § 22 Abs. 1 GrdstVG ein Antrag auf Entscheidung durch das nach dem Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen zuständige Gericht gestellt werden.
2. Die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz richtet sich nach § 48 Abs. 3 VwVfG und kann auch dann erfolgen, wenn die privatrechtsgestaltende Wirkung der Genehmigung bereits eingetreten ist; die Fiktion des § 7 Abs. 3 GrdstVG tritt nicht ein, wenn die Eintragung in das Grundbuch aufgrund eines rechtswidrig genehmigten Rechtsgeschäfts vorgenommen worden ist.
3. Die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz ist nach dem im Rahmen der Ermessenabwägung einzubeziehenden Rechtsgedanken des § 7 Abs. 3 GrdstVG regelmäßig ausgeschlossen, wenn das Rücknahmeverfahren nicht innerhalb eines Jahres nach Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch eingeleitet worden ist; das gilt jedoch nicht, wenn die in § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG genannten Voraussetzungen vorliegen, unter denen sich die Beteiligten nicht auf Vertrauensschutz berufen können.
4. Auch eine gemäß § 7 Abs. 3 GrdstVG fingierte Genehmigung kann zurückgenommen werden, wenn und soweit die in § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG

6 BGH, Urteil vom 02.06.2005, III ZR 306/04, NJW 2005, 3495; Urteil vom 22.07.2010, III ZR 293/09, NJW 2010, 3243.

7 Winkler, BeurkG, § 42 Rdnr. 33; BGH, Urteil vom 16.11. 1979, V ZR 93/77, NJW 1980, 1047.

genannten Voraussetzungen bezogen auf die Herbeiführung der Eintragung in das Grundbuch vorliegen.

5. Soll die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz erfolgen und liegen die Voraussetzungen vor, unter denen das Vorkaufsrecht nach dem Reichssiedlungsgesetz ausgeübt werden kann, so hat die Behörde während des Rücknahmeverfahrens die Erklärung der Siedlungsbehörde über die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die vorkaufsberechtigte Stelle herbeizuführen und muss den Veräußerer über diesen Vorgang in Kenntnis setzen; die Rücknahme muss zwingend mit der Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts verbunden werden. Eines Zwischenbescheids nach § 6 Abs. 1 Satz 2 GrdstVG bedarf es nicht; die Vertragsparteien können die Anhörung zum Anlass nehmen, zu erklären, dass der Antrag für den Fall der Rücknahme zurückgenommen wird.
6. Das Grundbuchamt hat in entsprechender Anwendung von § 7 Abs. 2 Satz 1 GrdstVG einen Widerspruch in das Grundbuch einzutragen, wenn das Ersuchen der Genehmigungsbehörde auf die Rücknahme oder den Widerruf der nach dem Grundstückverkehrsgesetz erteilten Genehmigung nach §§ 48, 49 VwVfG gestützt wird; die Unanfechtbarkeit des Rücknahmebescheids bzw. dessen sofortige Vollziehbarkeit gehört zu denjenigen Voraussetzungen des Widerspruchs, die grundsätzlich nicht das Grundbuchamt, sondern die Genehmigungsbehörde zu prüfen hat.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Mit notarieller Urkunde vom 29.06.2015 verkauften 14 Gesellschaften eines Konzerns, darunter die Beteiligte zu 1, jeweils in ihrem Alleineigentum stehende landwirtschaftliche Grundstücke (insgesamt rund 2.262 ha) zu einzeln ausgewiesenen Kaufpreisen (insgesamt rund 26,7 Mio. €) an die ebenfalls konzernzugehörige und als landwirtschaftliches Unternehmen registrierte Rechtsvorgängerin der Beteiligten zu 2. Die Vertragsparteien vereinbarten eine langfristige Rückverpachtung der Flächen an die jeweiligen Verkäuferinnen. Der Landkreis P (Beteiligter zu 3) erteilte im Juli 2015 die Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz. Auf der Grundlage eines im August 2015 geschlossenen Vertrags übertrug die Alleingesellschafterin der Käuferin 94,9 % ihrer Geschäftsanteile auf eine konzernfremde Kapitalanlagegesellschaft. Die Beteiligte zu 2 wurde im Februar 2016 als Eigentümerin der von der Beteiligten zu 1 verkauften Flächen in das Grundbuch eingetragen. Mit Schreiben vom 29.06.2017 teilte der Beteiligte zu 3 den Beteiligten zu 1 und 2 mit, dass er die Rücknahme der erteilten Genehmigungen beabsichtige und die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts vorbereite. Gestützt auf den Versagungsgrund einer ungesunden Verteilung des Grund und Bodens erklärte der Beteiligte zu 3 sodann mit Bescheid vom 27.09.2017 für sechs Kaufgegenstände, darunter die von der Beteiligten zu 1 verkauften Flächen, die Rücknahme der erteilten sowie eventuell fingierter Genehmigungen und teilte die Ausübung des Vorkaufsrechts

durch das gemeinnützige Siedlungsunternehmen mit. Ein auf Ersuchen des Beteiligten zu 3 zunächst gemäß § 7 Abs. 2 GrdstVG in das Grundbuch eingetragener Widerspruch wurde aufgrund einer im Beschwerdeverfahren ergangenen Anordnung des OLG Brandenburg (BeckRS 2020, 45434) gelöscht.

2 Das AG – Landwirtschaftsgericht – hat auf den Antrag der Beteiligten zu 1 und 2 auf gerichtliche Entscheidung deren Einwendungen gegen die Rücknahme der Grundstückverkehrsgenehmigungen als unbegründet zurückgewiesen und die Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts wegen Verfahrensfehlern aufgehoben. Der Senat für Landwirtschaftssachen des OLG hat das Verfahren in Bezug auf die durch das Siedlungsunternehmen und das Land Brandenburg gegen die Aufhebung der Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts erhobenen Beschwerden abgetrennt. Auf die Beschwerden der Beteiligten zu 1 und 2 hat er den Rücknahmebescheid betreffend die von der Beteiligten zu 1 verkauften Flächen aufgehoben und dem Beteiligten zu 3 die gerichtlichen und außergerichtlichen Kosten des Verfahrens auferlegt. Mit den zugelassenen Rechtsbeschwerden, deren Zurückweisung die Beteiligten zu 1 und 2 beantragen, wollen der Beteiligte zu 3 und das ihm übergeordnete Ministerium (Beteiligter zu 4) insoweit die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung erreichen.

3 B. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung in RdL 2021, 101 veröffentlicht ist, sieht die Genehmigungsbehörde als Verfahrensbeteiligte an. Zwar gebe § 32 Abs. 1 LwVG für das Verfahren wegen der Genehmigung einer rechtsgeschäftlichen Veräußerung (§ 22 GrdstVG) vor, dass die Genehmigungsbehörde lediglich heranzuziehen sei. Um ein solches Verfahren handele es sich aber nicht, wenn – wie hier – gegen die Rücknahme einer erteilten Genehmigung vorgegangen werde. Da ein belastender Verwaltungsakt angefochten werde, seien die sachnäheren Vorgaben für die Anfechtungsklage gemäß § 42 Abs. 1 Alt. 1 VwGO maßgeblich; nur so lasse sich die Bindungswirkung und die materielle Rechtskraft der gerichtlichen Entscheidung sicherstellen.

In der Sache könne dahinstehen, ob die erteilte Genehmigung rechtswidrig gewesen sei und ob der Beteiligte zu 3 sein Rücknahmeermessen fehlerfrei ausgeübt habe. Grundsätzlich könne die privatrechtsgestaltende Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz zwar zurückgenommen werden. Auch sei es nicht zu beanstanden, dass sich die Rücknahme der Genehmigung auf einzelne Kaufgegenstände beschränke, weil das beurkundete Rechtsgeschäft als teilbar angesehen werden könne. Eine Rücknahme komme aber deshalb nicht in Betracht, weil seit der Eintragung der Erwerberrin in das Grundbuch mehr als ein Jahr vergangen sei und das Rechtsgeschäft gemäß § 7 Abs. 3 GrdstVG als genehmigt gelte. Nach der Rechtsprechung des BGH diene die Genehmigungsfiktion dazu, nach dem Ablauf einer gewissen Zeit über die Wirksamkeit des Veräußerungsgeschäfts und die Richtigkeit des Grundbuchs Gewissheit zu verschaffen und damit den Rechtsfrieden zu gewährleisten. § 7 Abs. 3 GrdstVG sei auch auf die Rücknahme einer zunächst erteilten Genehmigung in der Weise



anzuwenden, dass – wenn der Rechtsschein nicht zuvor durch die in § 7 Abs. 3 GrdstVG vorgesehenen Möglichkeiten beseitigt worden sei – ein Rücknahmebescheid innerhalb einer Frist von einem Jahr ab Eintragung der genehmigten Rechtsänderung ergehen müsse. Der gemäß § 7 Abs. 2 GrdstVG eingetragene Widerspruch sei gleichwohl zu Recht gelöscht worden. Diese Norm finde bei einer Genehmigungsrücknahme keine Anwendung, weil dem Grundbuchamt kein Verfahrensfehler unterlaufen sei. Das auf § 7 Abs. 2 GrdstVG gestützte Ersuchen des Beteiligten zu 3 habe schon deshalb den Eintritt der Genehmigungsfiktion nicht verhindern können.

4 C. I. Zulässig ist nach § 9 LwVG i. V. m. § 70 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 FamFG nur die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 4 (übergeordnete Behörde), nicht jedoch diejenige des Beteiligten zu 3 (Genehmigungsbehörde). Die Rechtsstellung der Behörden bei der gerichtlichen Überprüfung der Rücknahme einer Grundstückverkehrsgenehmigung beurteilt sich, anders als das Beschwerdegericht meint, insgesamt nach § 32 LwVG. Infolgedessen ist nur die der Genehmigungsbehörde übergeordnete Behörde berechtigt, die Rechtsbeschwerde zu erheben (§ 32 Abs. 2 Satz 2 LwVG). Im Rechtsbeschwerdeverfahren gelten die Beteiligten zu 3 und 4 deshalb als Beteiligte, weil sie Rechtsbeschwerdeführer sind (vgl. § 32 Abs. 2 Satz 3 LwVG).

5 1. Die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 3 ist unzulässig.

6 a) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts sind auf die gerichtliche Überprüfung der behördlichen Rücknahme einer Grundstückverkehrsgenehmigung im Ausgangspunkt primär die Vorschriften des Gesetzes über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen und nach dessen § 9 ergänzend die Vorschriften des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sinngemäß anzuwenden. Infolgedessen ist auch § 32 LwVG anwendbar. Es handelt sich um ein Verfahren aufgrund der Vorschriften über die rechtsgeschäftliche Veräußerung im Grundstücksverkehrsgesetz im Sinne des § 1 Nr. 2 LwVG. Gegen die Rücknahme oder den Widerruf einer Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz kann gemäß § 22 Abs. 1 GrdstVG ein Antrag auf Entscheidung durch das nach dem Gesetz über das gerichtliche Verfahren in Landwirtschaftssachen zuständige Gericht gestellt werden (vgl. *Netz*, GrdstVG, 8. Aufl., Rdnr. 4030; *Wöhrmann*, GrdstVG, § 2 Rdnr. 38; siehe auch OLG Celle, RdL 1954, 41; OLG Köln, RdL 1954, 71, 72). Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit der Rücknahme bzw. des Widerrufs einer Grundstückverkehrsgenehmigung bei Erlass des § 22 GrdstVG nicht bedacht und die Rücknahme einer Genehmigung nur deshalb im dem Katalog der Vorschrift nicht ausdrücklich genannt hat.

7 aa) Richtig ist zwar, dass die unmittelbare Versagung einer Genehmigung und die Rücknahme einer zunächst erteilten Genehmigung nicht in jeder Hinsicht gleichzusetzen sind. Dass es sich bei der Rücknahme der Genehmigung um einen belastenden Verwaltungsakt handelt, spricht aber schon deshalb nicht gegen die Anwendung des § 22 GrdstVG, weil die Versagung der Genehmigung gleichfalls

als belastender Verwaltungsakt zu qualifizieren ist (vgl. Senat, Beschluss vom 10.05.2019, BLw 1/18, DNotZ 2020, 149 Rdnr. 9; Beschluss vom 23.11.2012, BLw 13/11, NJW 2013, 607 Rdnr. 12; Beschluss vom 13.05.1982, V BLw 22/80, BGHZ 84, 70, 73). Auch sind die Verwaltungsverfahrensgesetze der Länder neben dem Grundstücksverkehrsgesetz für das behördliche Verfahren sowohl bei der (erstmaligen) Entscheidung über einen Genehmigungsantrag (vgl. Senat, Beschluss vom 23.11.2012, BLw 13/11, NJW 2013, 607 Rdnr. 12) als auch bei der Entscheidung über die Rücknahme einer Genehmigung ergänzend maßgeblich.

8 bb) Da die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung – wie noch zu zeigen sein wird (vgl. unten Rdnr. 47) – zwingend mit der Versagung der Genehmigung verbunden werden muss, ist § 22 GrdstVG unter diesem Gesichtspunkt ohne Weiteres einschlägig. Zudem ergeben sich aus der Verknüpfung von Rücknahme und Genehmigungsversagung so weitgehende Überschneidungen, dass die Annahme, der Gesetzgeber hätte die Verfahren verschiedenen Gerichten zugewiesen oder unterschiedlichen Verfahrensordnungen unterstellt, fernliegt. Das gilt auch im Hinblick auf die von dem Beschwerdegericht angeführten Gesichtspunkte der Bindungswirkung sowie der materiellen Rechtskraft der Entscheidung. So betrifft das Fehlen einer Vorschrift zur materiellen Rechtskraft in dem Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit alle Entscheidungen der Landwirtschaftsgerichte gleichermaßen, und es muss von Fall zu Fall geprüft werden, wie weit die materielle Rechtskraft reicht (vgl. allgemein Senat, Beschluss vom 12.12.1963, V BLw 12/63, BGHZ 40, 338, 341; *Ernst*, LwVG, 9. Aufl., § 30 Rdnr. 14 f.; *Keidel/Engelhardt*, FamFG, 20. Aufl., § 45 Rdnr. 24 ff.). Etwaige Lücken in der Ausgestaltung des gerichtlichen Verfahrens können im Übrigen durch eine entsprechende Anwendung der VwGO geschlossen werden (vgl. Senat, Beschluss vom 13.05.1982, V BLw 22/80, BGHZ 84, 70, 73).

9 b) Infolgedessen ist die Beteiligte zu 3 als Genehmigungsbehörde gemäß § 32 Abs. 2 Satz 2 LwVG nicht befugt, die Rechtsbeschwerde einzulegen. Die Rechtsbeschwerde kann nicht allein darauf gestützt werden, dass das Beschwerdegericht den Beteiligten zu 3 förmlich zu dem Verfahren hinzugezogen hat (vgl. Senat, Beschluss vom 04.02.1964, V BLw 31/63, BGHZ 41, 114, 116; BGH, Beschluss vom 14.10.2015, XII ZB 695/14, FamRZ 2016, 120 Rdnr. 8 ff.). Aus der zum Nachteil des Beteiligten zu 3 ergangenen Kostenentscheidung folgt nichts anderes, nachdem der gemäß § 32 Abs. 2 Satz 2 LwVG dazu berufene Beteiligte zu 4 mit seiner Rechtsbeschwerde die Entscheidung in der Hauptsache und damit zugleich den Kostenauspruch angreift (vgl. auch *Netz*, GrdstVG, Rdnr. 4413). Ob wegen des Verfahrensfehlers des Beschwerdegerichts, das die Genehmigungsbehörde im Beschwerdeverfahren entgegen § 32 Abs. 1 LwVG als Beteiligten eingeordnet hat, etwas anderes zu gelten hätte, wenn nur der Beteiligte zu 3 Rechtsbeschwerde eingelegt hätte, kann dahinstehen.

10 2. Die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 4 als übergeordneter Behörde ist dagegen zulässig.

11 a) Seine Befugnis zur Erhebung der Rechtsbeschwerde folgt aus § 32 Abs. 2 Satz 2 LwVG. Entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 2 setzt die Rechtsbeschwerdebefugnis der übergeordneten Behörde nicht voraus, dass diese bereits in der Beschwerdeinstanz förmlich beteiligt oder gar Beschwerdeführerin bezogen auf den Verfahrensgegenstand der Rücknahme der Genehmigungen gewesen wäre. Hebt das Beschwerdegericht die erstinstanzliche Bestätigung der behördlichen Entscheidung auf, ist es gerade Sinn und Zweck des § 32 Abs. 2 Satz 2 LwVG, der übergeordneten Behörde die Einlegung der (zugelassenen) Rechtsbeschwerde gegen diese Entscheidung im öffentlichen Interesse zu eröffnen (vgl. BT-Drucks. 1/3819, S. 33 f.).

12 b) Auch im Übrigen ist das Rechtsmittel zulässig. Entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 1 lässt sich daraus, dass das Beschwerdegericht von einem kontradiktorischen Verfahren unter Beteiligung der Genehmigungsbehörde ausgeht und § 32 LwVG nicht für anwendbar hält, keine auf den Beteiligten zu 3 beschränkte Zulassung ableiten. Ein solches Verständnis der Zulassungsentscheidung liegt schon deshalb fern, weil das Beschwerdegericht diese nicht näher begründet und damit auch seine Rechtsauffassung zu der Anwendung von § 32 LwVG zur Überprüfung gestellt hat. Außerdem wäre eine dahin gehende Beschränkung der Zulassung ohnehin unzulässig, weil die Zuständigkeit der übergeordneten Behörde für die Einlegung und Durchführung des Rechtsbeschwerdeverfahrens gesetzlich angeordnet ist (§ 32 Abs. 2 Satz 2 LwVG) und nicht zur Disposition des Gerichts steht.

13 II. In der Sache hat die Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 4 Erfolg. Die Begründung, mit der das Beschwerdegericht den Rücknahmebescheid aufgehoben hat, ist rechtsfehlerhaft.

14 1. Im Ausgangspunkt zutreffend nimmt das Beschwerdegericht an, dass Genehmigungen nach dem Grundstücksverkehrsgesetz einer Rücknahme nach den allgemeinen Vorschriften des Verwaltungsverfahrensrechts grundsätzlich zugänglich sind.

15 a) Die Entscheidungen der nach dem Grundstücksverkehrsgesetz zuständigen Behörden sind Verwaltungsakte, auf die die Verwaltungsverfahrensgesetze anzuwenden sind, soweit nicht im Grundstücksverkehrsgesetz etwas Abweichendes bestimmt ist (Senat, Beschluss vom 23.11.2012, BLw 13/11, NJW 2013, 607 Rdnr. 12). § 1 Abs. 1 des Verwaltungsverfahrensgesetzes für das Land Brandenburg verweist weitgehend auf das bundesdeutsche Verwaltungsverfahrensgesetz einschließlich der Vorschriften über die Bestandskraft von Verwaltungsakten in §§ 43 ff. VwVfG.

16 b) Infolgedessen richtet sich die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz nach § 48 Abs. 3 VwVfG, und sie kann auch dann erfolgen, wenn die privatrechtsgestaltende Wirkung der Genehmigung bereits eingetreten ist (vgl. Netz, GrdstVG, Rdnr. 3976 f., 4023 ff.). Bereits vor der Kodifizierung des Verwaltungsverfahrensrechts war anerkannt, dass rechtswidrige staatliche Genehmigungen auch dann zurückgenommen werden können, wenn sie privatrechtsge-

staltende Wirkung haben (vgl. BVerwGE 48, 87, 92 f.; 54, 257, 262 ff.). Dass Verwaltungsakte dieser Art nunmehr den §§ 48, 49 VwVfG unterfallen, entspricht einhelliger Ansicht (vgl. nur OVG Münster, N&R 2019, 242, 243; Kopp/Ramsauer, VwVfG, 21. Aufl., § 48 Rdnr. 39; Schoch/Schneider/Schoch, VwVfG, Stand: August 2021, § 48 Rdnr. 68; zur Entwicklung Zacharias, NVwZ 2002, 1306, 1307 f.). Das gilt auch für die Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz (vgl. dazu bereits Senat, Beschluss vom 13.05.1982, V BLw 22/80, BGHZ 84, 70, 74 f.); da sie einen begünstigenden Verwaltungsakt darstellt, der weder eine Geld- noch eine Sachleistung gewährt, richtet sich die Rücknahme nach § 48 Abs. 3 VwVfG (vgl. Schoch/Schneider/Schoch, VwVfG, § 48 Rdnr. 203). Den berechtigten Belangen sowohl der Vertragspartner als auch Dritter muss im Rahmen der nach § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG zu treffenden Ermessensentscheidung Rechnung getragen werden (vgl. OVG Münster, N&R 2019, 242, 243).

17 2. Rechtlicher Überprüfung hält es ferner stand, dass das Beschwerdegericht die auf einzelne Kaufgegenstände beschränkte Genehmigungsrücknahme trotz des ursprünglich einheitlich gestellten Genehmigungsantrags und der einheitlich erteilten Genehmigung als zulässig ansieht, weil ungeachtet der Zusammenfassung der Vereinbarungen in einer Vertragsurkunde nach dem Willen der Vertragspartner kein einheitliches Rechtsgeschäft vorliege.

18 a) Allerdings muss ein Grundstückskaufvertrag in der Regel als Einheit gewertet werden, sodass die Genehmigung nur einheitlich erteilt oder versagt werden kann, was folgerichtig auch für die Rücknahme einer erteilten Genehmigung zu gelten hat. Denn es ist nicht angängig, den Verkäufer auf den Verkauf einzelner Teilflächen oder auf einen Verkauf unter dem angemessenen genehmigungsfähigen Gesamtpreis zu verweisen (vgl. Senat, Beschluss vom 08.05.1998, BLw 42/97, NJW-RR 1998, 1470, 1471; Beschluss vom 28.11.2014, BLw 3/13, NJW 2015, 1520 Rdnr. 6, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 203, 297; Beschluss vom 28.04.2017, BLw 1/15, NJW-RR 2017, 1485 Rdnr. 8).

19 b) Anders verhält es sich aber, wenn eine einheitliche Urkunde mehrere rechtlich selbstständige Verträge enthält, die der Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz bedürfen. Dann kann die einheitlich beantragte Genehmigung für einzelne Verträge erteilt und für andere versagt werden, und auch die Rücknahme einer erteilten Genehmigung kann auf einzelne rechtlich selbstständige Veräußerungsgeschäfte beschränkt werden. Andernfalls könnten die Zwecke des Grundstücksverkehrsgesetzes durch eine willkürliche Zusammenfassung mehrerer Verträge in einer Urkunde unterlaufen werden, indem etwa die Genehmigung für einen selbstständigen Vertrag trotz Vorliegens eines Versagungsgrunds nur deshalb erteilt werden müsste, weil für den Gegenstand eines ganz anderen Kaufvertrags erwerbsbereite, aufstockungsbedürftige Landwirte nicht ermittelt werden konnten. Entgegen der Ansicht der Beteiligten zu 2 können die Beteiligten die Behörde auch nicht über eine entsprechende Formulierung des Genehmigungsantrags oder eine „Verfahrensvorgabe“ dazu verpflichten, mehrere in einer Urkunde enthaltene selbstständige Veräu-

Berungsgeschäfte nur insgesamt oder gar nicht zu genehmigen. Die Genehmigungsfähigkeit bestimmt sich ausschließlich nach materiellem Recht.

20 c) Daran gemessen ist die Annahme des Beschwerdegerichts, dass die einheitliche Vertragsurkunde 14 rechtlich selbstständige Kaufverträge enthält und die Rücknahme der erteilten Genehmigung auf einzelne Kaufverträge beschränkt werden kann, nicht zu beanstanden.

21 aa) Im Ausgangspunkt zutreffend legt das Beschwerdegericht zugrunde, dass die Zusammenfassung der Abreden in derselben Urkunde eine tatsächliche Vermutung für die von den Vertragsschließenden gewollte Einheitlichkeit des gesamten Geschäfts begründet (vgl. BGH, Urteil vom 16.07.2004, V ZR 222/03, WM 2005, 991; Urteil vom 11.11.1983, V ZR 211/82, BGHZ 89, 41, 43 m. w. N.). Es sieht diese Vermutung aber aufgrund der Beteiligung von 14 verschiedenen Verkäufern, der getroffenen Regelungen im Zusammenhang mit der Zahlung der 14 Kaufpreise sowie der Beantragung der Eigentumsumschreibung nach Einholung der „jeweils erforderlichen Genehmigung“ und der Rücktrittsmöglichkeit der Käuferin hinsichtlich einzelner Flurstücke als widerlegt an. Der Inhalt der Urkunde lasse deutlich erkennen, dass die Vertragsparteien von einer Teilbarkeit des Gesamtgeschäfts ausgegangen seien. Diese – im Rechtsbeschwerdeverfahren ohnehin nur eingeschränkt nachprüfbar – tatrichterliche Würdigung lässt Rechtsfehler nicht erkennen.

22 bb) Infolge der rechtlichen Selbstständigkeit der 14 Kaufverträge war die Genehmigungsbehörde gehalten, die Genehmigungsfähigkeit in Bezug auf jeden einzelnen Vertrag zu prüfen, und die einheitlich erteilte Genehmigung bündelt in der Sache 14 einzelne Genehmigungen, die jeweils einer gesonderten Rücknahme zugänglich sind (vgl. allgemein zur Möglichkeit der teilweisen Rücknahme eines Verwaltungsakts Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, 9. Aufl., § 48 Rdnr. 100). An diesem Ergebnis vermag die Vertragsklausel zur Erstbestätigung der Fälligkeit der Kaufpreise, die durch den Notar erst erteilt werden sollte, wenn sie für mindestens 92,5 % der Gesamtfläche aller Kaufgegenstände der Vertragsurkunde vom 29.06.2015 sowie eines Parallelvertrags erteilt werden kann, nichts zu ändern, weil sie – wie die Beteiligte zu 2 selbst einräumt – die materiellrechtliche Selbstständigkeit der einzelnen Kaufverträge bei der Gesamtbetrachtung aller Vertragsklauseln im Ergebnis unberührt lässt.

23 3. Rechtsfehlerhaft ist aber die Annahme des Beschwerdegerichts, die Rücknahme sei gemäß § 7 Abs. 3 GrdstVG ausgeschlossen. Besteht die aufgrund eines nicht genehmigten Rechtsgeschäfts vorgenommene Eintragung einer Rechtsänderung ein Jahr, so gilt dieser Bestimmung zufolge das Rechtsgeschäft als genehmigt, es sei denn, dass vor Ablauf dieser Frist ein Widerspruch im Grundbuch eingetragen oder ein Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs oder ein Antrag oder ein Ersuchen auf Eintragung eines Widerspruchs gestellt worden ist. Diese Norm gilt nur für Grundbucheintragungen aufgrund nicht genehmigter Rechtsgeschäfte; die Fiktion des § 7 Abs. 3 GrdstVG tritt nicht ein, wenn die Eintragung in das Grundbuch aufgrund

eines rechtswidrig genehmigten Rechtsgeschäfts vorgenommen worden ist.

24 a) Eine direkte Anwendung von § 7 Abs. 3 GrdstVG scheidet nach dem klaren Wortlaut der Norm aus. Eine Eintragung in das Grundbuch auf der Grundlage eines rechtswidrig genehmigten Rechtsgeschäfts ist nicht, wie in § 7 Abs. 3 GrdstVG vorausgesetzt, „aufgrund eines nicht genehmigten Rechtsgeschäfts“ vorgenommen worden. Auch eine spätere Rücknahme der Genehmigung mit Wirkung für die Vergangenheit könnte nichts daran ändern, dass die Eintragung in das Grundbuch im maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung aufgrund eines genehmigten Rechtsgeschäfts vorgenommen worden ist. Für eine Genehmigungsfiktion besteht bei einem bereits genehmigten Rechtsgeschäft kein Anlass. Auch die in § 7 Abs. 3 Hs. 2 GrdstVG vorgesehenen Ausnahmen von dem Fiktionseintritt sind auf eine erteilte Genehmigung allenfalls eingeschränkt übertragbar: Sowohl ein Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs als auch die Eintragung eines Widerspruchs können erst erfolgen, nachdem die Genehmigung durch unanfechtbaren oder sofort vollziehbaren Bescheid zurückgenommen worden ist (näher dazu unten Rdnr. 55). Zuvor ist das genehmigte Rechtsgeschäft wirksam und das Grundbuch ist richtig. Infolgedessen kann es keinen gutgläubigen Erwerb geben (vgl. § 892 BGB), zu dessen Verhinderung ein Widerspruch dienen könnte (vgl. auch § 899 BGB).

25 b) Eine analoge Anwendung von § 7 Abs. 3 GrdstVG kommt nicht in Betracht, weil eine planwidrige Regelungslücke nicht ersichtlich ist. Die Rücknahme von rechtswidrigen privatrechtsgestaltenden Verwaltungsakten wird in § 48 VwVfG eingehend und differenziert geregelt (vgl. Rdnr. 16). Dass der Gesetzgeber die Rücknahme rechtswidriger Genehmigungen neben der in § 48 Abs. 4 Satz 1 VwVfG enthaltenen Jahresfrist generell ausschließen wollte, sobald die Grundbucheintragung ein Jahr lang besteht, ist nicht erkennbar und stünde jedenfalls insoweit im Widerspruch zu § 48 VwVfG, als das Gesetz den Vertrauensschutz unter den Voraussetzungen von § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG gerade ausschließt.

26 c) Allerdings muss die Wertung des § 7 Abs. 3 GrdstVG bei einem nach § 48 VwVfG durchzuführenden Rücknahmeverfahren berücksichtigt werden. Die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz ist nach dem im Rahmen der Ermessenausübung einzubeziehenden Rechtsgedanken des § 7 Abs. 3 GrdstVG regelmäßig ausgeschlossen, wenn das Rücknahmeverfahren nicht innerhalb eines Jahres nach Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch eingeleitet worden ist; das gilt jedoch nicht, wenn die in § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG genannten Voraussetzungen vorliegen, unter denen sich die Beteiligten nicht auf Vertrauensschutz berufen können.

27 aa) Der Regelungszweck des § 7 Abs. 3 GrdstVG besteht darin, nach dem Ablauf einer gewissen Zeit über die Wirksamkeit des Veräußerungsgeschäftes und die Richtigkeit des Grundbuches Gewissheit zu verschaffen und damit den Rechtsfrieden zu gewährleisten (BGH, Urteil vom 06.02.1981, V ZR 187/79, NJW 1981, 1957, 1958; Beschluss

vom 05.02.1998, V ZR 115/97, juris; Senat, Beschluss vom 25.04.2014, BLw 6/13, DNotZ 2014, 708 Rdnr. 11). Da gutgläubige Dritterwerber durch die Gutgläubensvorschriften des BGB ohnehin ausreichend geschützt sind (BGH, Urteil vom 06.02.1981, V ZR 187/79, NJW 1981, 1957, 1958), dient die Vorschrift vor allem dem Rechtsfrieden im Verhältnis zwischen den Parteien des genehmigungsbedürftigen Geschäfts. Sie zielt insbesondere auf Sachverhalte ab, bei denen die Genehmigungsbefähigung des Rechtsgeschäfts schwer erkennbar oder zweifelhaft ist (*Ehrenforth*, RSG und GrdstVG, § 7 unter 5., S. 402; *Netz*, GrdstVG, § 7 Rdnr. 1823). Trägt das Grundbuchamt den Eigentumswechsel trotz fehlender Genehmigung ein und sieht die Genehmigungsbehörde keinen Anlass für einen Widerspruch, sollen sich die Vertragsparteien nach Ablauf eines Jahres ab der Eintragung in das Grundbuch aus Gründen der Rechtssicherheit auf den Bestand des Rechtsgeschäfts verlassen können.

28 bb) Dieser Rechtsgedanke ist auch im Rahmen der Anwendung von § 48 VwVfG zu berücksichtigen.

29 (1) Bei einem Verwaltungsakt, der wie die Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz § 48 Abs. 3 VwVfG unterfällt, ist das Ermessen nicht von vornherein durch Vertrauensschutzgesichtspunkte eingeschränkt, da § 48 Abs. 2 Satz 1 VwVfG keine Anwendung findet (vgl. *Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs*, VwVfG, § 48 Rdnr. 177). Im Rahmen der gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG erforderlichen Ermessensausübung ist aber das öffentliche Interesse an der Herstellung des gesetzmäßigen Zustands mit dem Interesse des Betroffenen an der Aufrechterhaltung des Verwaltungsakts abzuwägen; erforderlich ist eine umfassende Güterabwägung unter Einbeziehung aller wesentlichen Umstände des konkreten Einzelfalls, wozu auch etwaige Vertrauensschutzgesichtspunkte gehören (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2012, 862 Rdnr. 27; *Schoch/Schneider/Schoch*, VwVfG, Rdnr. 197 f.).

30 (2) Ist nach der Eintragung ein Jahr verstrichen, ohne dass vor Ablauf dieser Frist nach außen erkennbar ein Rücknahmeverfahren eingeleitet worden ist, tritt nach dem Rechtsgedanken von § 7 Abs. 3 GrdstVG das öffentliche Interesse an der Herstellung des gesetzmäßigen Zustands regelmäßig zurück, und eine Rücknahme ist ausgeschlossen. Der Gedanke der Gewährleistung von Rechtsfrieden spricht dafür, dass § 7 Abs. 3 GrdstVG auch den Zeitrahmen für eine Rücknahme der Grundstücksverkehrsgenehmigung nach der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch begrenzt (vgl. *Ehrenforth*, RSG und GrdstVG, § 2 GrdstVG Anm. 1 g, S. 361; *Herminghausen*, Beiträge zum Grundstücksverkehrsgesetz, S. 81; *Netz*, RdL 2021, 105, 106). Auf einen Widerspruch bzw. Berichtigungsantrag kann es hier – anders als im direkten Anwendungsbereich von § 7 Abs. 3 GrdstVG – nicht entscheidend ankommen, weil die Genehmigung erteilt und das Grundbuch richtig ist. Bei einem rechtswidrig genehmigten Rechtsgeschäft findet der Zeitpunkt des Ersuchens um Eintragung eines Widerspruchs seine funktionelle Entsprechung vielmehr in demjenigen Zeitpunkt, in dem die Beteiligten von der Einleitung des Rücknahmeverfahrens Kenntnis erlangen; maßgeblich ist regelmäßig die Anhörung gemäß § 28 VwVfG (vgl. zum Be-

ginn des Verwaltungsverfahrens *Schoch/Schneider/Rixen*, VwVfG, § 9 Rdnr. 19).

31 (3) Anders verhält es sich aber, wenn bei einer oder mehreren Vertragsparteien als den Begünstigten der Genehmigung (vgl. dazu *Netz*, GrdstVG, Rdnr. 3831) die in § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG genannten Voraussetzungen vorliegen. Ist der Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung, Drohung oder Bestechung erwirkt worden, kann die Rücknahme nach dem Willen des Gesetzgebers sogar zeitlich unbegrenzt erfolgen (§ 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1, Abs. 4 Satz 2 VwVfG). Allgemein schließt das Gesetz in den in § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG geregelten Fällen die Gewährung von Vertrauensschutz gerade aus und gibt damit zu erkennen, dass das öffentliche Interesse an der Herstellung des gesetzmäßigen Zustandes grundsätzlich Vorrang genießt.

Gegenteiliges kann § 7 Abs. 3 GrdstVG nicht entnommen werden. Auf den Bestand der Genehmigung und die auf dieser Grundlage herbeigeführte Eintragung konnten beide Vertragsparteien in den in § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG geregelten Fällen von vornherein nicht vertrauen; das Vertrauen in die rechtswidrig erlangte Grundbucheintragung kann nicht weiterreichen als das Vertrauen in die Genehmigung selbst. Ein konkret bestehendes, schutzwürdiges Vertrauen Dritter in den Bestand der Grundbucheintragung kann bei der Entscheidung über die Rücknahme mit Blick auf die privatrechtsgestaltende Wirkung des Verwaltungsakts einzubeziehen sein (vgl. BVerwGE 48, 87, 92; 54, 257, 260 f.). Allerdings wird den Interessen Dritter in erster Linie durch die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb (§ 892 BGB) Rechnung getragen.

32 cc) Dies steht, anders als das Beschwerdegericht und die Beteiligten zu 1 und 2 meinen, nicht im Widerspruch zu der Rechtslage bei sog. Schwarzkauffällen.

33 (1) Richtig ist zwar, dass die Genehmigungsfiktion des § 7 Abs. 3 GrdstVG nach der Rechtsprechung des BGH auch dann eintreten kann, wenn die Vertragsparteien einen Vertrag genehmigen lassen, der nicht der wirklichen Abrede entspricht. Insoweit ist aber der Tatbestand des § 7 Abs. 3 GrdstVG – anders als bei einer Rücknahme – ohne Weiteres einschlägig. Soweit der BGH für eine solche Fallkonstellation formuliert hat, die Parteien hätten „bewusst die Unwirksamkeit der Genehmigung veranlasst“ (BGH, Urteil vom 06.02.1981, V ZR 187/79, NJW 1981, 1957, 1958), ist dies – wie die Rechtsbeschwerde zutreffend hervorhebt – ungenau. Genehmigt worden ist das Scheingeschäft, während für den „wahren“ Vertrag gerade keine Genehmigung erteilt worden ist. Infolgedessen erfolgt die Eintragung in das Grundbuch „aufgrund eines nicht genehmigten Rechtsgeschäfts“, und die Genehmigung wird gemäß § 7 Abs. 3 GrdstVG nach Ablauf eines Jahres fingiert; auf diese Weise tritt (zunächst) Rechtssicherheit ein.

34 (2) Daraus ergibt sich aber kein Wertungswiderspruch im Vergleich zu einer rechtswidrigen Genehmigung. In der Regel dient eine sog. Schwarzkaufabrede ohnehin nicht dazu, einen bestehenden Versagungsgrund zu verschleiern (vgl. auch den Sachverhalt BGH, Urteil vom 06.02.1981, V ZR

187/79, NJW 1981, 1957 f.). Sollte dies ausnahmsweise anders sein, weil etwa ein überhöhter Kaufpreis zum Zwecke der Vereitelung des Vorkaufsrechts vorgeschoben wird, unterliegt auch eine gemäß § 7 Abs. 3 GrdstVG fingierte Genehmigung in den aufgezeigten Grenzen der Rücknahme; einer fingierten Genehmigung kommt keine höhere Bestandskraft zu als einer rechtswidrig erteilten (vgl. allgemein zur Rücknahmefähigkeit fingierter Genehmigungen Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs, VwVfG, § 48 Rdnr. 39). Infolgedessen kann auch eine gemäß § 7 Abs. 3 GrdstVG fingierte Genehmigung zurückgenommen werden, wenn und soweit die in § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 VwVfG genannten Voraussetzungen bezogen auf die Herbeiführung der Eintragung in das Grundbuch vorliegen. Das Rücknahmeverfahren gewährleistet, dass klare Verhältnisse geschaffen und bei der Ermessensentscheidung über den Fortbestand der fingierten Genehmigung auch die Interessen Dritter berücksichtigt werden können.

35 D. I. Der angefochtene Beschluss kann danach keinen Bestand haben. Die Sache ist nicht im Sinne von § 9 LwVG, § 74 Abs. 6 Satz 1 FamFG zur Endentscheidung reif.

36 1. Allerdings bestehen keine Zweifel daran, dass die erteilte Genehmigung, wie in § 48 Abs. 3 VwVfG vorausgesetzt, rechtswidrig ist. Rechtswidrig ist ein Verwaltungsakt u. a. dann, wenn die Behörde bei der Entscheidung von einem Sachverhalt ausgegangen ist, der sich als unrichtig erweist (BT-Drucks. 7/910, S. 68; vgl. BVerwGE 31, 222, 223; HK-VerwR/Kastner, 5. Aufl., § 48 VwVfG Rdnr. 27; Kopp/Ramsauer/Ramsauer, VwVfG, § 48 Rdnr. 53). So liegt es hier.

37 a) Nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts hat die Erwerberin in ihrem Antrag angegeben, dass die Veräußerung der Grundstücke an die Erwerberin dazu diene, im Zuge einer Umstrukturierung eine konzerninterne Besitzgesellschaft zu schaffen. Diese Angaben waren, so stellt das Beschwerdegericht weiter fest, unvollständig, da die Änderungen bei den Gesellschaftern der Beteiligten zu 2 im Zeitpunkt des Antrags schon in die Wege geleitet worden waren, und unrichtig, weil die dauerhafte Einbringung der Flächen in eine konzerninterne Besitzgesellschaft nicht beabsichtigt war.

38 b) Die unvollständigen und unrichtigen Angaben waren entscheidungserheblich.

39 aa) Als Rechtsgrundlage für eine Versagung der beantragten Genehmigung kam nur § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG in Betracht. Nach dieser Vorschrift darf die Genehmigung zur Veräußerung eines landwirtschaftlichen Grundstücks versagt werden, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen sich ergibt, dass die Veräußerung eine ungesunde Verteilung des Grund und Bodens bedeutet. Nach Abs. 2 der Vorschrift liegt eine ungesunde Bodenverteilung dann vor, wenn die Veräußerung Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur widerspricht. Das ist nach ständiger Rechtsprechung in der Regel dann der Fall, wenn landwirtschaftlich genutzter Boden an einen Nichtlandwirt veräußert werden soll und ein Landwirt das Grundstück zur Aufstockung seines Betriebes dringend benötigt und zum Erwerb bereit und

in der Lage ist, die Fläche zu den Bedingungen des Kaufvertrags zu erwerben (Senat, Beschluss vom 26.11.2010, BLw 14/09, NJW-RR 2011, 521 Rdnr. 10 m. w. N.). Eine Ausnahme von dieser Regel hat der Senat für den Erwerb durch die Besitzgesellschaft nach einer Aufspaltung des landwirtschaftlichen Unternehmens in eine Besitz- und eine oder mehrere Betriebsgesellschaft(en) anerkannt, aber nur dann, wenn eine sachliche und personelle Verflechtung zwischen Besitzunternehmen und Betriebsgesellschaft besteht, bei der die Überlassung der Grundstücke an das landwirtschaftliche Unternehmen sichergestellt ist, und die hinter den Unternehmen stehenden Personen den einheitlichen Willen haben, Landwirtschaft zu betreiben (vgl. Senat, Beschluss vom 26.11.2010, BLw 14/09, NJW-RR 2011, 521 Rdnr. 16 ff.).

40 bb) Jedenfalls wegen der geplanten Übertragung der Geschäftsanteile an der Erwerberin wäre die Erwerberin zweifelsfrei als Nichtlandwirt anzusehen gewesen. Der Flächenenerwerb diene nämlich der Weiterveräußerung an eine konzernfremde Kapitalanlagegesellschaft, die Gewinne aus der Rückverpachtung erzielen sollte. Eine Gesellschaft dieser Art ist nach gefestigter Rechtsprechung auch dann nicht als Landwirt anzusehen, wenn sie – wie hier – zu einer langfristigen Verpachtung an Landwirte bereit ist. Denn eine Pachtlanderweiterung gibt dem Landwirt keine dem Eigentumserwerb an den bewirtschafteten Flächen vergleichbare sichere Grundlage für langfristige Betriebsdispositionen. Eine Akkumulation landwirtschaftlicher Grundstücke im Eigentum solcher Unternehmen, die nicht selbst Landwirtschaft betreiben, sondern aus der Verpachtung der Flächen an andere Landwirte Gewinn erwirtschaften, liefe den Zielen des Grundstückverkehrsgesetzes zuwider (vgl. Senat, Beschluss vom 26.11.2010, BLw 14/09, NJW-RR 2011, 521 Rdnr. 22; Beschluss vom 28.11.2014, BLw 4/13, RdL 2015, 135 Rdnr. 9; Beschluss vom 25.11.2016, BLw 4/15, RdL 2017, 102 Rdnr. 25; Beschluss vom 28.04.2017, BLw 1/15, NJW-RR 2017, 1485 Rdnr. 20). Mit der Europarechtskonformität dieser Rechtsprechung hat sich der Senat bereits auseinandergesetzt (vgl. Senat, Beschluss vom 28.04.2017, BLw 1/15, NJW-RR 2017, 1485 Rdnr. 22 ff.).

41 c) Der Einwand der Beteiligten zu 1, die Erwägungen der Genehmigungsbehörde, die zu der Erteilung der Genehmigung geführt hätten, seien unklar, weil die zu treffende Ermessensentscheidung nicht begründet worden sei, und dies könne nicht zulasten der Beteiligten zu 1 und 2 gehen, ist schon im Ansatz nicht dazu geeignet, die Rechtswidrigkeit der Genehmigung auszuräumen.

42 aa) Eine Begründung des Verwaltungsakts ist rechtsfehlerfrei deshalb unterblieben, weil dem Antrag stattgegeben worden ist (vgl. § 20 Abs. 1 Satz 1 GrdstVG, § 39 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG). Da die Genehmigungsbehörde bei ihrer Entscheidung davon ausgehen durfte, dass der Antrag wahrheitsgemäße Angaben enthielt, und weitere eigene Ermittlungen (§ 24 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VwVfG) nicht vorgenommen hat, steht fest, dass die Genehmigung auf der Grundlage der objektiv unzutreffenden Angaben in dem Antrag erteilt worden ist. Dass die Genehmigungsbehörde – wie die Beteiligte zu 1 meint – ihr Ermessen möglicherweise bewusst dahin

ausgeübt hat, die Genehmigung ungeachtet des bestehenden Versagungsgrunds zu erteilen, scheidet aus, weil ihr entscheidende Tatsachen im Hinblick auf eine mögliche Versagung unbekannt waren. Da die Behörde aufgrund der Angaben in dem Antrag keinen Anlass gesehen hat, den Vertrag gemäß § 12 GrdstVG der Siedlungsbehörde vorzulegen, hängt die Rechtswidrigkeit der Genehmigung auch nicht davon ab, ob dringend aufstockungsbedürftige und leistungsfähige Landwirte im Zeitpunkt der Erteilung der Genehmigung zu einem Erwerb der Flächen bereit gewesen wären. Dies ist nur für die mit der Rücknahme zu verbindende Versagung der Genehmigung – und zwar bezogen auf diesen Zeitpunkt – von Bedeutung (vgl. dazu unten Rdnr. 48).

43 bb) Ebenso wenig kommt es in diesem Zusammenhang darauf an, ob die Angaben in dem Antrag für sich genommen ausreichend waren, um einen Versagungsgrund nach § 9 Abs. 1 GrdstVG auszuräumen. Zwar ist nach den von dem Beschwerdegericht in Bezug genommenen Feststellungen des AG davon auszugehen, dass auch die nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung erforderliche sachliche und personelle Verflechtung zwischen Besitzunternehmen und Betriebsgesellschaft nicht hinreichend dargelegt worden war. Das hat aber nur zur Folge, dass die erteilte Genehmigung auch aus diesem weiteren, von der geplanten Veräußerung der Geschäftsanteile an der Erwerberin unabhängigen Grund rechtswidrig ist. Die Behörde hätte, wie das AG zutreffend ausführt, den Sachverhalt im Rahmen der Amtsermittlung (§ 24 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 VwVfG) in diesem Punkt weiter aufklären müssen und hätte nicht – wie geschehen – auf unzureichender tatsächlicher Grundlage von der Veräußerung an eine Besitzgesellschaft und damit von der Genehmigungsfähigkeit ausgehen dürfen. Dabei dürfte es sich um einen materiellen Rechtsfehler handeln; jedenfalls ist nicht im Sinne von § 46 VwVfG offensichtlich, dass die unterbliebene Amtsermittlung die Entscheidung in der Sache nicht beeinflusst hat (vgl. dazu Schoch/Schneider/Schoch, VwVfG, § 24 Rdnr. 167 f.).

44 2. Der Umstand, dass die Anhörung in dem Rücknahmeverfahren mehr als ein Jahr nach Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erfolgt ist, führt nicht dazu, dass die Rücknahme nach dem Rechtsgedanken des § 7 Abs. 3 GrdstVG ausgeschlossen ist. Dass der Verwaltungsakt durch arglistige Täuschung im Sinne von § 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1, Abs. 3 Satz 2 VwVfG erwirkt worden ist, liegt zwar nahe, kann aber dahinstehen. Denn jedenfalls der Tatbestand des § 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 VwVfG ist erfüllt. Danach kann sich der Begünstigte auf Vertrauen nicht berufen, wenn er den Verwaltungsakt durch Angaben erwirkt hat, die in wesentlicher Beziehung unrichtig oder unvollständig waren. Dies ist angesichts der in wesentlichen Punkten unvollständigen und unrichtigen Angaben in dem Antrag der Fall. Dabei ist unerheblich, ob zugleich die Amtsermittlung der Genehmigungsbehörde im Hinblick auf das Vorliegen einer Besitzgesellschaft unzureichend war; denn § 48 Abs. 2 Satz 3, Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 VwVfG ist auch dann anwendbar, wenn die bewilligende Behörde eine Mitverantwortung trifft (vgl. BVerwG, NVwZ-RR 2015, 21 Rdnr. 33 m. w. N.).

45 3. Eine eigene Entscheidung ist dem Senat aber schon deshalb nicht möglich, weil das Beschwerdegericht verfahrensfehlerhaft die auf die Mitteilung der Ausübung des Vorkaufsrechts bezogenen Beschwerden von den die Rücknahmeentscheidung betreffenden Rechtsmitteln abgetrennt hat. Da die Rücknahme und die (in der Mitteilung der Ausübung des Vorkaufsrechts enthaltene) Genehmigungsversagung denselben Verfahrensgegenstand betreffen, lagen die Voraussetzungen für eine Verfahrenstrennung gemäß § 9 LwVG i. V. m. § 20 FamFG nicht vor (vgl. dazu MünchKomm-FamFG/Pabst, 3. Aufl., § 20 Rdnr. 16). Die Sache muss schon deshalb zurückverwiesen werden, weil eine Entscheidung nur einheitlich ergehen kann; wegen der Verfahrenstrennung fehlen bislang Feststellungen zu den Voraussetzungen der Ausübung des Vorkaufsrechts.

46 a) Die Meinungen über die richtige Verfahrensweise bei der Rücknahme einer Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz gehen allerdings auseinander. Teils wird vertreten, dass die Rücknahme einer Genehmigung von der erneuten Entscheidung über den Genehmigungsantrag zu trennen sei und der Lauf der Fristen des § 6 GrdstVG mit der Rücknahme erneut in Gang gesetzt werde (so *Vorwerk/von Spreckelsen*, GrdstVG, § 2 Rdnr. 76; vgl. auch OLG Köln, RdL 1954, 71, 72); so hat es auch das AG gesehen und die Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts wegen des aus seiner Sicht verfahrensfehlerhaft unterbliebenen Zwischenbescheids gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 GrdstVG aufgehoben. Demgegenüber geht überwiegender Auffassung zufolge die Rücknahme mit der (konkludenten) Versagung der Genehmigung einher, weil sie die Rechtswidrigkeit der Genehmigung voraussetzt (vgl. OLG Hamm, AgrarR 1978, 258, 259; OLG Celle, RdL 1954, 46; *Netz*, GrdstVG, Rdnr. 4030; *Wöhrmann*, GrdstVG, § 2 Rdnr. 38; *Zacharias*, NVwZ 2002, 1306, 1308).

47 b) Richtig ist die zweite Auffassung. Soll die Rücknahme einer rechtswidrigen Genehmigung nach dem Grundstückverkehrsgesetz erfolgen und liegen die Voraussetzungen vor, unter denen das Vorkaufsrecht nach dem Reichssiedlungsgesetz ausgeübt werden kann, so hat die Behörde während des Rücknahmeverfahrens die Erklärung der Siedlungsbehörde über die Ausübung des Vorkaufsrechts durch die vorkaufsberechtigte Stelle herbeizuführen und muss den Veräußerer über diesen Vorgang in Kenntnis setzen; die Rücknahme muss zwingend mit der Mitteilung über die Ausübung des Vorkaufsrechts verbunden werden.

48 aa) Im Ausgangspunkt müssen die Voraussetzungen für die (modifizierte) Genehmigungsversagung im Zeitpunkt der Rücknahme vorliegen. Denn ein rechtswidriger Verwaltungsakt kann nicht zurückgenommen werden, wenn ein Verwaltungsakt gleichen Inhalts erneut erlassen werden müsste (Arg. § 49 Abs. 1 VwVfG, vgl. BVerwGE 68, 151, 153; BVerwG, NVwZ 2010, 1369, 1371; *Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs*, VwVfG, 9. Aufl., § 48 Rdnr. 55, 80). Müsste also die Genehmigung ohnehin erteilt werden, könnte sie nicht zurückgenommen werden. Das wiederum hängt untrennbar mit der Ausübung des Vorkaufsrechts zusammen. Liegen nämlich – wie hier – die Voraussetzungen für die Ausübung des Vorkaufsrechts vor und wird das Vorkaufsrecht nicht



ausgeübt, scheidet die Versagung der Genehmigung – und damit zugleich die Rücknahme der erteilten Genehmigung – gemäß § 9 Abs. 5 GrdstVG aus. Wird das Vorkaufsrecht hingegen ausgeübt, erfolgt die Versagung der Genehmigung in modifizierter Form durch die Mitteilung der Ausübung des Vorkaufsrechts gemäß § 6 Abs. 1 Satz 3 RSG (vgl. Senat, Beschluss vom 28.04.2017, BLW 2/16, NJW-RR 2017, 1228 Rdnr. 21). Infolgedessen muss die Genehmigungsbehörde zwingend schon während des laufenden Rücknahmeverfahrens die Erklärung der Siedlungsbehörde über die Ausübung des Vorkaufsrechts herbeiführen. Der Umstand, dass der ursprüngliche Genehmigungsantrag erst mit der Rücknahme wieder zu bescheiden ist, ändert daran nichts; anders als bei einem ohne Antrag ergangenen Bescheid über die Ausübung des siedlungsrechtlichen Vorkaufsrechts (vgl. dazu Senat, Beschluss vom 23.11.2012, BLW 13/11, NJW 2013, 607 Rdnr. 15; Beschluss vom 10.05.2019, BLW 1/18, DNotZ 2020, 149 Rdnr. 22) wird die Erklärung des Siedlungsunternehmens nämlich innerhalb eines förmlichen Verwaltungsverfahrens herbeigeführt.

49 bb) Daraus ergibt sich zugleich, dass die Rücknahme nicht etwa erneut die Fristen des § 6 GrdstVG in Gang setzt, sondern dass sie – wie hier geschehen – mit der Ausübung des Vorkaufsrechts verbunden werden muss. Eines Zwischenbescheids nach § 6 Abs. 1 Satz 2 GrdstVG bedarf es nicht; ein solcher ist im Rücknahmeverfahren nicht vorgesehen.

50 (1) Bei erstmaliger Bescheidung eines Antrags erfüllt der gemäß § 6 Abs. 1 Satz 2 GrdstVG dem Veräußerer zu erteilende Zwischenbescheid allerdings eine Warnfunktion. Der Veräußerer soll verfahrensleitend über die Absicht der Genehmigungsbehörde in Kenntnis gesetzt und nicht mit der Mitteilung über die Ausübung des gesetzlichen Vorkaufsrechts überrascht werden. Die Vertragsteile können einen Zwischenbescheid dieses Inhalts nämlich zum Anlass nehmen, den Antrag zurückzunehmen und der drohenden Ausübung des Vorkaufsrechts auf diese Weise die Grundlage zu entziehen (vgl. Senat, Beschluss vom 10.05.2019, BLW 1/18, DNotZ 2020, 149 Rdnr. 19 m. w. N.). Damit trägt das Gesetz dem Umstand Rechnung, dass die Ausübung des Vorkaufsrechts in stärkerem Maße in die Rechte des Veräußerers eingreift als eine schlichte Genehmigungsversagung, die eine Übereignungspflicht nicht begründet und mit der der Antragsteller stets rechnen muss (Senat, Beschluss vom 10.05.2019, BLW 1/18, DNotZ 2020, 149 Rdnr. 20).

51 (2) Die genannten Funktionen des Zwischenbescheids müssen auch in einem Rücknahmeverfahren erfüllt werden. Das ist aber deshalb gewährleistet, weil der Veräußerer im Rahmen der in § 28 VwVfG vorgeschriebenen Anhörung (wie nach § 6 Abs. 1 Satz 2 GrdstVG) verfahrensleitend über die Absicht der Genehmigungsbehörde in Kenntnis gesetzt werden muss; so ist der Beteiligte zu 3 richtigerweise vorgegangen. Die Vertragsparteien können die Anhörung zum Anlass nehmen, zu erklären, dass der Antrag für den Fall der Rücknahme zurückgenommen wird. In diesem Fall wären die Rücknahme der erteilten Genehmigung und die (in der Mitteilung der Ausübung des Vorkaufsrechts enthaltene) Genehmigungsversagung wirksam, während die zeitglei-

che Ausübung des Vorkaufsrechts angesichts der Antragsrücknahme ins Leere ginge. Zwar kommt an sich mit der Mitteilung der Ausübung des Vorkaufsrechts gemäß § 464 Abs. 2 BGB der Kaufvertrag zwischen dem Verkäufer und dem Siedlungsunternehmen zustande (Senat, Beschluss vom 23.11.2012, BLW 13/11, NJW 2013, 607 Rdnr. 18). In wertender Betrachtung ist dies aber dann zu verneinen, wenn in einem Rücknahmeverfahren der Genehmigungsantrag für den Fall der Rücknahme zurückgenommen worden ist; die Vertragsparteien dürfen sich in einem Rücknahmeverfahren, das keine „Straffunktion“ erfüllt, nicht schlechter stehen als in dem ursprünglichen Antragsverfahren, in dem eine Antragsrücknahme nach Erhalt des Zwischenbescheids der drohenden Ausübung des Vorkaufsrechts die Grundlage entziehen kann.

52 cc) Gegen diese Sichtweise lässt sich schließlich nicht einwenden, dass die Genehmigungsbehörde den Bescheid über die Rücknahme und die modifizierte Genehmigungsversagung grundbuchrechtlich nicht durchsetzen könnte.

53 (1) Insoweit weist das Gesetz allerdings eine Regelungslücke auf. Aufgrund der Rücknahme ist das Veräußerungsgeschäft unwirksam und der Erwerber daher unrichtig im Grundbuch eingetragen. Die Genehmigungsbehörde kann aber nicht in direkter Anwendung von § 7 Abs. 2 GrdstVG um Eintragung eines Widerspruchs ersuchen, weil diese Norm voraussetzt, dass die Eintragung in das Grundbuch aufgrund eines nicht genehmigten Rechtsgeschäfts erfolgt ist, woran es fehlt, wenn das Rechtsgeschäft genehmigt war. Ein Amtswiderspruch gemäß § 53 GBO scheidet aus, weil dem Grundbuchamt kein Fehler unterlaufen ist. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts kommt auch die Eintragung eines Widerspruchs im Wege der einstweiligen Anordnung nach § 49 Abs. 1 FamFG nicht in Betracht, weil es hierfür einer materiellrechtlichen Anspruchsgrundlage bedürfte (vgl. Keidel/*Giers*, FamFG, § 49 Rdnr. 10; Zöller/*Feskorn*, ZPO, 34. Aufl., § 49 FamFG Rdnr. 7).

54 (2) Diese Gesetzeslücke ist durch analoge Anwendung von § 7 Abs. 2 GrdstVG zu schließen.

55 (a) Das Grundbuchamt hat in entsprechender Anwendung von § 7 Abs. 2 Satz 1 GrdstVG einen Widerspruch in das Grundbuch einzutragen, wenn das Ersuchen der Genehmigungsbehörde auf die Rücknahme oder den Widerruf der nach dem Grundstücksverkehrsgesetz erteilten Genehmigung nach §§ 48, 49 VwVfG gestützt wird (so auch Grüneberg/*Herrler*, 81. Aufl., Vor § 873 Rdnr. 23 a. E.; a. A. OLG Brandenburg, BeckRS 2020, 45434 [in dieser Sache]; RdL 2018, 142 und jeweils im Anschluss daran *Ernst*, LwVG, 9. Aufl., § 1 Rdnr. 99; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 19 Rdnr. 125; BeckOK-GBO/*Zeiser*, Stand: 01.03.2022, § 38 Rdnr. 156; Schöner/*Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 4026). Die Anwendung von § 7 Abs. 2 GrdstVG hängt – was das Beschwerdegericht verkennt – im Gegensatz zu § 53 GBO nicht von einem Verfahrensfehler des Grundbuchamts ab. Es ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber, wenn er die Rücknahme oder den Widerruf von rechtswidrigen Verwaltungsakten bedacht hätte, der Genehmigungsbehörde die Durchsetzung der Rücknahmeentscheidung im Grundbuch mittels Behördenersuchen ermöglicht hätte, um bei

dieser Sachlage einen gutgläubigen Erwerb durch Dritte zu verhindern. Allerdings setzt ein Widerspruch stets die Unrichtigkeit des Grundbuchs voraus. Infolgedessen muss die Rücknahme im Grundsatz unanfechtbar sein (vgl. dazu oben Rdnr. 24). Die Eintragung eines Widerspruchs kann aber auch dann erfolgen, wenn die Rücknahmeverfügung – wie hier – in analoger Anwendung von § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO für sofort vollziehbar erklärt worden ist (vgl. zur Heranziehung des Verwaltungsprozessrechts Senat, Beschluss vom 13.05.1982, V BLw 22/80, BGHZ 84, 70, 73). Denn die rechtsgestaltende Wirkung eines sofort vollziehbaren Verwaltungsakts tritt unmittelbar ein; er ist so zu behandeln, als wäre er bereits unanfechtbar geworden (vgl. Schoch/Schneider/Schoch, VwGO, § 80 Rdnr. 265; BeckOK-VwGO/Gersdorf, Stand: 01.07.2021, § 80 Rdnr. 114, jew. m. w. N.). Dabei gehört die Unanfechtbarkeit des Rücknahmebescheids bzw. dessen sofortige Vollziehbarkeit zu denjenigen Voraussetzungen des Widerspruchs, die grundsätzlich nicht das Grundbuchamt, sondern die Genehmigungsbehörde zu prüfen hat (allgemein dazu *Vorwerk/von Spreckelsen*, GrdstVG, § 7 Rdnr. 23; *Wöhrmann*, GrdstVG, § 7 Rdnr. 5).

56 (b) Daneben kann die Genehmigungsbehörde jedenfalls die Rückübertragung des Besitzes auf den Veräußerer gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GrdstVG mit Zwangsmitteln durchsetzen. Ob und ggf. wie sie daneben die Umschreibung des Eigentums erzwingen kann, bedarf hier keiner Entscheidung.

57 II. Infolgedessen ist die Sache zurückzuverweisen. Das Beschwerdegericht wird das Verfahren erneut mit dem abgetrennten Beschwerdeverfahren zu verbinden haben. Für die dann zu treffende Sachentscheidung weist der Senat auf Folgendes hin:

58 1. Im Ausgangspunkt steht der Genehmigungsbehörde bei der Entscheidung über die Rücknahme der Genehmigung, nicht anders als bei der Erteilung der Genehmigung nach dem Grundstücksverkehrsgesetz, kein richterlicher Überprüfung entzogener Einschätzungsspielraum zu; denn die Landwirtschaftsgerichte sind in einem Rechtsbehelfsverfahren nach § 22 Abs. 3 GrdstVG – im Unterschied zu den Befugnissen des Verwaltungsgerichts bei der Überprüfung von Ermessensentscheidungen (vgl. BVerwGE 11, 95, 99) – berechtigt, alle Entscheidungen zu treffen, die auch die Genehmigungsbehörde treffen kann (BGH, Beschluss vom 15.04.2011, BLw 12/10, NJW-RR 2011, 1522 Rdnr. 18).

59 2. a) Sollten dringend aufstockungsbedürftige und leistungsfähige Landwirte zu einem Erwerb der Flächen zu den Bedingungen des Kaufvertrags bereit und in der Lage gewesen sein, wäre allerdings ein Versagungsgrund gemäß § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG gegeben; maßgeblich ist insoweit der in § 6 Abs. 1 Satz 3 RSiedlG festgelegte Zeitpunkt der Ausübung des Vorkaufsrechts (vgl. Senat, Beschluss vom 28.04.2006, BLw 32/05, NJW-RR 2006, 1245 Rdnr. 22; Beschluss vom 28.11.2014, BLw 2/14, NJW-RR 2015, 553 Rdnr. 9). Auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen wäre dann nicht erkennbar, dass die Rücknahme und die damit verknüpfte modifizierte Genehmigungsversagung rechtswidrig sind. Hinsichtlich der Rücknahme können sich die

Beteiligten zu 1 und 2 – wie ausgeführt (vgl. Rdnr. 44) – gemäß § 48 Abs. 2 Satz 3 Nr. 2, Abs. 3 Satz 2 VwVfG auf Vertrauensschutz nicht berufen. Dass die Genehmigungsbehörde ihrerseits wegen unzureichender Amtsermittlung einen (weiteren) Grund für die Rechtswidrigkeit der Genehmigung gesetzt hat (vgl. Rdnr. 43), ist unerheblich. Wäre nämlich die geplante Weiterveräußerung an eine konzernfremde Kapitalanlagegesellschaft offengelegt worden, hätte ein Versagungsgrund offenkundig vorgelegen, ohne dass es weiterer behördlicher Ermittlungen bedurft hätte.

b) Sollte ein Versagungsgrund gegeben sein, steht die Entscheidung über den Genehmigungsantrag – anders als die Beteiligte zu 1 und offenbar auch das Beschwerdegericht meinen – nicht im freien Ermessen der Behörde (vgl. auch OLG Stuttgart, RdL 1984, 70, 71; *Netz*, GrdstVG, Rdnr. 1981; *Seutemann*, RdL 2022, 166 ff.; a. A. OLG Köln, AUR 2021, 264, 265; *Düsing/Martinez/Martinez*, Agrarrecht, § 9 GrdstVG Rdnr. 4). Sind die Anforderungen an einen Versagungsgrund im Sinne von § 9 Abs. 1 GrdstVG erfüllt, so ist die Ermessensausübung vielmehr dahin gehend intendiert, dass die Genehmigung (durch Mitteilung der Ausübung des Vorkaufsrechts) versagt werden muss bzw. nur mit Einschränkungen erteilt werden darf (vgl. zum intendierten Ermessen nur *Stelkens/Bonk/Sachs/Sachs*, VwVfG, § 40 Rdnr. 28 ff.); die Entscheidung wird durch das Ziel des Grundstückverkehrsgesetzes vorgegeben, das darin besteht, die Agrarstruktur der Bundesrepublik zu verbessern und land- und forstwirtschaftliche Betriebe zu sichern (vgl. BVerfG 21, 73, 80 und die Überschrift des Gesetzes). Eine Erteilung der Genehmigung trotz bestehenden Versagungsgrundes kommt, wie die Beteiligte zu 4 zutreffend ausführt, nur unter den in § 9 Abs. 6 und 7 GrdstVG gesetzlich geregelten Voraussetzungen in Betracht. Deshalb sind die auf die langfristige Rückverpachtung der Flächen bezogenen Bedenken des Beschwerdegerichts gegen die behördliche Entscheidung unbegründet. Dieser Gesichtspunkt macht die Erwerberin nicht zu einem Landwirt und kann einen Versagungsgrund nicht ausräumen (vgl. Rdnr. 40). Infolgedessen kann er sich weder bei der Versagung noch im Rahmen des hinsichtlich der Rücknahme gemäß § 48 Abs. 1 Satz 1 VwVfG eingeräumten Ermessens zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 auswirken.

60 E. Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 47, § 60 Abs. 1, § 61 Abs. 1 Satz 1 GNotK.

STEUERRECHT

22. Steuerfreistellung des Gewinns aus der Veräußerung eines mit einem „Gartenhaus“ bebauten Grundstücks

BFH, Urteil vom 26.10.2021, IX R 5/21 (Vorinstanz: FG München, Urteil vom 15.09.2020, 2 K 1316/19)

EStG § 22 Nr. 2, § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3

LEITSATZ:

Eine die Steuerbarkeit des Veräußerungsgewinns ausschließende Nutzung zu eigenen Wohnzwecken i. S. d. § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG liegt auch dann vor, wenn der Steuerpflichtige ein Grundstück, das mit einem „Gartenhaus“ bebaut ist, welches nach seiner Beschaffenheit dazu bestimmt und geeignet ist, Menschen auf Dauer Aufenthalt und Unterkunft zu gewähren, baurechtswidrig dauerhaft bewohnt.

•

23. Keine freigebige Zuwendung bei sog. Bedarfsabfindung für den Scheidungsfall

BFH, Urteil vom 01.09.2021, II R 40/19 (Vorinstanz: FG München, Urteil vom 02.05.2018, 4 K 3181/16)

BGB § 158 Abs. 1, § 1363 Abs. 2 Satz 2, § 1378 Abs. 3 Satz 1

ErbStG § 1 Abs. 1 Nr. 2, § 7 Abs. 1 Nr. 1

LEITSATZ:

Regeln zukünftige Eheleute die Rechtsfolgen ihrer Eheschließung umfassend individuell und sehen sie für den Fall der Beendigung der Ehe Zahlungen eines Ehepartners in einer bestimmten Höhe vor, die erst zum Zeitpunkt der Ehescheidung zu leisten sind („Bedarfsabfindung“), liegt keine freigebige Zuwendung vor.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) schloss anlässlich ihrer Eheschließung mit ihrem früheren Ehemann E am xx.xx.1998 einen notariell beurkundeten Ehevertrag, in dem u. a. der gesetzliche Versorgungsausgleich zugunsten einer Kapitalversicherung mit Rentenwahlrecht abgeschlossen (Vertrag Ziffer III.) und der naheheliche Unterhalt begrenzt (Vertrag Ziffer IV.) wurde. Es wurde der Güterstand der Gütertrennung vereinbart (Vertrag Ziffer II. 1.). Der Klägerin wurde ein indexierter Zahlungsanspruch „im Falle der Scheidung“ eingeräumt. Dieser Zahlungsanspruch sollte bei einem Bestand der Ehe von 15 vollen Jahren x DM betragen; bei der Ehescheidung vor Ablauf dieser Frist sollte sich der Betrag „pro rata temporis“ vermindern (Vertrag Ziffer II. 3.).

2 Die am xx.xx.1998 geschlossene Ehe wurde am xx.xx.2014 geschieden. E zahlte an die Klägerin in Vollzug der getroffenen Vereinbarung zum 16.10.2014 einen Betrag von x €.

3 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) erließ am 14.09.2015 einen Schenkungsteuerbescheid für die Zuwendung vom 16.10.2014, der neben Vorschenkungen in Höhe von insgesamt x € auch den Betrag von x € als freigebige Geldzuwendung erfasste. Den dagegen eingelegten Einspruch wies das FA mit Einspruchsentscheidung vom 25.10.2016 als unbegründet zurück.

4 Das FG wies die Klage mit der Begründung ab, die Zuwendung sei nicht mit einer Gegenleistung der Klägerin verknüpft gewesen. Aus der Vereinbarung der Gütertrennung könne kein Verzicht der Klägerin auf eine Zugewinnausgleichsforderung abgeleitet werden. Bei Abschluss des Ehevertrags sei ungewiss gewesen, ob die zu diesem Zeitpunkt noch nicht geschlossene Ehe später wieder geschieden werden würde. E habe auch gewusst, dass er weder zum Abschluss des Ehevertrags noch zur Zusage der Ausgleichszahlung verpflichtet gewesen sei. Das Urteil ist in EFG 2020, 796 veröffentlicht.

5 Mit der Revision macht die Klägerin eine Verletzung von § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG geltend. Nach ihrer Auffassung hat der BFH bislang nur entschieden, dass die mit Abschluss eines Ehevertrags für den Verzicht auf Scheidungsfolgen unverzüglich zu leistende Zahlung („Pauschalabfindung“) als freigebige Zuwendung zu versteuern sei. Diese Qualifikation gelte indes nicht, wenn wie im Streitfall die Leistung nur für den Fall der Ehescheidung vereinbart werde, also nur und erst dann zu erbringen sei, wenn der erklärte Verzicht auf Scheidungsfolgen tatsächlich zum Tragen komme.

6 Die Klägerin beantragt,

das Urteil des FG vom 02.05.2018, 4 K 3181/16, die Einspruchsentscheidung vom 25.10.2016 und den Schenkungsteuerbescheid vom 14.09.2015 aufzuheben.

7 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

8 II. Die Revision ist begründet (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG-Urteil, die Einspruchsentscheidung sowie der Schenkungsteuerbescheid sind aufzuheben. Die Leistung des E an die Klägerin ist nicht nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG steuerbar; die Vorerwerbe übersteigen nicht den Freibetrag für Ehegatten.

9 1. Die Leistung erfüllt nicht den Besteuerungstatbestand einer freigebigen Zuwendung.

10 a) Der Steuer unterliegt als Schenkung (§ 1 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG) jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Der Erwerb eines zugewendeten Gegenstandes, auf den kein Rechtsanspruch besteht, ist unentgeltlich, wenn er nicht rechtlich abhängig ist von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung des Erwerbers (st. Rspr., vgl. zum Beispiel BFH, Urteil vom 27.11.2013, II R 25/12, BFH/NV 2014, 537 Rdnr. 9). Dabei kommen als die Unentgeltlichkeit ausschließende und die Entgeltlichkeit begründende rechtliche Abhängigkeiten Verknüpfungen sowohl nach Art eines gegenseitigen Vertrags als auch durch Setzung einer Bedingung oder eines entsprechenden Rechtszwecks in Betracht (grundlegend BFH, Urteil vom 02.03.1994, II R 59/92, BFHE 173, 432 =

BSStBl. II 1994, S. 366 unter II. 1.; vgl. auch Urteil vom 17.10.2007, II R 53/05, BFHE 218, 409 = BSStBl. II 2008, S. 256 unter II. 1. a), jew. m. w. N.).

11 b) Zur Erfüllung des subjektiven Tatbestandes einer freigebigen Zuwendung bedarf es des Bewusstseins des Zuwendenden, die Leistung ohne Verpflichtung und ohne rechtlichen Zusammenhang mit einer Gegenleistung oder einem Gemeinschaftszweck zu erbringen. Der subjektive Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG entfällt, wenn der Zuwendende seine Leistung – wenn auch irrtümlich – als entgeltlich ansieht. Für die zutreffende Vorstellung des Zuwendenden von dem Begriff der (Un-)Entgeltlichkeit genügt es, wenn er dessen rechtlich-sozialen Bedeutungsgehalt laienhaft zutreffend erfasst (vgl. BFH, Urteil vom 03.07.2019, II R 6/16, BFHE 265, 421 = BSStBl. II 2020, S. 61 Rdnr. 15 m. w. N.).

12 c) Die Zahlung einer „Pauschalabfindung“ unter Preisgabe eines (möglicherweise) künftig entstehenden Zugewinnausgleichsanspruchs vor Eingehung der Ehe erfüllt als freigebige Zuwendung den Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Denn diese Zahlung wird weder zur Befriedigung eines (außervertraglichen) Forderungsrechts des Preisgebenden noch als Gegenleistung für einen Verzicht getätigt (vgl. BFH-Urteil in BFHE 218, 409 = BSStBl. II 2008, S. 256). Ein die Pauschalabfindung rechtfertigendes Forderungsrecht besteht in diesen Fällen nicht, denn die Zugewinnausgleichsforderung entsteht erst, wenn die Zugewinnngemeinschaft endet (§ 1363 Abs. 2 Satz 2, § 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB).

13 Der Verzicht auf den möglicherweise künftig entstehenden Zugewinnausgleich gegen eine Pauschalabfindung erfüllt zudem die Voraussetzungen des § 7 Abs. 3 ErbStG. Nach dieser Vorschrift werden Gegenleistungen, die nicht in Geld veranschlagt werden können, bei der Feststellung, ob eine Bereicherung vorliegt, nicht berücksichtigt. Vor Beginn der Ehe ist ungewiss, ob und wann die Ehe wieder geschieden oder die Zugewinnngemeinschaft aus anderen Gründen beendet wird. Bis zur Entstehung des Anspruchs auf Zugewinnausgleich können sich zudem noch gravierende Veränderungen ergeben. Die Zugewinnausgleichsforderung kann in der Person des Zuwendungsempfängers entweder überhaupt nicht oder nicht in der im Zeitpunkt der Zuwendung erwarteten Höhe entstehen oder der Zuwendungsempfänger umgekehrt sogar selbst Schuldner einer Zugewinnausgleichsforderung werden (vgl. BFH-Urteil in BFHE 173, 432 = BSStBl. II 1994, S. 366 unter II. 1. c)).

14 d) Etwas anderes gilt jedoch dann, wenn die zukünftigen Eheleute die Rechtsfolgen ihrer Eheschließung – abweichend von den gesetzlichen Leitbildern – umfassend individuell regeln und für den Fall der Beendigung der Ehe – zum Beispiel durch Scheidung – Zahlungen eines Ehepartners an den anderen in einer bestimmten Höhe vorsehen, die erst zu diesem Zeitpunkt zu leisten sind („Bedarfsabfindung“).

15 aa) In dem Fall einer Bedarfsabfindung wird keine pauschale Abfindung ohne Gegenleistung erbracht. Es werden lediglich Rechte und Pflichten der künftigen Ehegatten

durch umfangreiche Modifikation denkbarer gesetzlicher familienrechtlicher Ansprüche im Falle der Scheidung im Wege einer Pauschalierung neu austariert. Wird ein derartiger Vertrag abgeschlossen, der nach Art eines Gesamtpakets alle Scheidungsfolgen regelt, kann dieses Paket nicht in Einzelleistungen aufgeteilt und eine der Einzelleistungen der Schenkungsbesteuerung unterworfen werden. Damit würde der Umstand verkannt, dass ein solcher Vertrag einen umfassenden Ausgleich aller Interessengegensätze anstrebt und insofern keine der Einzelleistungen ohne Gegenleistung ist. Wird die Ehe dann tatsächlich, zum Beispiel durch Ehescheidung, beendet, erfolgt die Zahlung des vorab vereinbarten Betrages in Erfüllung dieser Vereinbarung.

16 bb) Auf eine solche Vereinbarung ist auch § 7 Abs. 3 ErbStG nicht anwendbar. Während bei Zahlung einer Pauschalabfindung zu Beginn der Ehe ein Zugewinnausgleichsanspruch in der Zukunft nur „möglicherweise“ besteht, die Zahlungsverpflichtung damit ungewiss ist und nicht bewertet werden kann, ist bei der Bedarfsabfindung die Zahlung des Ausgleichsanspruchs bzw. der Abfindung an die Beendigung der Ehe – zum Beispiel durch Ehescheidung – geknüpft. Der Zahlungsanspruch ist damit aufschiebend bedingt (§ 158 Abs. 1 BGB) und erwächst erst mit Eintritt der betreffenden Bedingung zum Vollrecht. Allein der Umstand, dass die Eheleute es mittels eines solchen Vertrags vermeiden, die gegenseitigen Ansprüche auf diesen Zeitpunkt bewerten zu müssen, bedeutet nicht, dass diese Bewertung nicht grundsätzlich möglich wäre.

17 2. Das FG ist von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen. Die Vorentscheidung ist aufzuheben. Die Sache ist spruchreif. Der angefochtene Schenkungsteuerbescheid ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten (vgl. § 100 Abs. 1 Satz 1 FGO).

18 a) Die Zahlung des E erfüllt nicht den objektiven Tatbestand einer freigebigen Zuwendung nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Denn E hat sich nicht zu einer sofortigen Pauschalabfindung ohne Gegenleistung verpflichtet. Nach der getroffenen Vereinbarung sollte die Klägerin erst im Fall einer Scheidung eine Zahlung zur Abgeltung verschiedener ggf. gesetzlich möglicher familienrechtlicher Ansprüche erhalten. Diese wurden lediglich dem Umfang nach durch die vorherige Vereinbarung modifiziert. Hinzu tritt, dass es sich bei der Vereinbarung der Abfindungszahlung nicht um eine singuläre Abrede zwischen der Klägerin und E handelte. Vielmehr ist die Klausel in ein Vertragskonvolut über die Rechtsfolgen einer Eheschließung eingebettet, was eine isolierte Betrachtung verbietet.

19 b) Der Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG scheidet zudem auch am fehlenden subjektiven Willen zur Freigebigkeit. E hat nicht in dem Bewusstsein einer (objektiven) Unentgeltlichkeit seiner Zuwendung gehandelt. Aus den vom FG festgestellten Tatsachen ergibt sich, dass der Vertrag mit der Klägerin einschließlich der Abfindungszahlung aus Sicht des E dazu diente, das eigene Vermögen vor unwägbareren finanziellen Verpflichtungen infolge einer Scheidung zu schützen. Mit der Vermögenshingabe wollte er eine mit seiner Leistung jedenfalls in einem kausalen Zusammenhang stehende Gegenleistung erhalten. Dabei handelt es

sich nicht, wie vom FG angenommen, um einen unbeachtlichen Subsumtionsirrtum.

20 3. Die weiteren Zuwendungen in Höhe von x € sind gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 2 i. V. m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG steuerbar, bleiben aber steuerfrei. Zu den genannten Zeitpunkten war die Klägerin mit dem Schenker E verheiratet, sodass ihr ein Freibetrag i. H. v. 500.000 € zu gewähren war (§ 16 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG).

21 4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 135 Abs. 1 FGO.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch Gladbach

1. Einordnung

Die Abgrenzung des BFH zwischen einer schenkungsteuerbaren „Pauschalabfindung“ und einer nicht schenkungsteuerbaren „Bedarfsabfindung“ erscheint folgerichtig und ist für die notarielle Gestaltung von Eheverträgen richtungsweisend. Bei einer Pauschalabfindung, die vor Eingehung der Ehe gezahlt wird, wird dem Vertragspartner eine Ausgleichsforderung für dessen Verzicht auf künftige aus der Eheschließung resultierende Ansprüche verschafft, die zu diesem Zeitpunkt noch gar nicht existieren. Die Erwartung von (nachehelichen) Unterhaltszahlungen, der Übertragung von Anrechten im Rahmen der Durchführung des Versorgungsausgleichs und der Partizipation an einem vom anderen Ehegatten erzielten Zugewinn ist vor Eingehung der Ehe rechtlich nicht geschützt und bildet keine gesicherte Anwartschaft. Davon ausgehend hat es der BFH als freigebige Zuwendung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG beurteilt, wenn ein Ehegatte zu Beginn der Ehe vom anderen Ehegatten einen Geldbetrag als Ausgleich für einen ehevertraglich vereinbarten Teilverzicht auf nachehelichen Unterhalt erhält.¹ Steuerverschärfend kommt hinzu, dass eine Zuwendung vor Eheschließung gemäß § 15 Abs. 1 ErbStG in die ungünstigste Steuerklasse III fällt.

Geht es bei der Verschaffung eines Vermögensvorteils für den anderen Ehegatten um die Abgeltung eines Anspruchs auf Zugewinnausgleich, ist zudem zu berücksichtigen, dass dieser Anspruch nach § 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB erst mit Beendigung des gesetzlichen Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft entsteht. Die Begründung einer Ausgleichsforderung durch ehevertragliche Beendigung des Güterstands der Zugewinnsgemeinschaft führt zu keiner freigebigen Zuwendung. Die kraft Gesetzes mit Beendigung des gesetzlichen Güterstands entstehende Ausgleichsforderung ist nicht steuerbar, was durch die Bestimmungen in § 5 Abs. 2 BGB im Grunde nur klargestellt wird.² Anders verhält es sich dagegen, wenn der gesetzliche Güterstand gar nicht durch Abschluss eines Ehevertrags beendet wird, sondern bei fortbestehender

Zugewinnsgemeinschaft der bis dahin sich nur rechnerisch ergebende Zugewinn abgegolten werden soll („fliegender“ Zugewinnausgleich). Eine zu diesem Zweck erfolgte Übertragung von Wirtschaftsgütern auf den anderen Ehegatten stellt einen unentgeltlichen Vorgang und damit eine freigebige Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG dar.³

Mit einer ähnlichen Argumentation hat der BFH⁴ in der zinslosen Gewährung eines Darlehens eine freigebige Zuwendung erblickt, obwohl das Darlehen im Zusammenhang mit der Eingehung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft gewährt wurde. Selbst wenn es sich dabei um eine belohnende Schenkung handeln sollte, könne – so der BFH – die Eingehung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft nicht in Geld veranschlagt werden und müsse daher bei der Feststellung, ob eine Bereicherung des Empfängers der Zuwendung vorliege, unberücksichtigt bleiben, § 7 Abs. 3 ErbStG.

An einer objektiven Unentgeltlichkeit der Vermögenszuwendung an den anderen Ehegatten fehlt es, wenn die Zuwendung durch einen Vermögensabfluss in Form von Gegenleistungen gemindert wird, deren Wert nach bürgerlichrechtlichen Grundsätzen zu ermitteln ist.⁵ Dabei werden Gegenleistungen, die nicht in Geld veranschlagt werden können, bei der Prüfung, ob eine Bereicherung aufseiten des Zuwendungsempfängers vorliegt, nach § 7 Abs. 3 ErbStG nicht berücksichtigt. Diese Vorschrift ist nach der Rechtsprechung des BGH auch dann anwendbar, wenn der Bedachte als „Gegenleistung“ auf Ansprüche verzichtet, die ihm möglicherweise in Zukunft gegen den Zuwendenden zustehen werden und die bei Vollzug der freigebigen Zuwendung nicht bewertet werden können. An dieser steuerrechtlichen Einordnung ändert auch der zivilrechtliche Aspekt nichts, dass unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nur durch die Begründung des Abfindungsanspruchs für den verzichtenden künftigen Ehegatten der Vorwurf der Sittenwidrigkeit der ehevertraglichen Regelung der Scheidungsfolgen oder eine spätere Anpassung des Ehevertrags unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmissbrauchskontrolle nach § 242 BGB vermieden werden kann.⁶

1 BFH, Urteil vom 17.10.2007, II R 53/05, MittBayNot 2008, 417.

2 Vgl. dazu das grundlegende Urteil des BFH vom 12.07.2005, II R 29/02, MittBayNot 2006, 271, zur Anerkennung der „Güterstandsschaukel“.

3 BFH, Urteil vom 24.08.2005, II R 28/02, MittBayNot 2006, 455; Urteil vom 28.06.2007, II R 12/06, NJW 2008, 111; a. A. *Wälzholz*, FR 2007, 638, 645; *Münch*, DStR 2008, 26.

4 BFH, Urteil vom 27.11.2013, II R 25/12, MittBayNot 2014, 48.

5 Vgl. dazu nur Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gebel, ErbStG, Stand: 31.07.2021, § 7 Rdnr. 144.

6 Zur Inhaltskontrolle von Scheidungsfolgenvereinbarungen und der Prüfung, ob das objektive Zusammenwirken aller im Ehevertrag enthaltenen Regelungen auf die einseitige Benachteiligung eines Ehegatten abzielt, vgl. BGH, Beschluss vom 17.01.2018, XII ZB 20/17, MittBayNot 2021, 256; Beschluss vom 15.03.2017, XII ZB 109/16, DNotZ 2017, 870; Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, MittBayNot 2013, 240; Urteil vom 21.11.2012, XII ZR 48/11, MittBayNot 2013, 235. Zur Ausübungskontrolle eines Ehevertrags nach § 242 BGB vgl. zuletzt Beschluss vom 17.03.2021, XII ZB 221/19, MittBayNot 2022, 150.



Dabei spielt es keine Rolle, ob auf eine Chance zur Erlangung einer Forderung verzichtet wird, die bei ihrem Entstehen zu einem steuerbaren Erwerb i. S. d. §§ 3 und 7 ErbStG führen würde oder nicht. Letzteres ist beispielsweise bei einer aufgrund Beendigung des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft entstehenden Ausgleichsforderung nach § 1378 BGB der Fall, die zu keinem Erwerb i. S. d. §§ 3 und 7 ErbStG führt. In die erste Kategorie fällt dagegen der Verzicht eines künftigen gesetzlichen Erben auf einen zukünftigen Pflichtteilsanspruch gegen Zahlung eines Geldbetrags.⁷ Bis zum Erbfall hat der Erbprätendent keine rechtlich gesicherte Anwartschaft, sondern nur eine ungewisse Erwerbsaussicht, die schenkungsteuerrechtlich nicht Gegenstand einer Gegenleistung sein kann.⁸ Dementsprechend wird die für einen derartigen Verzicht gewährte Leistung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG auch als Schenkung unter Lebenden erfasst. Ebenso wird eine Abfindung, die ein künftiger gesetzlicher Erbe an einen anderen Erben für dessen Verzicht auf einen künftigen Pflichtteilsanspruch leistet, als freigebige Zuwendung des zahlenden künftigen Erben im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG angesehen.⁹ Ist der Pflichtteilsanspruch jedoch mit dem Erbfall entstanden und wird er von dem Pflichtteilsberechtigten auch geltend gemacht, ist dessen Erwerb gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG steuerbar. Für die schenkungsteuerrechtliche Beurteilung der Abfindung für die Preisgabe der Erwerbsaussicht ist es irrelevant, ob die von den Vertragsparteien ins Auge gefasste Forderung nach deren Entstehung zu einem steuerbaren Erwerb i. S. d. §§ 3 und 7 ErbStG geführt hätte oder nicht. In beiden Fällen ist die Gegenleistung, die der Zuwendende mit seiner Vermögenshingabe veranlassen will, nicht vermögensrechtlicher Art.

2. Folgerungen für die Vertragsgestaltung

Von solchen „Pauschalabfindungen“ unterscheidet sich die „Bedarfsabfindung“ dadurch, dass letztere dem Grund und – abhängig von der im Ehevertrag getroffenen Vereinbarung – auch der Höhe nach von dem Verpflichteten nur dann zu leisten ist, wenn der oder die Ansprüche, die von den Parteien geregelt und abgegolten werden sollen, gesetzlich auch tatsächlich durch die Ehescheidung entstanden wären. Die Bedarfsabfindung soll einen Ausgleich für den Verzicht eines Ehegatten auf ehebedingte Leistungen schaffen, die tatbestandlich eine Scheidung der Ehe oder – wie der Anspruch auf Zugewinnausgleich gemäß § 1378 Abs. 3 Satz 1 BGB – die Beendigung des gesetzlichen Güterstands der Zugewinnngemeinschaft voraussetzen. Der Abfindungsanspruch sollte demzufolge an die aufschiebende Bedingung geknüpft werden, dass die Ehe geschieden bzw. der Güterstand der Zugewinnngemeinschaft beendet wird. Nur wenn der gesetzliche Anspruch, auf den ver-

zichtet wird, auch tatsächlich entstanden wäre, kann dem Verzicht auf diesen eine schuldbefreiende, die Freigebigkeit der Zuwendung ausschließende Wirkung beigemessen werden.

Dient der zum Beispiel nach einer bestimmten Formel ermittelte Abfindungsanspruch – wie in dem vom BFH entschiedenen Fall – dazu, die Scheidungsfolgen im Sinne eines „Gesamtpakets“ umfassend zu regeln, verbietet es sich, die Gesamtgegenleistung nach dem Verhältnis der (Bar-)Werte der abbedungenen familienrechtlichen Einzelansprüche aufzuspalten und einzelne Komponenten der Abfindung isoliert zu besteuern. Grundsätzlich erübrigt es sich auch, den Gesamtwert der im Ehevertrag geregelten gegenseitigen Ansprüche auf den Zeitpunkt ihrer Fälligkeit zu bewerten, um eine etwaige Schenkung des einen Ehegatten an den anderen zu identifizieren. Da die Vereinbarung der Bedarfsabfindung regelmäßig den Zweck verfolgt, einen Ehegatten vor den für ihn oftmals unkalkulierbaren finanziellen Folgen einer Scheidung zu schützen, fehlt es im Zeitpunkt des Abschlusses des Ehevertrags an dem einseitigen Bewusstsein des Zuwendenden von der Unentgeltlichkeit seiner Vermögenshingabe und damit an dem subjektiven Element einer freigebigen Zuwendung.¹⁰

An dieser Beurteilung könnte sich nur dann etwas ändern, wenn dem verzichtenden Ehegatten eine Ausgleichsforderung verschafft wird, die ihrem Wert nach erkennbar in keinem Verhältnis mehr zum Gesamtwert der abbedungenen ehebedingten Ansprüche steht¹¹ oder wenn die Formel zur Berechnung der Bedarfsabfindung die tatbestandlichen Voraussetzungen der damit abgegoltenen ehebedingten Ansprüche völlig ignoriert. Letzteres wäre der Fall, wenn der bei Ehescheidung zu zahlende Betrag sich pro rata temporis erhöhen soll, wobei als Anfangstermin ein vor der Eheschließung liegender Zeitpunkt vereinbart würde.¹²

3. Modifizierte Zugewinnngemeinschaft und Abfindung

Als Unterfall einer Bedarfsabfindung erscheint danach der güterrechtliche Zugewinnausgleich bei einer modifizierten Zugewinnngemeinschaft. Werden durch Ehevertrag die gesetzlichen Regelungen der §§ 1373 ff. BGB zur Ermittlung des Anfangs- und Endvermögens, deren Bewertung oder des Zeitpunkts für die Ermittlung des

7 BFH, Urteil vom 25.01.2001, II R 22/98, MittBayNot 2001, 416.

8 BGH, Urteil vom 28.02.1991, IX ZR 74/90, MittBayNot 1991, 114.

9 Vgl. BFH, Urteil vom 16.05.2013, II R 21/11, MittBayNot 2014, 97; Urteil vom 10.05.2017, II R 25/15, MittBayNot 2019, 91.

10 Ausführlich zu den Merkmalen des subjektiven Zuwendungstatbestands des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gebel, ErbStG, § 7 Rdnr. 267 ff.

11 Beispielsweise bei Leistung eines erheblichen Abfindungsbetrags bei kurzer Dauer der Ehe, der bei Geltung der gesetzlichen Bestimmungen schlechterdings nicht zu erwarten gewesen wäre; vgl. dazu auch Bode, DStRK 2022, 68; Kugelmüller-Pugh, DStR 2022, 150; Loose, jurisPR-SteuerR 12/2022, Anm. 6.

12 Vgl. dazu auch BFH, Urteil vom 28.06.1989, II R 82/86, MittBayNot 1989, 282. Zu den gleichen Grenzen für die steuerliche Anerkennung einer rückwirkenden Vereinbarung des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft siehe auch Wachter, FR 2020, 816, 823 f.

Anfangsvermögens geändert oder wird die Berechnung des Zugewinnausgleichs in anderer Weise ehevertraglich modifiziert, sind solche Vereinbarungen beim güterrechtlichen Zugewinnausgleich nach § 5 Abs. 2 ErbStG im Grundsatz auch steuerlich maßgeblich. Die betreffende Ausgleichsforderung bleibt dann in ihrer modifizierten Höhe steuerfrei, wenn sie zivilrechtlich wirksam entstanden ist.¹³ Die Finanzverwaltung vertritt dazu die Auffassung, dass der Ehegatte, der eine durch Vereinbarung der Ehegatten zu erbrechtlichen Zwecken modifizierte Ausgleichsforderung bei Beendigung der Zugewinnngemeinschaft geltend macht, insoweit durch eine Schenkung auf den Todesfall (§ 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 1 ErbStG) oder unter Lebenden objektiv bereichert sei, als die „erhöhte“ güterrechtliche Ausgleichsforderung die sich nach §§ 1373 bis 1383 und § 1390 BGB ohne Modifizierung ergebende Ausgleichsforderung übersteigt.¹⁴ Leider hat es die Finanzverwaltung bislang versäumt, diese aus ihrer Sicht geltenden Kriterien zu präzisieren, bei deren Vorliegen eine freigebige Zuwendung des künftig ausgleichsverpflichteten Ehegatten an den künftig ausgleichsberechtigten Ehegatten anzunehmen sei.¹⁵ Das Urteil des BFH zur Steuerfreiheit einer Bedarfsabfindung spricht jedenfalls dafür, dass durch güterstandsmodifizierende Vereinbarungen selbst, die eine bestimmte Ausgleichsforderung für einen Ehegatten begründen, allenfalls in den oben genannten Ausnahmefällen ein (aufschiebend bedingter) Zuwendungstatbestand verwirklicht wird.

Wird dagegen der gesetzliche Rahmen einer güterrechtlichen Vereinbarung nicht überschritten, hat das Schenkungsteuerrecht die bürgerlichrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zu respektieren, sofern es tatsächlich zu einer güterrechtlichen Abwicklung kommt.¹⁶ Die Ehegatten können somit durch Beendigung des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft im Rahmen der zivilrechtlichen Dispositionsfreiheit den Umfang der Nichtsteuerbarkeit einer Ausgleichszahlung an den anderen Ehegatten in ähnlicher Weise beeinflussen, wie dies bei der vom BFH behandelten Vereinbarung einer nicht schenkungsteuerbaren „Bedarfsabfindung“ der Fall ist. Dabei kann der Zugewinnausgleichsanspruch auch dahin gehend modifiziert werden, dass dieser nicht mehr gemäß § 1378 BGB

auf die Zahlung von Geld gerichtet ist, sondern auf die Übertragung eines bestimmten Gegenstandes, etwa einer Immobilie.¹⁷

17 Näher dazu *Stein*, DStR 2012, 1063 ff.; vgl. auch *Wachter*, FR 2020, 841, 848.

24. Erbschaftsteuerrechtliche Behandlung der Anwachsung eines KG-Anteils bei übersteigendem Abfindungsanspruch

BFH, Urteil vom 08.06.2021, II R 2/19 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 08.11.2018, 3 K 1118/16)

BewG § 12 Abs. 1

BGB § 736 Abs. 1, § 738 Abs. 1 Satz 1 und 2, §§ 1922, 2301 ErbStG § 3 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 Satz 2, § 9 Abs. 1 Nr. 1, § 12 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Ist der Abfindungsanspruch, der aufgrund des Ausscheidens eines Gesellschafters aus einer KG bei dessen Tod gegen die Gesellschaft entsteht, höher als der Wert des auf den fortsetzenden Gesellschafter übergegangenen Anteils der KG, wird kein negativer Wert des Erwerbs als Schenkung auf den Todesfall bei dem fortsetzenden Gesellschafter berücksichtigt.
2. Dies gilt auch für den Fall, dass der fortsetzende Gesellschafter zugleich Erbe des ausgeschiedenen Gesellschafters ist.

13 Vgl. dazu auch BFH, Urteil vom 18.01.2006, II R 64/04, ZEV 2006, 224; FG Düsseldorf, Urteil vom 14.06.2006, 4 K 7107/02 Erb, RNotZ 2007, 55.

14 RE 5.2 Abs. 2 Satz 2 und 3 ErbStR 2019. Zu den schenkungsteuerlichen Risiken überhöhter oder zu geringer Ausgleichszahlungen bei Modifizierungen des Güterstands vgl. auch *Stein*, ErbBstg 2022, 35 f.; *ders.*, ErbBstg 2020, 122, 123 ff. m. w. N.

15 So auch *Wachter*, FR 2020, 816, 823 f.

16 Einschränkung dagegen Hessisches FG, Urteil vom 15.12.2016, 1 K 199/15, ZErB 2017, 264, wonach der Verzicht eines Ehegatten auf einen höheren „rechnerischen“ Zugewinnausgleichsanspruch im Rahmen der ehevertraglichen Beendigung des Güterstands der Zugewinnngemeinschaft eine freigebige Zuwendung i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG an den anderen Ehepartner sein kann; kritisch zu dieser Entscheidung *Daragan*, ZErB 2017, 264.



Tagungsbericht

Eröffnungsfeier der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung der Universität Heidelberg am 04.06.2022

Von **Maria Fillmann**, Heidelberg¹

Am 04.06.2022 fand in der Aula der Alten Universität die Eröffnungsfeier der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung (NotaReG) der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg statt. Zu Beginn der Feier begrüßten Professor Dr. *Marc-Philippe Weller*, Prorektor für Internationales der Universität Heidelberg und Direktor des Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht, Professor Dr. Dr. h. c. *Wolfgang Kahl*, Dekan der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg sowie geschäftsführender Direktor des Instituts für deutsches und europäisches Verwaltungsrecht, Dr. *Matthias Frey*, Staatssekretär im Ministerium der Justiz Rheinland-Pfalz, *Peter Wandel*, Notar in Esslingen am Neckar und Präsident der Notarkammer Baden-Württemberg, Justizrat Dr. *Markus Stuppi*, Notar in Landstuhl sowie Präsident der Notarkammer Pfalz und Professor Dr. *Peter Limmer*, Notar in Würzburg und Präsident der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung (NotRV) mit ihren Grußworten die Festgesellschaft. Anschließend stellte Professor Dr. *Christian Baldus*, Leiter der Forschungsstelle und Direktor des Instituts für geschichtliche Rechtswissenschaft, die Aufgaben sowie das Programm der NotaReG vor und leitete damit zu den beiden Eröffnungsvorträgen über, die *François Biltgen*, Richter am EuGH und *Elmar Steinbacher*, Ministerialdirektor und Amtschef im Ministerium der Justiz und für Migration des Landes Baden-Württemberg, hielten.

Weller, der die Feier eröffnete, widmete sein Grußwort insbesondere den bisherigen Errungenschaften der Universität Heidelberg auf dem Gebiet der Grundlagenforschung und Rechtsvergleichung, hob dabei jedoch auch das länderübergreifende Engagement der Universität sowie ihren Einsatz im Bereich der Nachwuchsförderung hervor. *Kahl* knüpfte in seiner Begrüßung daran an und betonte die Förderung der praxisaffinen Wissenschaft und Rechtsgestaltung durch die NotaReG, ihre Verwurzelung in der Region durch die Beteiligung beider Notarkammern in der Metropolregion Rhein-Neckar und der NotRV, wodurch auch Studierende auf das Notariat aufmerksam würden. Im gemeinsamen Streben nach guter Dogmatik könnten so Wissenschaft und Praxis einander kennenlernen und voneinander

lernen. Im Anschluss daran ging *Frey* auf die französische Vergangenheit des Notariats in der Pfalz mit dem damaligen „Notaire“ sowie die Einführung des Notariats in der Pfalz durch die Zugehörigkeit zu Bayern nach dem Wiener Kongress ein. *Wandel* legte in seinem Grußwort den Schwerpunkt auf die pandemiebedingten Schwierigkeiten – wie beispielsweise Videokonferenzen ohne Ton – bei der Gründung der Forschungsstelle, betonte das kooperative Miteinander von Anwalts- und Nurnotariat und hielt schließlich ein Plädoyer gegen den Begriff „freies Notariat“, da Notare sieben Tage die Woche, vierundzwanzig Stunden am Tag, Amtsträgerinnen und Amtsträger seien, nicht nur bei Beurkundungen. Er schloss sein Grußwort damit, dass die Gründung der NotaReG für ihn eine Herzensangelegenheit sei und er sich freue, mit seiner Kammer als institutioneller Geburtshelfer an ihr teilzuhaben. Sein Kollege *Stuppi* wagte in seiner Begrüßung einen Blick in die nähere Zukunft des Notariats mit dem zentralen Vorsorgeregister, dem elektronischen Urkundenarchiv sowie dem Onlinegründungsverfahren im GmbH-Recht und legte dabei ein besonderes Augenmerk auf die Vorreiterrolle des Notariats im Bereich der Digitalisierung der Justiz. Im letzten Grußwort betonte *Limmer*, dass es das Ziel der NotRV sei, einen Link zwischen Notar und Wissenschaft herzustellen, was bereits Schritt für Schritt mit Instituten an unterschiedlichen Universitäten gelungen sei und nun auch in Heidelberg geschehen solle. Zudem beleuchtete er, dass sich die Digitalisierung und Europäisierung des Notariats nicht verhindern ließen und daher ein enger Austausch nach allen Richtungen wichtig sei, wobei ein breit gefächertes Netzwerk zwischen Wissenschaft und Praxis helfe.

In seiner Vorstellung der Aufgaben und des Programms der Forschungsstelle ging *Baldus* zunächst auf den Aspekt der notariellen Rechtsgestaltung ein, die die auch universitäre Behandlung von Gegenständen und Ergebnissen notarieller Tätigkeit mit einem für Heidelberg typischen europäischen Einschlag meine. Dies solle vor allem über das Netzwerk der Universität von Erfahrungen und Kontakten gerade im Kontext der europäisch beeinflussten Wachstumsbereiche und Konfliktzonen, aber ebenso über den Diskurs mit der Praxis, geschehen. Im Anschluss verwies er auf die bereits im Rahmen der anwaltsorientierten Juristenausbildung stattfindende Beteiligung des Notariats an Lehrveranstaltungen, die durch die NotaReG in verstärkter Zusam-

¹ Die Autorin ist Studentische Hilfskraft der Forschungsstelle für notarielle Rechtsgestaltung an der Universität Heidelberg.

menarbeit weitergeführt werden solle. Sodann betonte *Baldus*, dass in Zukunft über die primärrechtliche Rechtfertigungsebene und ihre Auswirkungen im Sekundärrecht, national- wie europarechtlich *lege artis*, ausgehend vom Vorrang des Unionsrechts und seiner Dogmatik, bezogen auf die praktischen Auswirkungen im Recht der Mitgliedstaaten, gesprochen werden müsse, wodurch das Notariat viel mehr erreichen könne als in der national zersplitterten Vor-Unions-Welt. Im letzten Teil seines Vortrags stellte er das konkrete Programm für 2022 und 2023 vor, welches der Website der Forschungsstelle entnommen werden kann und sich zumeist um umgesetzte oder anstehende Gesetzgebungspläne dreht.

Biltgen widmete seinen Vortrag den „Urteilen des EuGH zur europäischen Erbrechtsverordnung“. Einleitend beschrieb er die EuErbVO als einheitliches, geschlossenes Kollisionsregelwerk im Erbrecht, das das nationale materielle Recht unberührt lasse und von zwei Grundprinzipien geprägt sei: Zum einen von der Geltung des anwendbaren Rechts für den gesamten Nachlass zur Vermeidung von Nachlassspaltungen und zum anderen von der Entstehung eines Gleichlaufs zwischen gerichtlicher Zuständigkeit und anwendbarem Recht durch die Kombination zwischen gewöhnlichem Aufenthalt und Rechtswahl. Dabei sei dem Gesetzgeber bewusst gewesen, dass der Praxis eine wesentliche Rolle zukommen solle, was sich bereits daran zeige, dass es bisher elf Urteile und einen Beschluss sowie ein in Beratung befindliches Urteil gebe, die sich mit der Verordnung befassen.

In seiner anschließenden Betrachtung dieser Judikatur ging *Biltgen* (1) auf Status und Rolle des Notars, (2) das Prinzip der Einheitlichkeit des Nachlasses sowie (3) jenes des Gleichlaufs zwischen Zuständigkeit und anwendbarem Recht ein. Hierbei zeichnete er zunächst anhand der Urteile des EuGH zur Europarechtswidrigkeit der Nationalitätsklausel für den Notarberuf² und der Urteile WB³ und E E⁴ zu den Fragen, ob der Notar ein Gericht sei und ob die von ihm ausgestellten Urkunden öffentliche seien, das zeitweise angespannte Verhältnis zwischen Notariat und EuGH nach.

Sodann stellte er anhand der Urteile Kubicka⁵ und Mahnkopf⁶ die Entwicklung des Prinzips der Nachlassseinheit als horizontale Grundsäule der EuErbVO dar. Besonderes Augenmerk legte er hierbei darauf, dass der Gerichtshof betont habe, dass aus dem 37. Erwägungsgrund der EuErbVO hervorgehe, dass aus Gründen der Rechtssicherheit, und um eine Nachlassspaltung zu vermeiden, der gesamte Nachlass einem Recht unterliegen solle, also auch der Übergang des Nachlasses auf die Erben, wodurch letztendlich die volle Wirksamkeit des Erbrechts gewährleistet werde. Ausnahmen von diesem Prinzip dürften nur restriktiv angewandt werden. Als praktisches Instrument zur Durchführung der Nachlassseinheit betrachtete *Biltgen* anschließend das Europäische Nachlasszeugnis und die hierzu ergangenen Urteile Mahnkopf, Oberle⁷, E E, Brisch⁸ und Verlassenschaft des V J.⁹ Wichtig sei hier unter anderem, dass aufgrund des Gleichlaufs stets das Gericht des Mitgliedstaats, in dem der Erblasser zum Zeitpunkt seines Todes gelebt habe, für die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses zuständig sei und dass sich die Wirkung des Europäischen Nachlasszeugnisses gegenüber allen in ihm namentlich genannten Personen entfalte, unabhängig davon, ob sie die Ausstellung selbst beantragt hätten.

Auf das Prinzip des Gleichlaufs ging *Biltgen* anschließend vertiefend anhand der Urteile E E, UM¹⁰, RK¹¹ und VA und ZA¹² ein. Hierbei setzte er sich mit dem Begriff des gewöhnlichen Wohnortes zum Zeitpunkt des Todesfalles, mit dem Recht des Erblassers, das anzuwendende Recht zu wählen, mit der Unzuständigkeitserklärung des Gerichts des gewöhnlichen Wohnortes und schließlich mit der subsidiären Zuständigkeit auseinander. Dazu führte er aus, dass der EuGH einen grenzüberschreitenden Bezug des Erbfaalles dann annehme, wenn der Nachlass Vermögen umfasse, das in verschiedenen Mitgliedstaaten gelegen sei. Der gewöhnliche Aufenthalt sei dann in einer Gesamtbeurteilung der Umstände des Einzelfalles in einem Mitgliedstaat festzulegen. Zudem könnten die Verfahrensparteien vereinbaren, dass die Gerichte des Mitgliedstaats, dessen Recht der Erblasser nach Art. 22 EuErbVO gewählt habe, für Entscheidungen in Erbsachen ausschließlich zuständig sein sollten, wenn diese Rechtswahl ausdrücklich in der Erklärung von Todes wegen aufgenommen sei. Weiterhin erläuterte *Bilt-*

2 Urteile des EuGH vom 24.05.2011: Kommission/Belgien, C-47/08; Kommission/Frankreich, C-50/08; Kommission/Luxemburg, C-51/08; Kommission/Österreich, C-53/08; Kommission/Deutschland, C-54/08 und Kommission/Griechenland, C-61/08, jew. abgedruckt in BB 2011, 1409; siehe auch Urteile des EuGH vom 01.12.2011, Kommission/Niederlande, C-157/09; vom 01.02.2017, Kommission/Ungarn, C-392/15 und vom 15.03.2018, Kommission/Tschechische Republik, C-575/16.

3 EuGH, Urteil vom 25.05.2019, WB, C-658/17, DNotZ 2019, 695.

4 EuGH, Urteil vom 16.07.2010, E E (gerichtliche Zuständigkeit und auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendendes Recht), C-80/19, NJW 2020, 2947.

5 EuGH, Urteil vom 12.10.2017, Kubicka, C-218/16, DNotZ 2018, 33.

6 EuGH, Urteil vom 01.03.2018, Mahnkopf, C-558/16, DNotZ 2018, 785.

7 EuGH, Urteil vom 21.06.2018, Oberle, C-20/17, DNotZ 2018, 699.

8 EuGH, Urteil vom 17.01.2019, Brisch, C-102/18, DNotZ 2019, 460.

9 EuGH, Urteil vom 01.07.2021, Verlassenschaft des V J, C-301/20, NJW 2021, 2421.

10 EuGH, Urteil vom 09.09.2021, UM (Verfügung von Todes wegen), C-277/20, FGPrax 2021, 219.

11 EuGH, Urteil vom 09.09.2021, RK (Unzuständigkeitserklärung), C-422/20, FGPrax 2021, 219.

12 EuGH, Urteil vom 07.04.2022, VA und ZA (Zuständigkeit in Erbsachen), C-645/20, ErbR 2022, 580.

gen, dass der EuGH entschieden habe, eine ausdrückliche Unzuständigkeitserklärung eines zuerst angerufenen Gerichts sei nicht erforderlich, sofern sich aus seinem Verzicht eindeutig ergebe, dass es sich zugunsten der Gerichte des Mitgliedstaats, dessen Recht der Erblasser gewählt hat, für unzuständig erkläre. Dies sei wichtig, da sonst die der EuErbVO zugrunde liegenden Grundsätze der Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens gefährdet sein könnten.

Zur subsidiären Zuständigkeit erklärte *Biltgen*, ihre Zuweisung hinge nicht von einer Handlung des Erblassers oder eines Beteiligten ab und keine Rangfolge zwischen allgemeiner und subsidiärer Zuständigkeit bestehe, sodass die Anwendung des Art. 10 EuErbVO eine Abweichung vom Grundsatz des Gleichlaufs bedeuten könne, da die Verordnung diesen weder vorschreibe noch garantiere. In einem Epilog ging *Biltgen* noch auf die Gültigkeit einer vor einem Gericht des Mitgliedstaats des gewöhnlichen Aufenthalts des Erklärenden abgegebenen Erklärung über die Ausschlagung einer Erbschaft anhand des zwei Tage vor der Eröffnungsfeier ergangenen Urteils T N, N N¹³ ein. Eine solche Erklärung, führte er aus, sei, so der EuGH, gültig, solange das Gericht des Mitgliedstaats des gewöhnlichen Aufenthalts von ihr Kenntnis erlange, unabhängig davon, ob die Formvorschriften dieses Mitgliedstaats eingehalten seien oder nicht. Dies ließe sich schon aus dem Grundsatz der Rechtssicherheit und den Zielen der Verordnung entnehmen.

In seinem Fazit wies *Biltgen* schließlich darauf hin, dass die Rechtsprechung des EuGH zur EuErbVO keinesfalls aktivistisch sei, sondern vielmehr der autonomen und einheitlichen Auslegung der in der gesamten EU direkt anwendbaren Verordnung und einer Vereinfachung der Nachlassplanung und -abwicklung für Erblasser und Erben diene. Aber auch der Praxis, insbesondere den Notaren, komme eine größere Rolle zu, da ihr nationales Statut nicht beeinträchtigt und die EuErbVO prozedural einheitlich auf die diversen nationalen Regeln anwendbar sei.

Steinbacher schloss in seinem Vortrag zu den „Perspektiven des Notariats im europarechtlichen Kontext“ an seinen Vorredner an, indem er sich (1) mit dem EuGH und dem baden-württembergischen Amtsnotariat und (2) mit der Rolle der Europäischen Kommission befasste. Zum ersten Punkt führte er aus, Baden-Württemberg sei lange zusammen mit Portugal ein „gallisches Dorf“ gewesen, in dem sich das

Amtsnotariat hielt und in dem man davon ausgegangen sei, das Amtsnotariat werde noch den Weltuntergang beurkunden. Dies habe sich dann jedoch durch das Zusammenspiel von notariellem Gebührenrecht und Europarecht gewandelt, als die Beurkundungsgebühren vom EuGH 2005¹⁴ als unzulässige Steuern klassifiziert worden seien und daraufhin eine Vereinheitlichung und Anpassung des Notariats an den Rest des Bundesgebiets stattgefunden habe. Das Nurnotariat habe jedoch für die Notare eine angemessene Perspektive geschaffen.

Weiterhin befasste er sich, wie auch schon *Biltgen*, mit der Europarechtswidrigkeit des Nationalitätsvorbehalts und den vom EuGH festgelegten Aufgaben des Notars, widersprach hier jedoch der Auffassung des EuGH, dass Notare keine eigenen Entscheidungsbefugnisse hätten, denn der Notar dürfe bzw. müsse zum Teil Rechtsgeschäften die Beurkundung untersagen und habe hiermit Entscheidungsbefugnisse. Überleitend zum zweiten Gliederungspunkt seines Vortrages stellte er zusammenfassend fest, dass die Kommission sich damit abgefunden zu haben scheine, dass das Notariat lateinischer Prägung unionsrechtskonform sei. Die Kommission habe in der Vergangenheit oft die Rolle der Widersacherin eingenommen, was sich vor allem an der Digitalisierungsrichtlinie gezeigt habe, die zunächst eine GmbH-Gründung mit Muster ohne Einbeziehung eines Notars vorgesehen habe, was jedoch aufgrund der Initiative des Bundesrates verhindert worden sei, sodass nun eine Beurkundung per Videokommunikation erreicht worden sei.

Steinbacher betonte, dass sich das Notariat bei seiner Erhaltung auf die Unterstützung Baden-Württembergs verlassen könne und schilderte noch kurz die konkrete Situation des Notariats in Baden-Württemberg, die darauf hinauslaufe, dass aufgrund steigender Beurkundungszahlen zur Erreichung einer höheren Notardichte in der Zukunft weiterhin neue Notarstellen geschaffen würden. Abschließend warf er das Thema seines Vortrags noch einmal als Frage auf und beantwortete diese damit, dass die Perspektiven des Notariats auch im europarechtlichen Kontext sehr gut seien.

Im Anschluss an die Eröffnungsfeier fand ein Empfang in der Bel Etage der Alten Universität statt, in dessen Rahmen die Festgesellschaft angeregt über die vorangegangenen Vorträge diskutierte und die Möglichkeit zum Austausch bei guter Verpflegung regen genutzt wurde.

13 EuGH, Urteil vom 02.06.2022, T N, N N, C-617/20, FamRZ 2022, 1137.

14 EuGH, Urteil vom 30.06.2005, Matthias Längst, C-165/03, EuZW 2005, 501.



Tagungsbericht

Nachfolge in Familienunternehmen Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht der LMU am 29.06.2022

Von Luca Kochendörfer, München¹

Am 29.06.2022 fand die zweite Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Jahr 2022 statt, wobei erstmals eine hybride Form, also ein Präsenzangebot mit gleichzeitiger Öffnung für ein Online-Publikum, angeboten werden konnte. Das Thema der Veranstaltung lautete „Nachfolge in Familienunternehmen“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die zahlreichen Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten, Dr. *Johannes Hecht* und Professor *Thomas Reich*, beide als Notare in München tätig, vor. Anschließend übergab er das Wort an *Hecht*.

Dieser gab unter dem Titel „Es bleibt in der Familie – oder nicht? Interne und externe Unternehmensnachfolge in der Rechtsgestaltung“ eine breit angelegte Einführung in verschiedene Facetten des Tagungsthemas. Zum Einstieg unterschied er zunächst in terminologischer Sicht zwischen interner, also familien- oder unternehmensinterner (letzteres meist in Form eines sog. Management Buyouts) und externer Nachfolge, mithin einer Veräußerung an unternehmens- bzw. familienfremde Dritte. Im letzteren Fall kämen Finanz- (insbesondere Private Equity Gesellschaften und Family Offices), aber auch strategische Investoren (in der Konstellation des Management Buyin durch leitende Angestellte anderer Unternehmen) als Erwerber in Betracht. Die Definition des Begriffs des Familienunternehmens wiederum gestalte sich nicht einfach, da in der Praxis zahlreiche Zwischenformen existierten, die allesamt zu erfassen den Begriff letztlich auflösen könnte (sog. family business definition dilemma). *Hecht* persönlich schloss sich vor diesem Hintergrund einer eher weiten Definition dahin gehend an, dass (bereits) eine mindestens hälftige – bei börsennotierten Gesellschaften in Anlehnung an das Wertpapierübernahmegesetz sogar eine nur 30%ige – Familieninhaberschaft ausreichen soll. Zur Verdeutlichung wies er auf einige praxisbekannte Familiengesellschaften hin (Porsche/VW, Miele).

Zunächst wandte sich der Referent sodann der internen Unternehmensnachfolge zu. Diese biete neben psychologischen Vorteilen (Erhalt des Lebenswerks in der Familie, Vermeidung von Entfremdung) auch wirtschaftliche (insbeson-

dere ein Fernhalten von Wettbewerbern) und vor allem steuerliche Vorteile (§ 13a Abs. 9 ErbStG). Dabei dürften jedoch auch die Nachteile, namentlich kontraproduktiver Druck auf führungsunwillige bzw. -fähige Familienmitglieder sowie das Risiko von Gesellschafterstreitigkeiten, nicht aus dem Blick geraten. Als wichtigstes rechtliches Instrument zur Sicherstellung einer internen Unternehmensnachfolge nannte *Hecht* die Vinkulierung etwaiger Geschäftsanteile, der er sich sodann ausführlich zuwandte:

Dabei zeigte der Referent zunächst auf, dass die Vinkulierung als Institut nicht nur im Familienkontext, sondern auch gerade durch Venture Capital und Private Equity Gesellschaften vielfach genutzt werde. Dort stünden jedoch häufig andere Interessen, namentlich der Verbleib von Gründern und Schlüsselpersonen im Unternehmensverbund im Vordergrund (lock-up-periods, Vesting-Klauseln). Im Kontrast hierzu dienten die Klauseln in Familiengesellschaften häufig eher einem Abhalten außenstehender Dritter („Es bleibt in der Familie“). In ihrer rechtlichen Ausgestaltung knüpften solche Vinkulierungsklauseln die Verfügungsbeziehung über den betroffenen Anteil an weitere Erfordernisse wie insbesondere eine Zustimmungspflicht einzelner oder aller Gesellschafter oder aber bestimmte Anforderungen betreffend den potenziellen Erwerberkreis (nur familienintern o. Ä.). Sodann müsse man zwischen Kapital- und Personengesellschaften differenzieren.

Im GmbH-Recht sei der Ausgangspunkt § 15 Abs. 1 und 5 GmbHG, im Aktienrecht § 68 Abs. 2 AktG. Beide Normen gäben dabei einen breiten Gestaltungsspielraum von absoluten hin zu individuell gestalteten Beschränkungen. Sowohl eine solche absolute als auch eine individuell gestaltete relative Vinkulierungsklausel zeigte *Hecht* anhand eines Beispiels aus der kautelarjuristischen Praxis auf. Dabei wies er auch darauf hin, dass eine vorausschauende Beratungspraxis über die Standardformulierungen hinaus stets wichtige Sonderfälle im Blick behalten müsse, da zum Beispiel nicht nur die Veräußerung, sondern unter anderem auch eine denkbare Verpfändung von Anteilen adressiert werden müssten. Nur so könnte Umgehungsproblemen möglichst weitgehend entgegengetreten werden. Was die Wahl zwischen absoluten und relativen Klauseln anbelangt, identifizierte er das Einstimmigkeitsprinzip als zentralen Vor- wie auch Nachteil der absoluten Ausgestaltung. Einerseits seien so eine Konsenssuche und die Gleichberechtigung der Gesellschafter sichergestellt. Andererseits drohte eine (ggf. missbräuchliche) Lähmung der Gesellschafter, da ein An-

¹ Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Geschäftsführer der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

spruch auf Zustimmung aus § 242 BGB von der Rechtsprechung nur sehr zurückhaltend angenommen werde. Gerade bei größerem Gesellschafterkreis sei eine flexible lebzeitige Planung der Unternehmensnachfolge durch eine absolute Vinkulierung häufig nur schwierig möglich. Sodann stellte *Hecht* die Ausgestaltung relativer Vinkulierungsklauseln näher dar.

Kontrastierend zum Kapital- ging der Referent im Anschluss auf die Rechtslage im Personengesellschaftsrecht ein. Ausgangspunkt sei deren grundsätzliche Nichtübertragbarkeit (§§ 161, 105 Abs. 3 HGB i. V. m. §§ 717, 719 BGB). Unter Bezugnahme auf die höchstrichterliche Rechtsprechung² stellte er kurz die dogmatische Konstruktion der Anteilsveräußerung dar, wobei die heute herrschende Meinung von einer selbstständigen Verfügung über das Anteilsrecht ausginge. Vor dem Hintergrund der dargestellten Grundlagen seien Vinkulierungsklauseln bei einer Personengesellschaft gerade nicht nötig – es kämen vielmehr (wiederum beliebig einschränkbare) Öffnungsklauseln in Betracht. Ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung zur Veräußerung sei vom BGH nur in Bezug auf Aktiengesellschaften einmal bejaht worden³ – eine Übertragung auf andere Gesellschaftsformen scheide aus. Besondere Probleme stellten sich im Rahmen der GmbH & Co. KG. Um sicherzustellen, dass das bei den Kommanditisten angesiedelte Kapital und die operative Geschäftsleitung nicht auseinanderfallen, kämen hier sog. Gleichlaufklauseln zu vielfacher Verwendung. Diese führten aber über § 15 Abs. 4 GmbHG zur ausnahmsweisen Notwendigkeit einer Beurkundung des KG-Gesellschaftsvertrags sowie der Übertragung eines Kommanditanteils.

Steuerliche Implikationen von Vinkulierungsklauseln folgten aus § 13a Abs. 9 ErbStG, der einen bis zu 30 %igen Steuerabschlag bei (rechtzeitigem und ausreichend langem) Vorliegen einer Vinkulierungsregelung mit den geregelten Anforderungen ermögliche. Probleme könnten Vinkulierungsklauseln allerdings häufig in Finanzierungszusammenhängen begründen, da der Verkehrswert im Versteigerungsfall durch die Klauseln erheblich gemindert werde (Stichwort: Verkehrsfähigkeit in Folgetransaktionen). Einziehungsklauseln böten eine denkbare Alternative. Abschließend stellte *Hecht* drohende Umgehungsstrategien gegenüber Vinkulierungsklauseln mittels Holding-Konstruktionen sowie denkbare kautelarjuristische Antworten (da § 138 Abs. 1 BGB häufig jedenfalls am subjektiven Element scheitern würde) wie golden shares oder Einziehungsklauseln dar. Im folgenden Zwischenfazit betonte er sodann die Komplexität von Vinkulierungsklauseln, die dem Vertragsgestalter ein erhebliches Maß an Problemvoraussicht abverlangten. Zudem dürften auch die psychologischen Folgen (Druck auf die gebundenen Gesellschafter) nicht unterschätzt werden.

Im zweiten Teil des Vortrags ging der Referent auf die externe Unternehmensnachfolge ein. Diese gewänne gerade vor dem Hintergrund der Tätigkeitsvorstellung jüngerer Generationen (Zurückhaltung gegenüber selbstständiger Tä-

tigkeit bzw. Unternehmertum) an Bedeutung. Eine externe Weitergabe eröffnete gerade gegenüber einer (vor allem steuerrechtlich) nachteiligen Betriebsaufgabe eine attraktive Alternative, ermögliche eine vorweggenommene Erbfolge und gewähre dem Erwerber höhere Planungssicherheit bei gleichzeitiger Innovationsmöglichkeit. Neben subjektiven Verlustgefühlen bestehe ferner auch nicht unerhebliches Konfliktpotenzial zwischen Erwerber und Belegschaft.

Sodann ging *Hecht* näher auf verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten externer Unternehmensnachfolge ein. Neben Management Buyins seien (meist allerdings mit kurzfristigerer Anlageperspektive verbundene) Private Equity- und Family Office-Transaktionen sowie der Erwerb durch einen strategischen Investor praxisrelevant. Was die rechtliche Umsetzung anbelangt, wiederholte der Referent zunächst die Möglichkeiten des asset und share deals. Bezüglich ersteren wies er dabei insbesondere auf Probleme der teilweise übersehenen §§ 415, 550, 613a BGB, §§ 95, 103 VVG sowie Risiken der Nachhaftung hin. Eine übertragene Sanierung unter Trennung der Aktiva und Passiva böte hier eine Lösungsmöglichkeit. Abschließend sei eine zumindest teilweise Beurkundungspflicht über § 311b Abs. 1 BGB oder § 15 Abs. 3, 4 GmbHG zu beachten. Eine Anwendbarkeit von § 311b Abs. 3 BGB und § 179a AktG (ggf. i. V. m. § 53 Abs. 2 GmbHG) analog lehnte *Hecht* jedoch (bezüglich letzterer Frage unter Bezugnahme auf aktuelle höchstrichterliche Rechtsprechung⁴) ab. Der share deal werfe vergleichsweise weniger Probleme auf. Zu beachten seien neben kartellrechtlichen Fragen vor allem die §§ 35 ff. WpÜG im Falle der Börsennotierung. Im Hinblick auf die unkomplizierte Gestaltung und ermöglichte Kontinuität böte der share deal allerdings auch gewichtige Vorteile.

Abschließend stellte der Referent noch die Möglichkeit einer Familienstiftung dar. Vorteile böte diese vor allem vor dem Hintergrund von § 1 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG, wobei insofern die von der Finanzverwaltung gestellten Anforderungen (Bezugsberechtigung des Stifters, seiner Angehörigen und/oder Abkömmlinge von mehr als 25 % sowie wesentliches Familieninteresse) zu beachten seien. Dem Stifter sei allerdings eine lebzeitige Errichtung angeraten, um etwaige Korrekturen zu ermöglichen sowie § 2325 BGB möglichst zu vermeiden. Die Stiftung verhindere eine Zersplitterung des Vermögens und biete Steuervorteile. Vor dem Hintergrund der nachteiligen Inflexibilität (gerade betreffend den Vermögensstamm), Belastungen durch die Erbersatzsteuer und das relativ hohe Grundkapital sei jedoch stets eine genaue Prüfung nötig.

Im Fazit hob *Hecht* nochmals die praktische Bedeutung der dargestellten Problematik sowie dabei bestehende Komplexität hervor. Vor diesem Hintergrund müssten Berater stets sensibilisiert nach individuell passenden Lösungen suchen.

Sodann ergriff der zweite Referent *Reich* mit seinem spezifisch auf Probleme der Nachfolgeklauseln ausgerichteten Vortrag das Wort. Dabei skizzierte er zunächst kurz den

2 BGH, Urteil vom 28.04.1954, II ZR 8/53, NJW 1954, 1155.

3 BGH, Urteil vom 01.12.1986, II ZR 287/85, NJW 1987, 1019.

4 BGH, Urteil vom 08.01.2019, II ZR 364/18, NZG 2019, 505 und Urteil vom 15.02.2022, II ZR 235/20, NZG 2022, 706.

Grundkonflikt, der allen folgenden Fragen zugrunde liege: die Kollision von Gesellschafts- und Erbrecht, wobei er die Grundlinien dahin gehend vorzeichnete, dass das Gesellschaftsrecht regle, was und das Erbrecht regle, wie vererbt wird.

Sodann wandte sich der Referent den gegenüber Kapitalpraktisch wie juristisch komplexeren Personengesellschaften zu. Als denkbare Rechtsfolgen für den Tod eines Gesellschafters kämen die Auflösung der Gesellschaft, ihre Fortsetzung durch die verbliebenen Gesellschafter, eine Vererbung des Anteils (durch einfache oder qualifizierte Klausel), eine Übertragung durch rechtsgeschäftliche Nachfolgeklausel sowie abschließend eine Eintrittsklausel in Betracht. Im Anschluss erläuterte *Reich* die gesetzlichen Grundregeln des § 727 Abs. 1 BGB in der GbR sowie deren steuerrechtlichen Implikationen. Im Regelfall der Auflösung erwerbe die Erbengemeinschaft die Beteiligung an der Liquidationsgesellschaft. Insofern ergebe sich ein Aufgabegewinn für die Erbengemeinschaft. Eine Erbschaftsteuerbegünstigung des Betriebsvermögens scheide im Auflösungsfall aus, da die Mindesthaltedauer von fünf Jahren gerade nicht erfüllt werden könne. In der Folge wies *Reich* aber darauf hin, dass das zum 01.01.2024 inkraft tretende Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrecht (MoPeG) insofern erhebliche Veränderungen mit sich bringe. Neben einem exkursartigen Kurzüberblick betreffend sonstige kautelarrelevante Fragen (namentlich die Einrichtung des Gesellschaftsregisters – eGbR –, die Öffnung der oHG und KG für Freiberufler sowie Sonderregeln für sog. „Einheits-GmbH & Co. KGen“) nahm der Referent dabei vor allem § 723 Abs. 1 BGB n. F. in den Fokus, der für rechtsfähige GbR ein Ausscheiden der versterbenden samt Fortsetzung der Gesellschaft durch die verbleibenden Gesellschafter vorsehe. Für die nicht rechtsfähige GbR verbleibe es jedoch in § 740 Abs. 1 Nr. 3 BGB bei der Auflösung. Die künftig für die rechtsfähige GbR vorgesehene Rechtslage entspreche der schon jetzt in der oHG geltenden.

Was Fortsetzungsklauseln anbelangt, seien diese steuerrechtlich vor allem insofern von Bedeutung, als sie dafür sorgten, dass der Erblasser „noch selbst“ ausscheide und dadurch den Aufgabegewinn realisiere, was im Hinblick auf einkommensteuerliche Vorteile einer Betriebsaufgabe vorzugswürdig sein könne. An die Erben falle (nur) der Abfindungsanspruch, der allerdings nicht erbschaftsteuerbegünstigt sei. Zudem sei der Abfindungsanspruch häufig der Höhe nach beschränkt oder gar ausgeschlossen (wobei zukünftig auch § 728 Abs. 2 BGB n. F. zu beachten sein werde), was wiederum Fragen im Rahmen von § 2325 BGB aufwerfen könne.

In der KG sei die freie Vererblichkeit gemäß § 177 HGB zu beachten. Bezüglich des Komplementärs gleiche die Rechtslage der aus der oHG bekannten. Besondere Probleme stellten sich allerdings, wenn der letzte Komplementär verstirbt, da auch in diesem Fall Auflösung, Liquidation bzw. im Falle der Fortführung eine ungewollte Umwandlung zur oHG drohten. Letzterer Gefahr könne durch antizipierte Pflicht zur Aufnahme einer GmbH als Komplementärin vorgebeugt werden.

Vor dem Hintergrund dieser gesetzlichen Ausgangslage thematisierte der Referent die Nachfolgeklauseln. Mit Blick auf Erbengemeinschaften habe ja bekanntlich schon das Reichsgericht eine Übertragung von Personengesellschaftsanteilen auf diese abgelehnt und stattdessen einen quotalen Übergang außerhalb der Erbengemeinschaft direkt auf die Nachfolger angenommen. Er wies dabei erneut auf das MoPeG hin, das in Gestalt von § 711 Abs. 2 Satz 2 BGB n. F. eine Kodifizierung dieser Rechtsprechung bringen werde. Innerhalb der Nachfolgeklauseln differenzierte *Reich* sodann zwischen einfachen und qualifizierten. Im Rahmen letzterer erwerbe der Nachfolger den Anteil aufgrund quasi dinglich wirkender Teilungsanordnung; sodann könne sich jedoch (zumindest in Abwesenheit testamentarischer Vorsorge durch Vorausvermächtnisse o. Ä.) ein schuldrechtlicher Ausgleichsanspruch ergeben. Dabei sei jedoch zu beachten, dass der vererbte Gesellschaftsanteil aufgrund der potenziell zu versteuernden stillen Reserven (latente Steuern) ein größeres Steuerrisiko enthalten könne als beispielsweise eine vererbte Immobilie – dem sollte im Rahmen der kautelarjuristischen Erbgestaltung Rechnung getragen werden. Überdies wies *Reich* auf drohende Probleme hin, wenn eine qualifizierte Nachfolgeklausel (nur) mit einem Vermächtnis kombiniert werde.

Anschließend nahm der Referent Eintrittsrechte in den Blick. Nach einer dogmatischen Einordnung als Vertrag zugunsten Dritter wandte er sich den Problemen der – infolge der Neubegründung der Mitgliedschaft – aufzubringenden Einlageleistung zu. Erbrechtlich könne der Erblasser insofern dem Eintrittsberechtigten seinen Abfindungsanspruch zuwenden, was allerdings im Hinblick auf den der Erbengemeinschaft steuerrechtlich zur Last fallenden Aufgabegewinn unter Umständen die Notwendigkeit von Ausgleichsregelungen begründen könne. Vorzugswürdig sei deswegen die gesellschaftsrechtliche Treuhandlösung, die ein abfindungsloses Ausscheiden mit einem Benennungsrecht bezüglich eines Nachfolgers kombiniere. Auf diese Weise hielten die anderen Gesellschafter den Anteil des Verstorbenen treuhänderisch bis zur Übertragung auf den Berechtigten, was die abfindungsbedingten ertragsteuerlichen Probleme vermeide.

Daraufhin erläuterte *Reich* Fragen der Einziehungsrechte und Zwangsabtretungsklauseln. Diese stellten eine Reaktion auf die freie Vererblichkeit von Anteilen in Kapital- oder Personengesellschaften dar. Die Entscheidung zwischen beiden Reaktionsmöglichkeiten beurteile sich wiederum primär steuerrechtlich. Die meist unter Wert erfolgende Einziehung stelle insofern eine Bereicherung der Mitgesellschafter dar. Da diese allerdings nur einen Rechtsreflex der Einziehung darstelle, kämen die §§ 13a, 19a ErbStG nicht zur Anwendung. Wenn hingegen eine Zwangsabtretung an den Gesellschafter vorgesehen werde, läge eine Betriebsveräußerung vor, die die Anwendbarkeit der §§ 13a, 19a ErbStG ermögliche. Eine Zwangsabtretung sei vor diesem Hintergrund potenziell vorzugswürdig.

Der Referent schloss seinen Vortrag mit einer detaillierten Betrachtung weiterer ertragsteuerrechtlicher Gefahren. Im Vordergrund standen dabei zunächst drohende Entnahmen

von Sonderbetriebsvermögen. Anhand eines Beispiels führte *Reich* vor, dass gerade ein Vermächtnis betreffend das Sonderbetriebsvermögen bei Vorliegen einer qualifizierten Nachfolgeklausel insofern erhebliche Gefahren begründe, da das Sonderbetriebsvermögen mit dem Erbfall zunächst der Erbengemeinschaft zufalle und einen steuerpflichtigen Entnahmegewinn begründe. Umgangen werden könne dieses Risiko durch Wahl einer einfachen Nachfolgeklausel mit Einziehungsrechten oder Zwangsabtretungen kombiniert oder einer qualifizierten Nachfolgeklausel samt Einbringung des Sonderbetriebsvermögens in eine gewerblich geprägte GmbH & Co. KG bzw. einer treuhänderischen Übertragung auf die Nachkommen noch zu Lebzeiten des Erblassers mit Beendigung des Treuhandverhältnisses im Todeszeitpunkt. Ein weiteres denkbare Problem könne die Entstehung von Betriebsvermögen aufwerfen. In Fällen des (eine Betriebsaufspaltung verhindernden) Wiesbadener Modells könne der Todesfall die für eine Betriebs-

aufspaltung notwendige persönliche und sachliche Verflechtung begründen. Da etwaige Gesellschaftsanteile mit ihren historischen Anschaffungskosten Betriebsvermögen würden und im Rahmen einer Vermächtniserfüllung übertragen werden könnten, käme es in diesem Fall zu einer Aufdeckung der stillen Reserven (unter Anwendung des Teileinkünfteverfahrens). Derartige Vorgänge gingen also mit einem erheblichen Steuerrisiko gerade für Ehegatten des Erblassers einher. Mit der Darstellung dieser Gefahren beendete *Reich* seinen Vortrag.

Hiernach eröffnete *Grigoleit* die Diskussions- und Frageunde mit den Referenten. 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.notarrechtsinstitut.de, dort unter „Veranstaltungen“).



AUFsätze



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

Veranstaltungen des DAI

- Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht/
elektronische Urkundensammlung**
(Klein/Kühnelt)
03.09.2022 in Köln
- Unterstützung und Vorbereitung: Online-Verfahren
im Gesellschaftsrecht**
(Tondorf)
06.09.2022 in Bochum und als Live-Stream
- 20. Jahresarbeitstagung des Notariats**
(Frenz)
08.09.2022 bis 10.09.2022 in Berlin und als
Live-Stream
- Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung im
Erb- und Familienrecht**
(Keim/Müller-Engels/Reetz)
16.09.2022 in Bochum und als Live-Stream
- Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht/
elektronische Urkundensammlung**
(Klein/Kühnelt)
21.09.2022 in Baunatal
- Intensivkurs Überlassungsvertrag**
(Berkefeld/Oertel)
23.09.2022 bis 24.09.2022 in Heusenstamm
(bei Frankfurt am Main)
- Unterstützung und Vorbereitung: Online-Verfahren
im Gesellschaftsrecht**
(Tondorf)
23.09.2022 in Berlin und als Live-Stream
- Online-Verfahren im Gesellschaftsrecht/
elektronische Urkundensammlung**
(Klein/Kühnelt)
26.09.2022 in Berlin und als Live-Stream
- Internationales Privatrecht für Mitarbeitende
im Notariat**
(Primaczenko)
28.09.2022 in Köln
- Die Notarprüfung – aktuelle Schwerpunkte der
notariellen Amtsprüfung durch die Aufsichtsbehörde**
(Blaeschke)
30.09.2022 in Bochum und als Live-Stream
- Gestaltung von Verträgen mit der öffentlichen Hand,
Baulanderschließung und Erschließungsklauseln**
(Grziwotz)
07.10.2022 in Potsdam und als Live-Stream
- Die Notarprüfung – aktuelle Schwerpunkte der
notariellen Amtsprüfung durch die Aufsichtsbehörde**
(Blaeschke)
07.10.2022 in Osnabrück
- Modularer Intensivkurs für Privatbeschäftigte
2022/2023**
(Bühler/Falkner/Pelikan/Storch)
13.10.2022 bis 15.10.2022 in Nürnberg und
als Live-Stream
- 48. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle
Fachprüfung Bochum 2022/2023**
(Bosch/Forschner/Krauß/Leidner/Meier/
Wengenmayer)
17.10.2022 bis 22.10.2022 in Bochum und als
Live-Stream
- Unterstützung und Vorbereitung: Online-Verfahren
im Gesellschaftsrecht**
(Tondorf)
18.10.2022 in Heusenstamm (bei Frankfurt am Main)
und als Live-Stream
- Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**
(Berkefeld)
24.10.2022 in Bochum und als Live-Stream
- Aktuelle Probleme der notariellen Gestaltung
im Erb- und Familienrecht**
(Keim/Müller-Engels/Reetz)
28.10.2022 in Heusenstamm
(bei Frankfurt am Main) und als Live-Stream
- Burnout-Prävention für Notarinnen und Notare und
deren Mitarbeitende**
(Dehe)
28.10.2022 in Bochum und als Live-Stream
- Ausgewählte Gestaltungsfragen zum
Überlassungsvertrag**
(Krauß)
29.10.2022 in Kiel

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um **Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare**. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, T. 0234 970640, F. 0234 703507, M. notare@anwaltsinstitut.de.

Neuerscheinungen

1. Behrens/Wachter: Grunderwerbsteuergesetz. Kommentar. 2. Aufl., Otto Schmidt, 2022. 1093 S., 179,00 €
2. Bergschneider: Beck'sches Formularbuch Familienrecht. 6. Aufl., Beck, 2022. 971 S., 149,00 €
3. Burandt/Rojahn: Erbrecht. BGB, FamFG, ZPO, BeurkG, GBO, EGBGB, EStG, ErbStG, EuErbVO. 4. Aufl., Beck, 2022. 2234 S., 279,00 €
4. Emmerich/Habersack: Aktien- und GmbH-Konzernrecht. Kommentar. 10. Aufl., Beck, 2022. 1093 S., 179,00 €
5. Erb/Regierer/Vosseler/Herbst: Bewertung bei Erbschaft und Schenkung. 2. Aufl., Beck, 2022. 510 S., 129,00 €
6. Grziwotz: Makler- und Bauträgerverordnung. Kommentar. 4. Aufl., RWS, 2022. 436 S., 94,00 €
7. Ingenstau/Hustedt: ErbbauRG. Kommentar. 12. Aufl., Carl Heymanns, 2022. 592 S., 129,00 €
8. Klein: Handbuch Familienvermögensrecht. 3. Aufl., Luchterhand, 2022. 1620 S., 149,00 €
9. Leißner/Winter: Unternehmenskauf und Anteilsübertragung, Umwandlungsrecht. 5. Aufl., Hagener Wissenschaftsverlag, 2022. 313 S., 49,95 €
10. Müller-Engels/Braun: Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis. 6. Aufl., Carl Heymanns, 2022. 508 S., 89,00 €
11. Prütting/Gehrlein: Zivilprozessordnung. Kommentar. 14. Aufl., Luchterhand, 2022. 3998 S., 139,00 €
12. Prütting/Wegen/Weinreich: Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar. 17. Aufl., Luchterhand, 2022. 4032 S., 129,00 €
13. Rowedder/Pentz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kommentar. 7. Aufl., Vahlen, 2022. 2327 S., 289,00 €
14. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 2: Recht der Schuldverhältnisse: §§ 397-432. Erlass, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern. 17. Aufl., Otto Schmidt – De Gruyter, 2022. 932 S., 339,00 €
15. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 2: Recht der Schuldverhältnisse. §§ 613a-619a. Betriebsübergang, Zahlung der Vergütung, Arbeitsschutz, Arbeitnehmerhaftung. 18. Aufl., Otto Schmidt – De Gruyter, 2022. 785 S., 299,00 €
16. Stürner: Die Schuldrechtsreform 2022. Luchterhand, 2022. 564 S., 49,00 €
17. Zentes/Glaab: Geldwäschegesetz. GeldtransferVO, relevante Vorgaben aus AO, KWG, StGB, VAG, ZAG sowie Exkurs zu Finanzsanktionen. 3. Aufl., Fachmedien Recht und Wirtschaft, 2022. 1643 S., 279,00 €



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSPRECHUNG



SONSTIGES



STANDESNACHRICHTEN

STANDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Verstorben:

Notar a.D. Hanns-Dieter Reiß
verstorben am 04.08.2022

Notar a.D. Dr. Christoph Reithmann
verstorben am 15.08.2022

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 01.10.2022:

Notar Matthias Griebel, Ebersberg
Notar Prof. Dr. Dieter Mayer, München
Notar Dr. Walter Rottenfuß, Tegernsee
Notar Klaus Ziegler, Regensburg

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 01.08.2022:

Ingolstadt (in Sozietät mit Notar Nico Matheis)	dem Notar Dr. Stephan Serr (bisher in Ochsenfurt)
---	---

Kronach (in Sozietät mit Notar Jochen Keßler)	dem Notarassessor Jonathan Hardt (bisher in Ochsenfurt, Notarstellen Dr. Falkner/ Dr. Serr)
---	---

Mühlendorf am Inn (in Sozietät mit Notar Dr. Philipp Aigner)	dem Notar Julian Sander (bisher in Hemau)
--	--

Straubing
(in Sozietät mit
Notar Dr. Benedikt
Schreindorfer)

dem Notar a. D. Andreas
Bosch
(bisher Geschäftsführer
der BNotK)

4. Sonstige Veränderungen:

Die Notare Bernd Schmitt und Christian Esbjörnsson, Rosenheim, haben sich mit Wirkung zum 01.07.2022 zur gemeinsamen Berufsausübung verbunden.



Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Notar Dr. Florian Berger
Am Fichtenbach 1
97483 Eltmann

Notar Holger Freitag
Kaiserweg 8
91541 Rothenburg ob der Tauber

Notar Arne Henn
Hermann-Sack-Straße 3
80331 München

Notare Bernd Schmitt und Christian Esbjörnsson
Prinzregentenstraße 1
83022 Rosenheim
T. 08031 3011 0
F. 08031 3011 41

Notarin Stefanie Tafelmeier
T. 09645 60191 0
F. 09645 60191 10



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

